REPUBLICA DE COLOMBIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

TOMO LXXXII



BOGOTA

"TALLERES GRAFICOS
MUNDO AL DIA"

1956

Magistrados que integran la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia y Dignatarios de la misma

SALA PLENA

Dr. LUIS FELIPE LATORRE, U., Presidente.
Dr. JOSE J. GOMEZ R., Vicepresidente.
Secretario: Dr. ERNESTO MELENDRO L.

SALA DE CASACION CIVIL

Dr. MANUEL BARRERA PARRA, Presidente.
Dr. ERNESTO MELENDRO L., Secretario.
Magistrado Dr. MANUEL BARRERA PARRA
Magistrado Dr. AGUSTIN GOMEZ PRADA
Magistrado Dr. IGNACIO GOMEZ POSSE
Magistrado Dr. JOSE J. GOMEZ R.
Magistrado Dr. JOSE HERNANDEZ ARBELAEZ
Magistrado Dr. LUIS FELIPE LATORRE
Magistrado Dr. JULIO PARDO DAVILA
Magistrado Dr. ALBERTO ZULETA ANGEL

SALA DE CASACION PENAL

Dr. DOMINGO SARASTY, Presidente.
Dr. JULIO E. ARGUELLO R., Secretario.
Magistrado Dr. JESUS ESTRADA MONSALVE
Magistrado Dr. RICARDO JORDAN JIMENEZ
Magistrado Dr. DOMINGO SARASTY M.
Magistrado Dr. LUIS ZAFRA

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Dr. ANIBAL CARDOSO GAITAN, Presidente.
Dr. JORGE GARCIA MERLANO, Secretario.
Magistrado Dr. ANIBAL CARDOSO GAITAN
Magistrado Dr. LUIS ENRIQUE CUERVO A.
Magistrado Dr. ROBERTO GOENAGA
Magistrado Dr. CAMILO RINCON LARA

Relator: Dr. LUIS ANTONIO ALVARADO PANTOJA

Enero-Febrero de 1956

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: LUIS ANTONIO ALVARADO PANTOJA

RELATOR DE LA CORTE

TOMO LXXXII - BOGOTA, COLOMBIA. ENERO y FEBRERO DE 1956 - NUMEROS 2163 y 2164

S A L A P L E N A

DECLARACION DE LA CORTE ACERCA DE LA ELECCION DE JUECES POR LOS TRIBUNALES SUPERIORES DEL PAIS

La Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena,

DECLARA:

Primero.—Que esta Corporación, interesada en todo cuanto tienda al mejoramiento del servicio de la Justicia, hizo lo que estuvo a su alcance, en la tarea de selección de los candidatos para Jueces Superiores, de Circuito y de Menores que deben elegir los Honorables Tribunales Superiores, pero dada la carencia de informaciones completas y seguras sobre la totalidad de los numerosos candidatos de los distintos lugares del país, entre jueces actuales y profesionales en ejercicio, la función de que trata el Decreto número 3113 de 1955, tuvo necesariamente un ámbito limitado.

Segundo. — Que por lo anterior se comprende que los nombres no incluídos en el veto han de ser examinados y valorados definitivamente por los Honorable Tribunales, en la forma más esmerada y rigurosa, por el mejor conocimiento que tienen de los Jueces de su jurisdicción y de los abogados que ejercen en el respectivo Distrito Judicial, a fin de que no sólo se cumpla perfectamente la función constitucional de nombrar Jueces aptos, por todo concepto, para llevar con dignidad la investidura de la justicia, sino también se realicen en este caso, de manera cabal, el empeño del Gobierno y de la Corte y anhelo del país hacia un mejoramiento orgánico y funcional en la administración de justicia.

Tercero.—Que no son pocas las quejas elevadas a la Corte y a los Magistrados directamente, sobre las actuaciones y conducta de jueces y profesionales que figuran en las listas de candidatos, respecto de los cuales no puede la Corte formarse un concepto definitivo, por la razón anotada, motivo por el cual serán enviadas, con carácter confidencial, a los respectivos Tribunales para que con una información más inmediata y fidedigna sobre el personal y los antecedentes, resuelvan en cada caso lo que se considere más acertado.

Cuarto.—Que la Corte comunica a los Honorables Tribunales Superiores los vetos resultantes de votaciones secretas, siendo entendido, por exigirlo así el Decreto número 3112 de 1955, que aquéllos no podrán ser divulgados en forma alguna ni siquiera a solicitud de quienes figuran en las listas enviadas por los Honorables Tribunales.

Quinto.—Que los Honorables Tribunales Superiores deberán proceder a la elección de Jueces, con el cuidado y el rigor ya recomendados, pro-

curando designar a los mejores candidatos y teniendo muy en cuenta las normas trazadas por la Corte en Acuerdo del 18 de marzo de 1955, a saber:

"a) La elección de Jueces es acto de la Corporación y no de grupos de ésta; en consecuencia, ningún grupo de Magistrados tendrá derecho a acordar, por sí solo, los candidatos de su misma filiación política;

"b) Los Magistrados podrán presentar candidatos libremente, inclusive de distinta filiación política a la suya, práctica esta última muy recomendable, porque serán entonces, sobre toda consideración, los méritos del candidato los que definen su elección;

"c) Debe procurarse en la elección de cada Juez la unanimidad de votos, como señal indudable de que al elegido se le reconocen las sobresalientes virtudes morales, mentales y de trabajo requeridas para desempeñar el cargo eminente de sacerdote de la justicia. En estas elecciones debe tenerse en cuenta, como es obvio, los nombres de los jueces actuales que en el ejercicio de sus cargos se hayan distinguido por la práctica de aquellas virtudes;

"d) Extirpada como está la práctica de la elección de los Jueces a base de una distribución de los Juzgados entre los miembros de la Corporación, con los consecuenciales compromisos de los así elegidos para con los respectivos Magistrados, la Corte confía en que los anhelos nacionales de depuración en el ámbito de la justicia, no se vean perturbados por nada que puede llevar de nuevo, directa o indirectamente, a la tan reprobable y reprobada costumbre, por demás contraria abiertamente a la Constitución, a la ley y a la moral;

"e) La Corte está segura de que los Tribunales no ahorrarán esfuerzo para realizar unas elecciones de jueces que respondan a las necesidades del país, teniendo muy presente que la base de la salud pública y del bien común dependen primordialmente de la manera como se administre entre los hombres el imponderable bien de la justicia".

Sexto.—Que si para la elección de los Jueces no se obtiene la unanimidad recomendada, es necesario en todo caso que ella se haga por las dos terceras partes de los votos que integran el Tribunal que hace la elección, de acuerdo con la norma del artículo 15 del Decreto número 1466 de 1951.

Séptimo.—Que, como lo expresa claramente el artículo primero del Decreto número 3112 de 1955, "el veto de la Corte deja intacta en los Honorables Tribunales Superiores la responsabilidad plena que les compete para elegir jueces probos, competentes y de intachable vida privada", responsabilidad que no es menester destacar ante los Honorables Tribunales que han demostrado en repetidas ocsaiones su celo por cuanto tienda a mejorar la administración de justicia.

Publíquese en la GACETA JUDICIAL. Transcríbase al señor Ministro de Justicia, al Procurador General de la Nación y a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

LA CORTE LAMENTA EL RETIRO DE LOS MAGISTRADOS DOCTORES LUIS ENRIQUE CUERVO ARAOZ Y ALBERTO ZULETA ANGEL

El siguiente es el texto de la proposición aprobada por la Sala Plena de la Corte en su sesión de fecha 29 de febrero de 1956:

"La Corte Suprema de Justicia lamenta profundamente el retiro de los Magistrados de esta Corporación doctores Luis Enrique Cuervo A. y Alberto Zuleta Angel, juristas de reconocido prestigio e inmejorables colegas, y hace votos porque en sus nuevas actividades tengan los buenos éxitos a que los hacen acreedores su competencia y virtudes ciudadanas".

EL CENTENARIO DEL CODIGO CIVIL

En la última década del mes de noviembre del año pasado, a iniciativa del Gobierno de la hermana República de Venezuela, se celebraron en Caracas diversos actos conmemorativos de la presentación al Congreso de Chile, en noviembre de 1855, del proyecto definitivo del Código Civil, que preparó y redactó don Andrés Bello.

A dichos actos fueron invitados los Presidentes de las Cortes Supremas de Justicia de América, habiendo concurrido en representación de la de Colombia su vice-Presidente, doctor José J. Gómez R.

Con tal motivo la Corte Suprema en Pleno aprobó el siguiente acuerdo:

"La Corte Suprema de Justicia de Colombia se asocia a la celebración del primer centenario del Código Civil de don Andrés Bello, que por la sabiduría de sus normas, por su armoniosa estructura, por la originalidad de muchas de sus concepciones y por la claridad y belleza de su lenguaje, constituye admirable monumento de la ciencia jurídica. La obra del genial jurisconsulto venezolano realizada en Chile, mediante las reformas aconsejadas por la experiencia y el sentido social de los tiempos modernos, continúa prestando su valiosa contribución a la solidez y desarrollo de las instituciones jurídicas colombianas".

* * *

Discurso pronunciado por el doctor José J. Gómez R., vice-Presidente de la Corte Suprema de Justicia, con motivo de la celebración del centenario del Código Civil, en la sesión conjunta celebrada en Caracas, el 22 de noviembre de 1955, por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y el Colegio de Abogados del Distrito Federal.

Señor Ministro de Justicia, señor Presidente y señores Magistrados de la H. Corte Federal;
Señor Presidente y señores Magistrados de la H. Corte de Casación:
Señor Presidente y señores Miembros de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales;
Señor Presidente y señores Miembros del Colegio de Abogados del Distrito Federal;

Señoras, señores:

Me ha cabido el honor de representar a la H. Corte Suprema de Justicia de Colombia, en mi calidad de vice-Presidente de la misma Corporación, en los actos con que el Gobierno de Venezuela ha venido conmemorando la presentación al Congreo de Chile, del Proyecto definitivo del Código Civil, pensado, preparado y redactado por el muy ilustre venezolano don Andrés Bello.

La nación colombiana, en donde aún rige el Código Civil así originado, y se ama entrañablemente la memoria del señor Bello, no podía faltar en la evocación solemne de hecho tan significativo no sólo para la Patria del preclaro varón, sino también para algunos de los países de América, en donde rigió dicho cuerpo legal por mucho tiempo; para otros, en donde aún rige, y para todo el Continente, por tratarse de avivar la gloria de una de sus más grandes figuras y mantener los méritos de uno de los ejemplos mejor logrados en el mundo, en la tarea de hacer leyes y codificar normas escritas y consuetudinarias.

La Corte de mi Patria ha querido, en primer lugar, agradecer al Excelentísimo señor Presidente del noble y próspero país hermano, a los señores Ministros de Relaciones Interiores, de Justicia y de Educación, a la H. Comisión Organizadora, a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y al Colegio de Abogados del Distrito Federal, la gentil invitación a participar en estos actos, y en segundo lugar, que os haga una breve mención de la trayectoria seguida en Colombia por el Código Civil, trayectoria que ha sido un permanente y siempre fervoroso tributo de admiración y reconocimiento al esclarecido americano.

- I -

Quien influyó en los países de América, de manera tan honda, en los ámbitos de las humanidades, la filosofía, la literatura, la poesía, la sociología y el derecho de gentes, hubo de proyectar también su poderosa personalidad en las propias instituciones jurídicas de no pocos de esos países. Esto es, no sólo penetró en las inteligencias, en pos de un ideal de cultura, de formación estética y mejora espiritual, sino también en la vida misma de estos pueblos; en las relaciones de sus hijos entre sí; en los derechos y deberes conforme a los cuales habrían de realizar sus fines como miembros de la comunidad civil; en la organización de la familia; en el régimen de las cosas, de cuyo goce depende en mucha parte el logro de esos fines; y en la plataforma de los actos jurídicos y las obligaciones, llamada a estructurar las nuevas sociedades americanas. Estas debían encauzarse con sabiduría y al tiempo con sentido práctico, y la persona debía contar con leyes que asegurasen el ejercicio pleno de su libertad aplicada a los vastos campos de la vida que estructura y gobierna el Derecho Civil.

Para saber del influjo de un hecho sobre un conglomerado social, basta observar sus reacciones. La manera como los pueblos de América recibieron la obra humanística de don Andrés Bello, fue en verdad y con justicia, extraordinaria. En Colombia, por ejemplo, todos sus trabajos, ensayos y obras han sido publicados y difundidos reiteradamente, con el afecto y el calor que sólo despiertan las obras de excepción. Rufino José Cuervo hace sus célebres anotaciones a la **Gramática;** Miguel Antonio Caro, las del tratado de **Ortología y Métrica;** Marco Fidel Suárez ahonda en las tesis gramaticales, en su **Ensayo** sobre la **Gramática,** y luego en sus **Estudios;** Manuel Antonio Bonilla vuelve sobre esas mismas obras, en libros que le merecen el lauro de docto jurado venezolano, y muchos colombianos dedicaron y aún dedican parte al menos de sus disciplinas, a estudiar la obra de quien fue paradigma entre los grandes, por un haz de propiedades y virtudes de rara conjugación en la humana naturaleza.

No es, sin embargo, la comunión de estos pueblos en el credo estético de tan inspirada inteligencia; ni la admiración que rinden a su magna aptitud moral para la obra perdurable; ni el culto con que se venera su conciencia religiosa, guía de generaciones; ni la profundidad y agudeza de su labor investigadora en la lengua cuyas sonoridades alcanzaron en él los más armoniosos acentos, lo que ha congregado a los pueblos americanos en la ciudad donde nació el eminente varón, sino la cosecha prodigiosa de su numen jurídico.

Don Andrés Bello estudió Derecho en esta ilustre ciudad, como necesidad de su temperamento humanístico y guiado sin duda por ese equilibrio espiritual y ese amor a lo justo que definieron su admirable personalidad, y en Santiago de Chile recibió el grado de Bachiller en Leyes, parece que con el propósito de ejercer ante los tribunales. No abrazó, con todo, este sacerdocio, de imponderable y decisiva influencia social, puesto que, con los jueces, comparte la misión augusta de suministrar a los hombres la Justicia de Dios. Pero, se acogió a otros ejercicios no menos amplios, generosos y patrióticos, y sin duda más benéficos a los pueblos de América en aquella hora. Cultivó el derecho de gentes, el penal, el administrativo, el civil. Tenía en abundancia cuanto era necesario para ser, por estructuración metódica y constante y por los conocimientos que llegó a poseer, un jurisconsulto eminentísimo, capaz de todas las disciplinas persistentes, y por lo mismo, apto, como ninguno, para acometer la empresa de codificar normas y de elaborar y redactar, no una ley que comprendiese un aspecto o unos aspectos de la vida humana, sino un código que la abarcase toda.

Se trataba de construir y componer una legislación, no de copiar leyes; de reemplazar todo un inmenso haz de preceptos seculares, por reglas nuevas, a tono con los tiempos y con la libertad; de moldear normas e instituciones acordes con el medio autóctono, no de transplantar servilmente estatutos extraños; de buscar en el estudio y la meditación de todos los días, los ordenamientos que mejor garantizaran el bienestar y el progreso de los asociados; de medir y valorar, ante nuestros peculiares imperativos, las experiencias de otras naciones de mayor edad y más cultura; de crear nuevas figuras legales y perfeccionar otras; y todo ello mediante la elaboración de fórmulas, una y cien veces, sin descanso, lejos de la persuasión estéril de haber alcanzado en alguna la perfección apetecida, de modo que el texto fuese a la vez prescripción jurídica y pieza de insuperable acabado. Para lo cual todo lo tenía este excelso prototipo de juristas, a quien la sociología le informó de la actualidad americana; la filosofía le enseñó la lógica, la justicia y la ética de las normas; la lingüís-

tica le dio el instrumento para el ajuste exacto de las piezas constitutivas del cuerpo legal; sus disciplinas e investigaciones jurídicas, la fuerza y la capacidad para acometer obra tan profunda y extensa, y las reglas del buen decir, conocidas por él en sus íntimos pliegues, la perfección con que prolongó en la legislación de América, la serena majestad de las formas clásicas.

Para su modestia ingénita, mucho habría de ser que su tarea codificadora fuese aceptada por el legislador de su patria adoptiva. Mas, que resultara no una sola labor sino la síntesis de múltiples labores proyectadas sobre América; no el emplazamiento del porvenir de un pueblo sino de muchos pueblos y que la confrontación de la copiosa y caótica legislación vigente, heredada al conquistar la libertad, con las urgencias propias de la nación chilena, llegase a servir a otras nacionalidades, fue cosa que no pudo caber en los designios ni en las aspiraciones del insigne constructor de profundos y cabales ordenamientos jurídicos.

Sucedió así el milagro de un Código que conquista en seguida las instituciones americanas, con la fuerza incontrastable de sus perfecciones. Se incorpora entonces al espíritu, a la vida, al pensamiento, a la independencia de América. No fue el corolario de la invasión como en otros momentos de la historia; fue la recepción entusiasta y jubilosa, como si se tratase de recibir de nuevo a las huestes victoriosas después de las batallas. El Código Civil fue, ya poseída la libertad, la compenetración, la identificación, la unidad de estos países, en su interés de organizar la convivencia de sus hijos sobre una misma concepción jurídica y ética de sus derechos y al amparo eficaz de una misma Justicia.

Este cuerpo legal contempló al hombre, desde su nacimiento hasta su fin mortal, como sujeto nato de derecho, igual ante la ley, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe y condición; la familia, conforme al evangelio cristiano; los derechos privados, sobre las bases del respeto recíproco; las formas de obligarse para con sus semejantes y de poseer y adquirir las cosas, como ejercicio de su voluntad; la propiedad privada, en su relatividad equidistante del individuo y de la comunidad, ya que al definirla dejó el germen de todas las transformaciones jurídicas, sin excluir la función social que la Constitución Colombiana consagró mucho más tarde; y en su raíz, las teorías, posteriormente sistematizadas por la doctrina, del enriquecimiento sin causa, el fraude a la ley, la apariencia y la imprevisión. Tomó de las fuentes lo mejor y lo más adecuado al medio americano, para lograr una transición sin conmociones; desató controversias y disipó dudas; creó ordenamientos; acendró reglas y perfeccionó estatutos; depuró instituciones e introdujo novedades de sorprendente originalidad; todo en la más sencilla, castiza y armoniosa de las formas, a fin de coronar una obra de óptimas calidades, de la cual puede repetirse lo que el ilustre fundador de la Scholla Cantorum de París afirmaba, al concluir el estudio de Parsifal, el magno drama místico de Wagner, ante sus discípulos sobrecogidos por la invisible presencia del genio: "Hasta este punto puede llegar la inteligencia humana".

Entre su primer proyecto y el definitivo corrieron ríos de enmiendas, adiciones, supresiones y cambios. Veinte años de labor no era demasiado para quien sabía que no hay obra humana grande, sin el apoyo sistematizado de una voluntad firme, sin el esfuerzo tenaz de todos los días. Fue la condenación de los improvisadores, de los que viven siempre conformes con lo que hacen, ya porque tienen la impudicia de creerse genios, espontáneos naturalmente, ora por decidia o pereza para someter la obra a una tarea revisora implacable y permanente. Bello no creía en las cosas perfectas: cuatro proyectos publicó, y cada uno marca todo un período de revaluación. No dogmatizó; no fue ajeno a la discusión, ni a las rectificaciones. Como era sabio, no tenía necesidad de presumir de tal, y por ello corregía, destruía, enderezaba, retocaba, reparaba y rehacía sin desmayo, y de allí sus distintos proyectos, y se cuenta que al morir, siendo el Código ley de la República de Chile, su ejemplar personal ya exhibía numerosas aclaraciones y correcciones.

Representa, pues el Código del señor Bello, uno de los sucesos más importantes, en materia de codificaciones, en América y en el mundo. La fama cobrada por el Código en muy poco tiempo, era en mucha parte la gloria de su autor, tejida por una inteligencia de múltiples aptitudes. De esa gloria llegó nimbado el Código de Chile a nuestra patria, donde fue recibido, primero, en la época federativa, por los Estados Soberanos de Cundinamarca, Cauca, Antioquia y otros; después, en 1873, en la misma época, por la Nación para los territorios nacionales, y por último, al reconstituírse el país en Estado unitario en 1887, como Código Civil único de la República. De modo que no fue una recepción, sino varias, locales unas y

dos nacionales, de las cuales la última representa particularmente el plebiscito caluroso en todo el pueblo colombiano. Así fue incorporado a Colombia, a sus leyes, a sus instituciones, a su organización, a sus intereses, a la personalidad de los colombianos, cuyos derechos, actividades y conducta se han venido rigiendo hasta hoy por sus ordenamientos, con algunas reformas que le han sido introducidas.

- II -

Mas, la presencia del Código Civil en las instituciones de la República, no ha sido óbice a que se hayan aprobado importantes reformas legales e imprimido benéficos rumbos a la Jurisprudencia, cuya referencia ahora no es un desacato a la obra eminentísima de don Andrés Bello, sino, por el contrario, alabanza cálida razonada, puesto que la estructura subsiste.

Tanto los Estados Soberanos, en el régimen anterior a 1886, como la Nación, después de este año, introdujeron al Código Civil no pocas modificaciones, algunas de ellas de suma importancia.

En 1887, al ser adoptado como código de la Nación unificada, se suprime la muerte civil, se consagra la adopción, se modifican el régimen de las personas jurídicas y de las pruebas del estado civil; se complementa la plataforma de las fuentes de las obligaciones; se agregan importantes preceptos sobre matrimonio católico, legitimación, promesa de contrato, prueba de las obligaciones; y los primeros artículos de la ley 153 contienen novedosas y trascendentales reglas de interpretación legal, a las cuales debe la Nación en mucha parte el desarrollo de su jurisprudencia.

Se impulsa en 1928 el saneamiento de la propiedad territorial por medio de la acción de pertenencia, a favor de los titulares de aquellos fundos en que la usucapión hubiese conferido o estabilizado el derecho, y estatuye en 1943 la prescripción entre comuneros, refrendando la doctrina jurisprudencial, para provocar la división de las grandes comunidades, en uno y otro caso con sentencia **erga omnes,** pronunciadas en juicios promovidos mediante emplazamientos públicos.

En el mismo año la Nación se reserva el dominio y el uso de la fuerza hidráulica que pueda desarrollarse con las aguas de uso público.

En 1931 se autoriza la constitución de patrimonios de familia, no embargables.

En 1932 se sustituye el régimen de la sociedad conyugal tradicional, de la administración única del marido y la incapacidad de la cónyuge, por un sistema en que, dejando subsistir la asociación patrimonial, separa los patrimonios, en cuanto a su administración, goce y disposición, y erige a la mujer en sujeto plenamente capaz.

En 1936 se reforma a fondo el estatuto del hijo natural; se eliminan las distintas especies comprendidas en dicho estado civil y se sustituyen por la única de hijos naturales; se le reconoce el derecho de investigar la paternidad y de heredar aún en concurrencia con hijos legítimos.

En el mismo año disminuye el término de la usucapión extraordinaria a veinte años, y la ley de Tierras realiza cambios fundamentales, ante la presencia de graves problemas agrarios, a saber:

Introduce en la posesión de las tierras, una nueva calidad: la de ser económica, indispensable para conservarlas; grava el dominio agrario con una condición resolutoria de carácter perpetuo, de la cual no se redime la tierra jamás, consistente en el hecho de dejar de explotarla durante un determinado lapso continuo y cuya verificación acarrea la reversión del dominio al Estado; crea una nueva usucapión de cinco años en favor del ocupante de tierras que cree baldías, sin requerirse más título que el texto legal; sanea la propiedad privada inmobiliaria, tanto urbana como rural, admitiendo contra el Estado una cadena de títulos por veinte años, siempre que sea anterior a la vigencia de la ley y sin que sea necesario probar posesión; se introducen a la accesión especiales modalidades para que el colono pueda adquirir el suelo, y al concepto de mejoras, nuevos factores, tales como el mayor valor alcanzado por el suelo, debido al esfuerzo del poseedor; se provee al sistema inquisitivo en los juicios agrarios, a fin de dispensar en este campo una justicia exenta de formulismos probatorios; se estatuyen expresamente las teorías del enriquecimiento sin causa, del abuso del derecho y del fraude a la ley, y se consagra la **persuasión racional** como supremo criterio de interpretación de los textos legales, en la dispensación de la Justicia agraria.

En 1940, el uso del riberano deja de ser un derecho patrimonial, de servidumbre o de uso **sui generis,** transferible y transmisible, para participar de la naturaleza de un bien público, cuyo goce concede el Estado, en su carácter de titular de tal clase de bienes.

- III -

La Corte Suprema de Justicia y en general los jueces colombianos han interpretado el Código Civil confiados en la fuerza creadora de la doctrina.

La labor del órgano jurisdiccional ha constituído un devoto tributo al Código Civil, porque con base en él ha impulsado vigorosamente la jurisprudencia, lo cual predica que hay en sus reglas esencia generosa y concepciones amplias.

Fenecido el sistema exegético, nada más adecuado que los nuevos métodos de interpretación para movilizar y actualizar un código pleno de dinamismo, sobre la nueva vida nacional, sobre las modernas orientaciones de un núcleo social sorprendido por el proceso de los últimos años. A la doctrina jurisprudencial corresponde un permanente reajuste de las normas legales y por ello no se vacila hoy en hacerla figurar entre las fuentes del Derecho positivo. Instrumento dúctil y ágil responde inmediatamente a los cambios sociales, a las nuevas formas de progreso, a los nuevos requerimientos de la comunidad y a los nuevos criterios para emplazar la vida.

Se debe en Colombia a la doctrina la nueva concepción subjetiva de la causa, a base de los móviles del acto jurídico, y las teorías de la apariencia y de la imprevisión, con fuerza de normas generales, y antes de 1936, la del abuso del derecho, apoyada en el criterio técnico de la culpa; la del enriquecimiento ilegítimo, con base en la teoría de la causa, y la del fraude a la ley.

Con los textos sobre la responsabilidad civil, especialmente la extracontractual, respecto de la cual los ordenamientos del Código Civil significaban, en el tiempo de su presentación al Congreso de Chile, el mayor avance en la materia, la jurisprudencia, en uno de los procesos interpretativos más cuidadosamente dirigidos, ha consagrado doctrinas sobre muchos de los puntos atinentes a este campo, doctrinas que le permiten figurar entre los países más avanzados en el campo de la responsabilidad civil.

Se le debe igualmente el cambio operado en la apreciación jurídica de la simulación, concebida antes como una nulidad y contemplada ahora como simple fenómeno del consentimiento.

A las personas jurídicas les ha reconocido plena capacidad de derecho y de obrar, dejando, por lo mismo, de pertenecer al grupo de los incapaces.

Viene estructurando las relaciones de vecindad conforme a las nuevas orientaciones doctrinarias, y se consagra la culpa objetiva en el daño causado al predio vecino, por el goce abusivo o excesivo de la propiedad.

Sustrae la situación del riberano de la plataforma literal de las servidumbres naturales, para tratarlas como derecho real de uso **sui generis**, cesible, transmisible y prescriptible, hasta el año de 1940, en que un texto legal lo despoja de este carácter de derecho patrimonial.

Socaba lentamente el edificio de la posesión inscrita que literalmente el Código hace prevalecer sobre la posesión material; se reconoce que la usucapión tanto ordinaria como extraordinaria, se cumple contra los títulos inscritos; que en el campo de los interdictos, la inscripción es impotente ante la posesión material; que el registro de los títulos no es posesión, ni prueba de posesión, sino medio de transferir la propiedad, de probar la titularidad del derecho y publicar la transferencia, y que, por tanto, en la legislación colombiana no existe la posesión inscrita.

Así, dejando de citar, como es natural, muchas doctrinas jurisprudenciales, el Código del señor Bello, en vez de aniquilar el ímpetu de una jurisprudencia ambiciosa, ha sido precisamente su acicate eficaz.

Señores:

Estos actos de cálida recordación, solemnemente verificados bajo el patrocinio del Gobierno de Venezuela, fuera de su obvio sentido de glorificación de la vida y las obras de don Andrés Bello, arquetipo de sabios y maestros, cuya memoria, siempre loada y bendecida, no habrá de decaer jamás, ha de tener también, dado que estamos conmemorando la aparición en el hemisferio americano, de un estatuto de convivencia social y civil, el significado de una encendida y perdurable exaltación del ideal bolivariano, de armonía, de serenidad, de recíproca comprensión, en las relaciones de los países de América.

ACUSACION CONTRA UN ACTO LEGISLATIVO.—INCOMPETENCIA DE LA CORTE

1.—En las demandas de inexequibilidad, como en cualquier otro negocio sometido a la Jurisdicción, es deber del fallador indagar previamente si es competente para conocer y no se puede entrar a fallar definitivamente un negocio, ni siquiera poner en movimiento los mecanismos procesales si aparece de manifiesto la incompetencia, tanto más si ésta se deduce de la naturaleza misma de la acción que se ejercita.

2.—La Corte no tiene competencia para conocer de una demanda presentada ante ella contra un Acto Legislativo.

Corte Suprema de Justicia — Sala Unitaria—Bogotá, enero treinta de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse)

El ciudadano don Germán Molina Callejas, en escrito fechado el doce (12) del mes en curso y presentado en el Municipio de Ginebra (V.) se dirige a la Corte acusando de inconstitucionales las disposiciones contenidas en el Acto Legislativo número 2 de 1954 emanado de la Asamblea Nacional Constituyente: estima el peticionario que tales preceptos chocan con las ordenaciones del Acto Legislativo número 1º de 1952.

En las demandas de inexequibilidad, como en cualquier otro negocio sometido a la Jurisdicción, es deber del fallador indagar previamente si es competente para conocer, porque la competencia "que es la facultad que tiene un Juez o Tribunal para ejercer en un determinado negocio la jurisdicción que corresponde a la República", está señalada en las disposiciones que precisan la órbita dentro de la cual pueden moverse los Jueces. No se puede entrar a fallar definitivamente un negocio, ni siquiera poner en movimiento los mecanismos procesales si aparece de manifiesto la incompetencia, tanto más si ésta se deduce de la naturaleza misma de la acción que se ejercita.

En el caso presente, la competencia de la Corte como guardiana de la integridad de la Constitución está específicamente determinada por el artículo 214 de la Carta; en consecuencia, no puede entrar a conocer sino las demandas de inexequibilidad que se presenten contra los proyectos, leyes o Decretos allí previstos.

Sobre este mismo tópico se pronunció la Corte en providencia del 28 de octubre próximo pasado publicada en la GACETA JUDICIAL número 2159. Allí se expuso:

"El señor Germán Molina Callejas, mayor y vecino de Ginebra (Valle) donde reside, (se anota que es el mismo ciudadano que dirige el escrito que se está comentando), invocando su calidad de ciudadano colombiano demanda ante la Corte la declaración de inexequibilidad de los Actos Legislativos número 1º de 18 de junio de 1953 y número 1º de 30 de julio de 1954.

"No obstante la índole especial de este procedimiento, la Corte debe examinar, como cualquier otro Juez, antes de admitir una demanda, si es o no competente para conocer de ella de lo contrario se expondría a dejar viciada su actuación desde el principio.

"Como se deduce de la mera lectura del escrito de demanda presentado personalmente el 13 de los corrientes en el Juzgado Municipal de Ginebra, domicilio del demandante, y también del memorial anexo que presentó ante el Juzgado el 24 de los mismos, recibido el primero en la Secretaría de la Corte el 17 de octubre corriente y el segundo el 27, es claro que lo que pretende la demanda es acusar por inexequibilidad unos actos del poder constituyente, comoquiera que ellos emanan de la Asamblea Nacional creada por el Acto Legislativo número 1º de 1952, a fin de enmendar el texto de la Carta, con aplicación del procedimiento indicado en el artículo 218 de la misma.

"El artículo 214 de la Constitución, y al cual se acoge la demanda del señor Molina Callejas, establece de manera muy clara que los actos acusables ante la Corte, en acción de inexequibilidad, son los siguientes:

"1º—Los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales;

"2º—Cualquiera de las leyes dictadas por el Congreso, y

"3º—Cualquiera de los decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 76, y el artículo 121 de la Constitución.

"Según esto la competencia de la Corte para decidir sobre la inexequibilidad de los actos acusados, está limitada y definida, en razón de la materia de que pueda conocer, a los actos de que se habla.

"No conoce la Corte ni tiene competencia para decidir de las acusaciones que se presenten contra los artículos de la misma Carta, o contra las enmiendas que le introduzca el poder constituyente. La guarda de la integridad de la Constitución no podría entenderse, pues sería absurdo, como un medio consagrado por la Carta para revisar los actos del poder constituyente. Estos actos, una vez expedidos, no están sujetos a revisión de ninguna especie por ninguno de los poderes constituídos; porque ello implicaría admitir el absurdo de que hay derecho contra derecho: la tesis es tan clara, tan evidente, que sería inoficioso detenerse a analizarla.

"Siendo así que la Constitución no podía darle, como no le ha dado, a ninguno de los poderes constituídos —Legislativo, Ejecutivo y Judicial, últimamente designados con el carácter de ramas del Poder Público—, la facultad para revisar aquellos actos, luego la Corte carece de competencia para conocer de acusaciones como la propuesta por el señor Molina Callejas.

"El artículo 41 del Acto Legislativo número 3 de 1910, designaba los proyectos de ley llamándolos defectuosamente actos legislativos (con minúscula), ello hubiera dado lugar a que se pensara, ateniéndose al tenor literal de esa designación defectuosa, que la Corte hubiera recibido poder para decidir acerca de la inexequibilidad de tales actos, sin embargo a nadie se le ocurrió sostener semejante cosa: pero con la reforma del artículo 53 del Acto Legislativo número 1º de 1945, que le da contenido al 214 de la codificación oficial de nuestra Carta, se eliminó toda duda al respecto, si alguna hubiera surgido.

"No siendo, pues, ni un proyecto de ley tildado de inexequible por el Gobierno, ni una ley expedida por el Congreso, ni un decreto de los que puede dictar el Gobierno conforme a las atribuciones de los textos constitucionales citados en el artículo 214 de la Carta, el objeto o materia de la demanda del ciudadano Germán Molina Callejas, la Corte no tiene jurisdicción para conocer de ella, porque escapa a la esfera de sus atribuciones y, en consecuencia, la demanda debe rechazarse de plano, so pena de adelantar, a sabiendas, actuaciones viciadas de nulidad...".

Por lo anteriormente dicho, se resuelve:

Recházase de plano la demanda suscrita por el señor Germán Molina Callejas en que acusa de inconstitucional el Acto Legislativo número 2 de 1954.

Ejecutoriada esta providencia insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

Notifíquese al demandante.

Ignacio Gómez Posse—**Ernesto Melendro Lugo**, Secretario.

CUAL ES EL "CONCEPTO" QUE INHABILITA AL MAGISTRADO PARA INTERVENIR EN UN JUICIO DE INEXEQUIBILIDAD SEGUN LA CAUSAL DE IMPEDIMENTO CONTEMPLADA EN EL ART. 4º DE LA LEY 96 DE 1936. — NUEVA DOCTRINA DE LA CORTE

Entre las causales de impedimento o recusación contemplados por el artículo 4º de la ley 96 de 1936, está la de "haber conceptuado el Magistrado sobre la constitucionalidad de la disposición acusada".

La Corte encuentra que dicho mandato no se refiere al caso del magistrado que haya dictado sentencia aplicando la disposición legal que más tarde sea acusada como inconstitucional. En apoyo de lo cual halla acertado el estudio elaborado en auto de fecha abril 21 de 1955, publicado en el Nº 2153 de la Gaceta Judicial, pág. 7, en el que se llega a la conclusión de que el magistrado que ha emitido su opinión en la motivación de las sentencias por él firmadas, no está inhabilitado para conocer del juicio de inexequibilidad porque el concepto a que se refiere la ley es el rendido por él como abogado en el ejercicio profesional.

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

(Magistrado ponente Dr. Julio Pardo Dávila)

En el negocio al estudio de la Corte para resolver sobre la demanda iniciada por el ciudadano Gabriel Carreño Mallarino, en la que acusa de inconstitucional el inciso 3º del artículo 1º de la ley 39 de 1946, sobre cuociente electoral, el señor Magistrado doctor Jesús Estrada Monsalve manifiesta que se halla impedido para conocer en el asunto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4º de la ley 96 de 1936, por cuanto que en su calidad de Consejero de Estado conceptuó sobre la constitucionalidad de la disposición acusada, toda vez que firmó varias sentencias en juicios electorales y en ellas "se sostuvo que el procedimiento establecido por el artículo 1º de la Ley 39 de 1946, comúnmente llamado 'del arrastre', no solamente no es contrario a los preceptos constitucionales, sino que garantiza el principio consagrado en el artículo 172 de la Carta".

El señor Magistrado ponente, en auto de fecha 27 de abril de 1955, aceptó el impedimento manifestado por el H. Magistrado Estrada Monsalve, y lo declaró separado del conocimiento. Notificado de esta providencia el señor Procurador General de la Nación, este funcionario, en escrito de fecha 28 del mismo mes, manifestó:

"Con el único fin de que la H. Corte Suprema de Justicia unifique su doctrina respecto de los impedimentos que para conocer de negocios sobre inexequibilidad de leyes, decretos extraordinarios y legislativos, interpongo recurso de súplica contra el auto de la referencia, en cuanto hace al impedimento declarado por el doctor Jesús Estrada Monsalve, ya que el propuesto por el señor doctor Manuel Barrera Parra sí es fundado en mi concepto, para que se revoque y en su lugar se disponga que el señor doctor Jesús Estrada Monsalve debe continuar conociendo del asunto.

"Para sustentar el recurso, me permito transcribir las razones expuestas por el H. Magistrado doctor Néstor Pineda en auto del 21 de los corrientes, al decidir del impedimento manifestado por los HH. Magistrados Estrada Monsalve, Gómez Prada y José J. Gómez, en el juicio de inexequibilidad del capítulo XXII de la ley 167 de 1941, conceptos que, en general, comparte el suscrito".

Concedido para ante el resto de la Sala el recurso de súplica interpuesto por el señor Procurador, es el caso de resolverlo, para lo cual se considera:

La ley 96 de 1936 en el artículo 4º, enseña que en los asuntos de que conoce la Corte Suprema, conforme al artículo 30 del Código Judicial, no habrá más causales de impedimento y recusación que haber conceptuado el magistrado sobre la constitucionalidad de la disposición acusada; ha-

ber dictado dicha disposición; haber sido miembro del Congreso que la dictó, ó, estar dentro del cuarto grado de parentesco de consanguinidad o segundo de afinidad con el demandante o con su apoderado. Los mismos términos del artículo citado indican que se trata de enumeración taxativa de las causales de impedimento y recusación.

Dentro de tales causales, el señor Magistrado Estrada Monsalve manifiesta que su impedimento se deriva de la primera de ellas: "haber conceptuado el magistrado sobre la constitucionalidad de la disposición acusada", por haber firmado como Consejero de Estado las sentencias de que atrás se hizo mérito.

Al respecto, es conveniente advertir que no existe un criterio uniforme en la Corte, pues la Corporación no se ha pronunciado sobre el punto debatido; sólo algunos de los señores magistrados han dejado expuestos sus puntos de vista sobre esta clase de impedimentos, en providencias que han suscrito como magistrados sustanciadores, y en tales providencias se advierte evidente disparidad de opiniones, pues al paso que alguno de los magistrados acepta el impedimento, otro lo rechaza, y para evitar que se presenten situaciones anómalas, es de todo punto de vista conveniente que se unifique la doctrina de la Corte, mediante decisión de la Sala Plena.

En el estudio elaborado por el señor magistrado doctor Néstor Pineda, publicado en el Nº 2153 de la Gaceta Judicial, y que el señor Procurador comparte, en general, se hace una distinción sobre el significado jurídico de los vocablos **sentencia** y **concepto**, para llegar a la conclusión de que el magistrado que ha emitido su opinión en la motivación de las sentencias por él firmadas, no está inhabilitado para conocer del juicio de inexequibilidad porque el concepto a que se refiere la ley es el rendido por él como abogado en el ejercicio profesional. Este concepto, que es el acertado sobre la materia, lo desarrolló así el H. Magistrado doctor Pineda:

"... ... ...
es preciso estudiar el punto a la luz del significado jurídico de los vocablos **sentencia** y **concepto** y así poder decidir si está o nó 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, predeterminada 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 **responsabilidad** 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 distinta'.

"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 excepticismo sobre la naturaleza moral del hombre en la doctrina (G. J. Nº 2062, pág. 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 propio 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 éste 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 (artículo 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 dio 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 nó su concepto, el cual tiene origen en un acuerdo de voluntad con el tercero que se le solicitó. No importa 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".

Lo dicho es suficiente para concluír que el mandato del artículo 4º de la ley 96 de 1936, no se refiere al caso del magistrado que haya dictado sentencia aplicando la disposición legal que más tarde sea acusada como inconstitucional.

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, reforma el auto de fecha 27 de abril de 1955, y en consecuencia resuelve que no es el caso de aceptar el impedimento manifestado por el señor Magistrado doctor Jesús Estrada Monsalve, a quien no se declara separado para conocer en el estudio del presente negocio.

Notifíquese y publíquese en la Gaceta Judicial.

José J. Gómez R. — **Aníbal Cardoso Gaitán,** con salvamento de voto. — **Luis Enrique Cuervo Araoz.** — **Roberto Goenaga** — **Ignacio Gómez Posse** — **Agustín Gómez Prada** — **José Hernández Arbeláez** — **Ricardo Jordán Jiménez** — **Julio Pardo Dávila** — **Camilo Rincón Lara** — **Domingo Sarasty Montenegro** — **Luis Zafra** — **Alberto Zuleta Angel,** con salvamento de voto. — **Gustavo Fajardo Pinzón** — Conjuez. **Ernesto Melendro L.,** Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. ANIBAL CARDOSO GAITAN

Con el debido respeto a todos mis eminentes colegas de la Sala Plena, y en particular al ilustre Magistrado doctor Estrada Monsalve, tengo la pena de expresar mi disentimiento en relación con el auto anterior, por las razones que a continuación expongo.

El Honorable Magistrado doctor Estrada Monsalve expresó lo siguiente en el escrito dirigido al Honorable Magistrado doctor Latorre:

"Atentamente manifiesto a usted que el suscrito, en su carácter de Consejero de Estado, conceptuó sobre la constitucionalidad de la disposición acusada en el presente negocio, por lo cual se halla impedido para conocer del mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4º de la ley 96 de 1936. En asunto semejante, que cursa en la mesa del H. Magistrado doctor Aníbal Cardoso Gaitán, transcribí —al hacer igual manifestación— varios apartes de algunas sentencias dictadas por el Consejo de Estado en numerosos juicios electorales, donde se sostuvo que el procedimiento establecido por el artículo 1º de la ley 39 de 1946, comúnmente llamado "del arrastre", no solamente no es contrario a los preceptos constitucionales, sino que garantiza el principio consagrado en el artículo 172 de la Carta. Estas sentencias fueron la de 5 de septiembre de 1947; las de 21 y 29 de agosto del mismo año (Anales del Consejo de Estado (Tomo LVI) y la de 10 de julio de 1951 (ibidem, Tomo LVIII)".

El Honorable Magistrado doctor Latorre, en auto de 27 de abril de 1955, declaró fundada la causal de impedimento y separado del conocimiento al señor Magistrado doctor Estrada Monsalve. El auto a que la presente salvedad se refiere decide el recurso de súplica sobre la providencia unitaria.

En el expediente a que el Honorable Magistrado doctor Estrada Monsalve alude, que correspondió a la mesa del suscrito y que fue fallado por la Sala Plena el 14 de septiembre de 1955, folio 23, se halla esta manifestación de dicho señor Magistrado:

"Basta lo transcrito para que se vea muy claramente cómo el Consejo de Estado, al decidir sobre los actos de escrutinio realizados por los Consejeros Electorales, no se limitó a estudiar el problema de su conformidad o inconformidad con lo dispuesto en la ley 39 de 1946, sino que analizó a fondo el contenido del estatuto electoral frente a lo preceptuado en el artículo 172 de la Carta, **aceptando la constitucionalidad de aquél en todas sus partes** (subraya el señor Magistrado). Debo agregar finalmente que el fallo de 29 de agosto de 1947, dictado por el Consejo de Estado sobre la materia, con ponencia del suscrito, mereció ser acogido por la H. Corte Electoral en el acta de las sesiones celebradas por dicha entidad en los días 16 y 17 de julio de 1949, en los siguientes términos, que tampoco dejan duda sobre la causal de impedimento aquí manifestada: '...llega la Corte al punto en que debe realizar los escrutinios y pronunciar la correspondiente declaración de elecciones. A ello procede ciñéndose al criterio que se formó la corporación después del estudio detenido de que da cuenta la presente acta en su primera parte; **criterio que es el mismo expuesto por el Consejo de Estado en sus diversos fallos, a partir del que lleva fecha 29 de agosto de 1947,** CUYA DOCTRINA EN SENTIR DE LA CORTE CONSTITUYE UNA JUSTA INTERPRETACION DE LA LEY 39 DE 1946 CON EL TEXTO CONSTITUCIONAL QUE ESTABLECE LA REPRESENTACION PROPORCIONAL DE LOS PARTIDOS (artículo 172 de la Carta' ".

Conforme a la ley 96 de 1936, artículo 4º, es causal de impedimento y recusación, "haber conceptuado el Magistrado sobre la constitucionalidad de la disposición acusada". No dice la ley en qué ocasión u oportunidad se emite el concepto. El distingo que hace la Sala Plena, acogiendo el autorizado parecer de nuestro ilustre excolega doctor Néstor Pineda, entre la oportunidad "sentencia" y la oportunidad "concepto", es de discutible aceptación desde un punto de vista general, y no lo hallo aplicable al caso de que ahora se trata.

La diferencia que encuentra el doctor Pineda entre el "concepto" manifestado por un jurisconsulto, en su profesión, y el expresado por un funcionario en una sentencia, para deducir que el

primero obliga a su autor, si después actúa como Magistrado, y el segundo no lo obliga, si también obra luego con esa alta investidura, carece a mi juicio de razón o fundamento. Donde la ley no distingue no es lícito hacerlo. La ley habla de "haber conceptuado". Conceptuar es emitir concepto, parecer, opinión, juicio. Ello puede hacerse en cualquier circunstancia. No se ve por qué el que ha conceptuado como abogado tenga impedimento para fallar en juicio de exequibilidad, y el funcionario que también ha emitido un concepto idéntico no lo tenga igualmente. Lo interesante es la emisión del concepto, que naturalmente vinculará más o menos a su autor, según sea el modo como aquél se ha formado y se expresa, y la convicción que demuestra en quien lo emite.

En el presente caso hay las circunstancias de que el concepto del señor Magistrado Estrada Monsalve se produjo con convicción perfecta, de que dan cuenta las providencias del Consejo de Estado y sus manifestaciones hechas por él ante la Corte para calificarlas; y además la de que su juicio en el Consejo de Estado, su parecer, su convicción, se produjeron en un acto análogo constitucionalmente al que realiza en la Corte Suprema un Magistrado cuando falla en materia de exequibilidad de las leyes.

Si al estudiar la aplicabilidad de una ley en un caso concreto, se produce de plano el "concepto", la apreciación de que es constitucional o inconstitucional el ordenamiento, sin estudio especial acerca de la constitucionalidad de la ley, no cabe decir que el autor del concepto ha expresado una convicción. Al contrario, si al hacerse el examen respecto a la aplicabilidad de una ley o decreto, el que lo realiza estudia realmente la cuestión jurídica y constitucional planteada, su concepto expresa una convicción.

Tanto la inaplicabilidad de la ley (artículo 215) como la declaración erga omnes sobre su exequibilidad (artículo 214) son medios que la Constitución consagra para su propia guarda o defensa. El Juez que en casos concretos deja de aplicar una norma legal, por estimarla contraria a la Carta, y el Magistrado que en la Corte Suprema de Justicia pronuncia la inexequibilidad, están actuando en el mismo radio de razonamiento y de juicio que corresponde al desempeño del mandato constitucional que ordena hacer prevalecer la Constitución sobre la Ley. La inaplicabilidad de ésta la declara el funcionario por tener el concepto, o mejor, la convicción, de que la ley es inconstitucional. La exequibilidad la pronuncia el Magistrado de la Corte por las mismas razones.

El Consejo de Estado, con la intervenicón y la ponencia del Honorable Consejero Estrada Monsalve, realizó el estudio necesario para llegar, como llegó, a la conclusión de que la ley 39 de 1946 se ajustaba a la Carta fundamental, y en concreto al artículo 172.

Promovida la demanda que originó el presente juicio, la misma cuestión, de la constitucionalidad de la ley electoral frente al Estatuto, se le somete a la Corte.

En estas circunstancias, hay indudablemente un concepto, no implícitamente expresado, sino de un modo concreto, una convicción jurídica anterior, del Honorable Magistrado Estrada Monsalve, que lo coloca en el caso previsto por el artículo 4º de la ley 96 de 1936.

Por motivos ajenos a mi voluntad no asistí a la sesión de la Corte en que se aprobó el anterior auto, y eso me privó del honor de haber expresado en la Sala Plena las razones que respetuosamente he consignado en el presente disentimiento.

Bogotá, febrero 16 de 1946.

Aníbal Cardoso Gaitán



SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ALBERTO ZULETA ANGEL

Con respeto, pero sin la menor vacilación, me separo de lo resuelto en la precedente providencia:

Primero: porque la disposición del artículo 4º de la ley 96 de 1936 es de una perfecta claridad: constituye causal de impedimento el haber conceptuado el magistrado sobre la constitucionalidad de la disposición acusada. Ahora bien: el concepto a que se refiere la ley puede haber sido emitido en un fallo, en un dictamen rendido en el ejercicio de actividades profesionales, en la cátedra, en el libro, o en la prensa. No quiere la ley que ejerza la trascendental atribución conferida a la Corte en el artículo 214 de la Constitución el jurista que ha expresado sus opiniones al respecto, sean cuales fueren las circunstancias en que las expuso. No establece la disposición de que se trata, ni era lógico que estableciera, distinciones sobre este particular.

Segundo: porque cuando la ley, como en el caso de que se trata, es absolutamente clara, el juzgador está en la obligación de aplicarla sin que le sea permitido introducirle, arbitrariamente, excepciones o establecer alambicadas distinciones. Sólo excepcionalmente puede interpretarse una ley clara: cuando en ella se advierte un yerro flagrante que conduzca al absurdo y que aparezca como manifiestamente contrario al espíritu general de la legislación. Pero no es esto lo que ocurre en la disposición legal de que se trata. En consecuencia, la decisión de la Corte implica, en mi concepto, el desconocimiento de un texto claro y preciso de la ley.

Tercero: porque encuentro absolutamente deleznables los considerandos de la referida providencia en cuanto tratan de establecer una diferencia entre el concepto que expresa el juez en un fallo y la opinión que expone un jurisconsulto en el ejercicio de su profesión. En efecto:

a) Dice la Corte: "El parecer del jurisconsulto y la sentencia del juez tienen rasgos comunes y aun 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". Cierto, pero es claro que esta elemental observación conduce precisamente a una conclusión contraria a la que se expone en el auto a que me refiero. Es, en efecto, mucho más grave y trascendental, puesto que tiene fuerza obligatoria, el concepto fundamental de un fallo judicial que el simple parecer de un jurisconsulto.

b) Agrega la Corte: "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". Evidente, pero la rectificación de un error constituye un **imperativo categórico,** sin que al respecto se puedan establecer distinciones entre el juzgador y el jurisconsulto. Por eso encuentro absolutamente inadmisible lo expresado por la Corte en el siguiente paso de la providencia que comento: "de diferente manera se enfoca la conducta del jurisconsulto que ha prejuzgado 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". Absolutamente inadmisible, he dicho, porque en punto a probidad mental no es posible establecer diferencias entre el juez y el jurisconsulto.

c) En consecuencia, las distinciones expuestas por la Corte no servirían ni siquiera de base para una reforma legislativa; menos aún pueden justificar el desconocimiento de una regla legal perfectamente clara.

Bogotá, a diez y seis de febrero de mil novecientos cincuenta y seis.

Alberto Zuleta Angel

SALA DE CASACION CIVIL

JUICIO SOBRE RENDICION DE CUENTAS.—LA OBLIGACION DEL MANDATARIO DE DOCUMENTAR LAS CUENTAS IMPORTANTES NO ES UN REQUISITO AD SOLEMNITATEM INDISPENSABLE PARA LA VALIDEZ DE LAS CUENTAS. ADMISIBILIDAD DE LA CONFESION COMO PRUEBA DE LAS CUENTAS DEL MANDATARIO

1.— Expresa el artículo 2181 del Código Civil, al imponer el deber al mandatario de dar cuenta de su administración, que sólo las partidas importantes de las cuentas requieren documentación.

Importancia es entidad, y debe medirse en concreto, de acuerdo con las peculiaridades de las cuentas que se examinan. De donde surge la relatividad del concepto y, por ello, el amplio poder de apreciación que al respecto compete al juzgador en la instancia, no censurable en casación sino ante el clamor de la evidencia procesal.

2.—Supuesto que una o varias partidas de las cuentas tengan la nota de importantes, habrá para el mandatario la obligación de documentarlas, o sea que está en la necesidad de acompañar escritos que PRIMA FACIE sirvan razonablemente para respaldarlas. Mas no es requisito AD SOLEMNITATEM, indispensable para la validez de las cuentas, desde luego que está previsto por la ley cómo el mandante puede relevar al mandatario de ese deber. Ni es cuestión de orden público general o en materia probatoria, puesto que si se admite la renuncia, habrá de ser necesariamente porque el asunto sólo atañe al interés personal del renunciante.

3.—Del sistema positivo no se desprende que en punto a las cuentas del mandatario exista tal restricción de los medios de prueba que haga inadmisible la confesión, según está organizada por el derecho. Al contrario: en innumerables casos será el reconocimiento del obligado la base para liquidar las cuentas de su gestión.

La fisonomía de cada situación habrá de examinarse en concreto, de acuerdo con su propia individualidad y al tenor de las circunstancias de orden práctico que le prestan colorido.

Para el sentenciador las cuentas rendidas en este proceso constituyen una confesión indivisible, y ésta es la piedra angular del fallo. Mientras ese apoyo permanezca en pie, la decisión será firme.

Conforme al artículo 1763, del Código Civil, los asientos, registros y papeles domésticos únicamente hacen fe contra el que los ha escrito o firmado, pero sólo en aquello que aparezca con toda claridad, y con tal que el que quiera aprovecharse de ellos no los rechace en la parte que le fuere desfavorable. Se advierte, entonces que el principio allí consignado es el mismo con que está regida la confesión indivisible. Las anotaciones privadas envuelven, en efecto, un reconocimiento extrajudicial para quien las hizo, y le obligan en la misma medida de lo que aparece: tanto en lo adverso como en lo favorable, y nada más.

Por lo cual, si llega a presentarse la situación de que falten otras pruebas, quien invoca las partidas favorables de las cuentas privadas, no puede a la vez rechazar las que fueren contrarias. En definitiva el cuentadante no hace otra cosa que reconocer un hecho: el saldo que resulta en su contra; y en ausencia de pruebas diferentes, la confesión, en tal evento indivisible, marca el contenido del fallo judicial para desatar el litigio.

4.—La calificación del reconocimiento de la confesión como divisible o indivisible es punto que por lo común escapa al recurso extraordinario, porque el arbitrio judicial tiene en la materia amplia cabida.

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

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez)

Pocos meses antes de su muerte, acaecida el 5 de julio de 1952, Joaquín Villegas González, casado en primeras nupcias con Zoila Rosa Bedoya, en segundas con Débora Domínguez, y padre de numerosos hijos, al sentirse gravemente enfermo confió a uno de ellos, Juvenal, el manejo de toda su hacienda. La administración a cargo del hijo principió en marzo de aquel año y vino a terminar cuatro días después del fallecimiento de Joaquín, por entrega al secuestre nombrado en la respectiva sucesión.

Luis María Tangarife, como cesionario de los derechos de una de las hijas del causante, y Pastora Villegas de Bedoya, otra de las hijas y quien posteriormente desistió de la acción, demandaron de Juvenal Villegas las cuentas referentes al cumplimiento de su encargo, y el Tribunal Superior de Medellín, en providencia del 9 de octubre de 1953, que revocó la de primer grado, del Juez del Circuito de Santa Bárbara, dispuso que las susodichas cuentas fueran rendidas.

Las presentó el responsable, y como fueron objetadas por Tangarife, ya como único actor a virtud del desistimiento de Pastora, el proceso trocóse en juicio ordinario de acuerdo con las ritualidades de la ley.

En primera instancia y con fecha 10 de septiembre de 1954, el Juez del Circuito de Santa Bárbara, al aprobar las cuentas rendidas por Juvenal Villegas, dedujo a su cargo y en favor de los herederos e interesados en la sucesión ilíquida de Joaquín Villegas, el saldo de $ 12.013.67.

Por inconformidad de ambas partes, se surtió el segundo grado del proceso, en que por decisión de 20 de enero de 1955, el Tribunal Superior de Medellín "CONFIRMA la sentencia apelada —dice la parte resolutiva— CON LA REFORMA de que el saldo que queda en contra del señor Juvenal Villegas es por la cantidad de seiscientos y seis pesos con veintisiete centavos m. l."

Tramitado el recurso de casación interpuesto por Tangarife, es la oportunidad de proferir sentencia.

Viene propuesta la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial y se formulan dos cargos que en atención a los argumentos expuestos en su apoyo, procede estudiarlos en conjunto, mejor que examinarlos separadamente.

Expresa la demanda que el Tribunal interpretó con equivocación el libelo inicial del proceso, pues si es verdad que el actor estimó la cuantía en $ 20.000.00 moneda legal, lo fue para determinar la competencia y no el monto de los ingresos, de donde deduce error manifiesto de hecho; que el fallo recurrido se funda en la errónea afirmación de que partidas de gastos que alcanzan a $ 25.146.88 y que el responsable manifestó haber cubierto a terceras personas, están acreditadas por los recibos que esas personas expidieron y, en parte, por la aceptación del actor, cuando si bien se encontró justificada la inversión de $ 5.390.75 en gastos de médico y hospital, y de $ 118.15 por tratarse de recibos inferiores a $ 10.00 moneda legal, la cuenta se objetó en las partidas restantes; que el sentenciador incurrió en "flagrante error de hecho y de derecho" cuando dio por debidamente acreditados egresos con recibos que califica de auténticos, y agrega:

"No es cierto que se hubiera aportado en el acto de la presentación de las cuentas, ni en ninguna de las etapas de este litigio, recibo auténtico alguno. Los que aparecen en el expediente fueron elaborados mucho tiempo después de la fecha que en ellos se expresa, lo cual quedó establecido con las propias manifestaciones del demandado (fs. 7 y 8, cuad. del demandante) y de las personas que los firmaron (f. 4 cuad. de pruebas del demandado y fs. 19 y 20 del demandante); y, además del mal llamado reconocimiento que se hizo, no sobre los ejemplares que se dicen extendidos al tiempo de recibir las correspondientes sumas de dinero, los cuales se dan por extraviados o destruídos, sino sobre los que posteriormente se confeccionaron ad hoc con el único propósito de justificar los gastos, una vez que judicialmente se impuso al administrador la obligación de rendir cuentas y comprobarlas (folios citados). Siendo esto así, resulta sobremanera equívoco e injurídico hablar de recibos auténticos, puesto que la autenticidad —certeza legal sobre la persona del autor y la fecha de un documento— sólo cabe predicarse en relación con los instrumentos públicos (artículos 1759 C. C. y 632 C. J.) y con respecto a algunos de los privados a los cuales la ley expresamente ha atribuído aquel carácter, como los denominados instrumentos negociables, por ejemplo (letras de cambio,

pagarés, etc.) los cuales gozan de la presunción legal de autenticidad. El documento auténtico hace fe por sí mismo; esto es, sin necesidad de un acto jurídico posterior que conlleva el reconocimiento de los elementos esenciales que lo conforman, como son la firma del autor y su fecha; y de ahí que los instrumentos privados requieren formalidades especiales para constituir plena prueba, como su reconocimiento expreso o bien el registro en una oficina pública, su aducción en juicio, etc. (Artículos 1761 C. C. y 637, 639 a 642, 643, 645, y 648 del Código de Procedimiento Civil) pues de otra manera sólo alcanzan a tener la calidad de prueba incompleta; y de ahí también que la evidencia de su fecha no se cuente sino a partir de alguno de los requisitos legales que se dejan mencionados, o en los eventos del artículo 1762 C. C. Es, pues, jurídicamente incontrovertible que ni aún dentro de la excesiva benevolencia de que da muestras el Tribunal en la apreciación de la prueba, podría calificarse de 'recibos auténticos' los aducidos por el señor Villegas para comprobar las cuentas de su mandato.

"El reconocimiento de los pretendidos documentos privados nada vale ni es oponible como prueba a mi mandante, puesto que no están suscritos por él, ni aquella diligencia se hizo sobre los originales de los recibos suscritos por los individuos que dicen haber percibido los dineros, a título de pago por servicios prestados, sino sobre otros ejemplares elaborados en serie con posterioridad al recibo, conforme está demostrado y puede, además, comprobarlo esa H. Sala de Casación, con la simple observación directa del expediente (cuad. principal de cuentas, fls. 101 y ss.)".

A continuación se detiene a considerar lo que es prueba preconstituída, para decir que la que se confecciona o constituye **pendente litigio** carece de toda fuerza de convicción; comenta la doctrina de la Corte según la cual, cuenta documentada no es equivalente a cuenta plenamente comprobada, y estima que se inspira más que todo en la finalidad de acomodar la tarea probatoria a la realidad del tráfico comercial y civil, cuando se trata de la administración de negocios ajenos, y atribuye a los recibos de terceras personas, aún sin su reconocimiento, eficacia e idoneidad suficientes para comprobar el movimiento de las cuentas, lo cual, en su sentir, no significa que cualquier escrito sirva para producir los mismos efectos, por lo que el Tribunal erró al denominar recibos auténticos los aportados por el gestor y deducir el saldo de la cuenta sobre esa equivocada e impertinente apreciación de las pruebas procesales.

Por otro aspecto, estima el recurrente que el reconocimiento de los tales recibos tampoco podría valorarse como declaración de testigo, "por menos —dice— en lo concerniente a los comprobantes o papeles que obran a los folios 101 y ss. del c. principal, y a los cuales se refieren las testificaciones rendidas por los señores Eduardo Vera, Justo Pastor Calle y Marco T. González, trabajadores de las fincas administradas por Villegas, "pues si ellos dicen que recibieron dineros, expresamente expusieron también que no recuerdan la cuantía de la suma, por lo que "resulta temerario y absurdo descargar de ella al cuentadante sin incurrir en un despropósito".

"Finalmente —añade— y dado que las sumas de que se habla ascienden a mucho más de quinientos pesos es inaceptable y legalmente ineficaz por este motivo la prueba testimonial (Ley 153 de 1887, artículos 91 a 93); a lo cual se agrega que el Código Civil (artículo 2181) al imponer la obligación de justificar documentalmente las cuentas que el mandatario presenta, ha instituído así una solemnidad (sic) **ad probationem** —la literal— que no es jurídicamente posible sustituírla por la testifical, pues no existe un principio de prueba por escrito, ni se ha acreditado la imposibilidad de obtenerla". De esto deduce error de derecho, que vicia la decisión proferida.

Glosa la sentencia por admitir el descargo de $ 702 65 por concepto de pago de impuestos en la Tesorería Municipal de Santa Bárbara, por cuanto no se acompañaron los recibos originales, sino que se presentaron los expedidos y reconocidos por personas que afirman haber obtenido esos pagos cuando en época anterior desempeñaban cargos en aquella dependencia oficial, y dice: "Elemental es que si ocurrió pérdida de los comprobantes originales, el camino era solicitar uno nuevo, o copia o certificación sobre el pago de aquellos tributos; y de no haberlo hecho así cuando las cuentas se presentaron o dentro del amplio término probatorio del juicio ordinario, debe sufrir la parte remisa o negligente las consiguientes consecuencias procesales".

En cuanto a los egresos consistentes en sumas de dinero entregadas a su padre por el cuentadante, alega el recurrente que por alcanzar a la cifra de $ 11.244.75, no era posible acreditarlas con las testificaciones que indebidamente apre-

ció el Tribunal, ya que no existe siquiera un principio de prueba por escrito. Además, considera que por razón de parentesco que une a los declarantes con el demandado, los testimonios no son válidos, por parcialidad, o bien sospechosos; pero aún así, su contexto no alcanza a determinar la cantidad de dinero entregada al comitente por el administrador, lo que imposibilita la deducción del saldo.

Ataca la sentencia del Tribunal en cuanto presenta como razón suprema y definitiva para aceptar los descargos de las cuentas, que todo lo manifestado por Juvenal Villegas, cargos y egresos, en el escrito por el cual las presentó, constituye una confesión indivisible. Y después de manifestar que carecería de objeto la consideración de tesis abstractas en materia de confesión compleja o individual y el criterio para diferenciarla de la compuesta o divisible, continúa así:

"Mi disentimiento con la decisión de instancia tiene un fundamento más concreto y versa, sobre todo, en que a mi entender, no es aplicable a la materia especial de los juicios de rendición de cuentas el régimen jurídico-filosófico de la confesión indivisible, porque aquellos están regulados por ordenamientos positivos, también de carácter especial, que de ser desatendidos originan graves quebrantos a la ley sustantiva, como en seguida va a verse.

"En efecto, ha estatuído el Código Civil en su artículo 2181 que el mandatario está obligado a 'rendir cuenta de su administración', la cual debe ser documentada, a lo menos en las partidas importantes; lo que vale tanto como decir que se ha exigido una formalidad **ad probationem** para acreditar el giro de las cantidades que tengan cierta importancia —salvo que el mandante le hubiera relevado de la obligación de documentarlas— pues para las demás cualquier medio de prueba es suficiente. Esto corresponde exactamente a la reiterada interpretación dada por la Corte al texto precitado y al artículo 40 del Código de Comercio, cuando expone la diferencia entre cuenta documentada y cuenta plenamente comprobada, enseñando que la primera es la que se acompaña y justifica por medio de documentos, que pueden consistir en recibos o comprobantes firmados por terceras personas, aunque no estén reconocidos por éstos, y no constituyen, por tanto, prueba completa. De suerte pues, que aún dentro de la amplia interpretación que de aquellos textos hace la Corte, de ninguna manera puede prescindirse de la prueba literal en los juicios de rendición de cuentas".

Se detiene en varias doctrinas de la Corte sobre rendición de cuentas, y cita especialmente el fallo de 31 de enero de 1955 (G. J. LXXIX, 2150, pág. 443); alega que documentar las cuentas "es una obligación insustituible a cargo del gestor, la base fundamental de la cual se desprenden los demás deberes probatorios de las partes en esta índole de litigios; lo que quiere decir que el responsable no está en capacidad legal de comprobar las partidas correspondientes si previamente no las ha documentado, y desenvuelve su acusación así:

"Ahora bien, como el Tribunal entendió que con la confesión que el demandado hizo del monto de los ingresos, que el actor aceptó, igualmente quedaron comprobados los egresos, sin necesidad de documentarlos, es indiscutible que interpretó erróneamente el antedicho artículo 2181 del Código Civil, puesto que le dio un alcance que la ley no contempla por ser contrario a la misma liberar al cuentadante de su deber de documentar las cuentas, por lo menos en lo que se refiere a las partidas importantes; y como bajo este errado concepto descargó a aquél por las partidas no documentadas, indebidamente aplicó, en consecuencia el texto sustantivo en referencia".

Por último, y a propósito de la confesión indivisible, aduce que el sentenciador erró al considerar que por ese medio pudieran probarse hechos exceptivos, o sea para el cuentadante las partidas de egresos, que extinguen la deuda. Estima que el criterio del sentenciador aniquilaría el juicio de cuentas, para llegar inclusive al absurdo de que por la sola declaración del cuentadante se llegara a deducir saldo a cargo del comitente; que está dentro de la responsabilidad del mandatario hasta por la culpa leve, el deber de allegar los comprobantes de las cuentas, y concluye en el sentido de que el Tribunal "infringió por mala interpretación y aplicación indebida el artículo 2181 del Código Civil, y el 2155 de la misma obra, por falta de aplicación".

La decisión del sentenciador reposa fundamentalmente en los apartes que se transcriben:

"Mas por encima de todas las consideraciones de carácter probatorio que se han hecho, existe la siguiente, que a juicio del Tribunal, es definitiva para aceptar los descargos que aparecen en las cuentas que se estudian, a saber:

"Ya se dijo que todas las partidas o cantidades

líquidas de cargo que aparecen en las cuentas tienen como único respaldo probatorio la confesión del responsable y que ninguna otra probanza, para acreditarlas, obra en el juicio.

"La parte demandante no se preocupó por demostrar el posible rendimiento de los bienes administrados por el señor Villegas ni las cantidades de dineros percibidos por otras y diversos conceptos, ni tampoco por determinar el valor, al menos aproximado, de los gastos de administración. En la demanda sobre rendición de cuentas estimó el actor todo aquello en **veinte mil pesos** ($ 20.000). La cifra de **treinta y seis mil cuatrocientos cincuenta y siete pesos con setenta centavos** ($ 36.457.70) como ingresos, que el demandado (sic) aceptó, es obra exclusiva de la manifestación del demandado; mas éste al declararla también expresó los descargos o inversiones de lo percibido.

"Por lo preceptuado en el artículo 609 del Código de Procedimiento Civil, 'la confesión se admite tal como se hace, con sus modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al mismo hecho; pero si el confesante agrega hechos distintos y separados que no tengan íntima relación con el primero, constituyen verdaderas excepciones que tienen obligación de probar'.

"Ahora, los gastos o inversiones aducidos por el demandado para descargarse, más o menos contemporáneos de los ingresos, tienen íntima conexión con éstos; no son hechos 'distintos y separados' del mandato; aquéllos no constituyen verdaderas excepciones. El señor Villegas, como mandatario general de su padre, estaba en el deber de pagar las deudas y cobrar los créditos del mandante, percibir los frutos naturales y civiles de los bienes, atender a los gastos de administración y entregar al procurante lo que éste le exigiese o a bien tuviera el administrador. Es el caso del 'debía pero pagué', confesión cualificada, que la doctrina y la jurisprudencia consideran como indivisible.

"El principio de la igualdad jurídica en el proceso de que deben gozar los litigantes, se desnivelaría, uno quedaría en situación privilegiada frente al otro, si ante una declaración de esa clase, una de las partes pudiera acogerse a lo que le aprovecha y desechar lo que le perjudica. No, tal confesión debe aceptarse **in integrum** en lo que **daña** y en lo que **favorece** al declarante, ya que en el presente juicio no obran datos que infirme o desvirtúen lo manifestado por el señor Villegas en relación con los egresos.

"De la H. Corte Suprema de Justicia, es lo siguiente, que la Sala acoge, por ser de estricta pertinencia al caso **sub judice**:

"La confesión del demandado tiene todas las características de una confesión indivisible, porque no puede separarse el hecho principal del recibo del dinero con el cumplimiento de la comisión que le fue encomendada: él no se ha declarado deudor del demandante; en forma muy nítida ha sostenido a lo largo de este proceso, que el dinero lo recibió, pero que cumplió exactamente el mandato.

"Giorgi, en su **Teoría de las Obligaciones**, Tomo I, pág. 425, al hablar de la confesión indivisible dice lo siguiente:

"El demandado confiesa la obligación verbal en los términos propuestos en la demanda, pero dice que pagó en la época convenida y, por otra parte, esta época caducó hace mucho tiempo. El hecho adicionado tiene el grado de máximo de verosimilitud, porque se encuentra natural que se satisficiera el crédito verbal a su tiempo y sin recibo escrito".

"Ricci, en el Tomo II de su Tratado de Pruebas, al hablar de la confesión indivisible, número 262, dice:

"Si el confesante reconociese que la deuda ha existido, pero que la ha satisfecho, será indivisible su declaración? Somos de opinión que en este caso la declaración del confesante se refiere a un solo hecho, por lo que es indivisible. El hecho al cual se refieren las declaraciones del confesante, es el de la existencia o no existencia de la deuda, de modo que quien dice haber satisfecho su deuda, afirma un solo hecho, cual es que su obligación o deuda no existe ya.

"El Profesor Antonio Rocha en su Tratado de Pruebas Judiciales, al hablar de la confesión indivisible dice lo siguiente:

"La regla es esta: ¿todavía la confesión sigue siendo indivisible con tal que el hecho, aunque posterior, tenga íntima relación con el primero. O al contrario, podemos enunciar esta regla así: la confesión es divisible cuando el hecho agregado, además de ser distinto y separado del primero, no tenía íntima relación con éste. Esta regla es doctrina que se deduce y establece directamente por razón del artículo 609 del Código Judicial.

"Hecho obligatorio primitivo y constitutivo de la obligación de devolver: recibí el dinero a préstamo. Hecho posterior agregado a la confesión

sobre el recibo: pero pagué. Aunque este segundo hecho es posterior al primero, tiene íntima relación con él. La confesión es indivisible. Con la condición, por su puesto, que de la existencia de la obligación no haya ninguna otra prueba distinta de la confesión del que recibió el dinero". (Sentencia de casación, julio 6 de 1953. G. J. Tomo LXXV, número 2131, págs. 502—503).

"Así las cosas, el Tribunal conceptúa que lo consignado por el demandado en el escrito sobre rendición de cuentas, implica una confesión compleja, que jurídicamente no admite división y que al apreciarse como prueba, demuestra tanto el activo como el pasivo que allí se relaciona".

Se considera:

Es de la naturaleza de las cuentas, pero no de su esencia, el ser documentadas. Quien toma a su cargo la responsabilidad inherente al manejo de intereses ajenos, asume el permanente deber de conservarse a la altura de la confianza anexa al ejercicio de sus funciones y, por lo mismo, ha de estar siempre en posición que razonablemente le permita demostrar en forma satisfactoria el movimiento de sus cuentas.

Pero como suelen ser muy variadas y cambiantes las situaciones y circunstancias en que una persona recibe el encargo de gerenciar lo ajeno, el Código Civil, en su artículo 2181, al imponer al mandatario el deber de dar cuenta de su administración, se limita a estatuir que serán documentadas las partidas importantes, y agrega: "si el mandante no le hubiere relevado de esta obligación". Algo más: prevé el texto legal que el mandante liberte al mandatario de rendir cuentas, hipótesis en que el último no queda exonerado de los cargos que contra él justifique el mandante.

Porque si se trata del cumplimiento de gestiones en que va envuelta la confianza recíproca entre mandante y mandatario, no es extraño que esté de sobra la rendición de cuentas, a virtud de las vinculaciones del parentesco o de la amistad, o por la naturaleza misma del encargo, o porque así se desprende de los usos y costumbres de determinado medio social, v. gr. Por manera que para tomar la directriz en conformidad con lo que generalmente acontece, encontró acertado el legislador, normal y práctico, que sólo las partidas importantes de las cuentas requieran documentación.

Importancia es entidad, y debe medirse en concreto, de acuerdo con las peculiaridades de las cuentas que se examinan. De donde surge la relatividad del concepto y, por ello, el amplio poder de apreciación que al respecto compete al juzgador en la instancia, no censurable en casación sino ante el clamor de la evidencia procesal.

En la materia ha dicho la Corte:

"Sólo las partidas importantes deben documentarse. ¿Qué se entiende por partidas importantes? No podía decirlo la ley, porque se trata de un concepto esencialmente relativo, que depende de circunstancias que cambian de un lugar a otro, del objeto al mandato, del valor o valores que se muevan, de las prácticas o costumbres en el respectivo ramo de actividades, etc. En consecuencia, saber si una partida es importante o no, es de la autónoma apreciación del juzgador de instancia. (Casaciones, 21 de noviembre de 1919, XXVII, 347; 1º de octubre de 1927, XXXIV, 268; y 8 de noviembre de 1950, LXVIII, 547).

"En relación con las partidas importantes, que son las que requieren documentación, la doctrina enseña que documentarlas no significa comprobarlas plenamente. 'Cuenta documentada no es equivalente a cuenta plenamente comprobada'. (Sentencia de la Sala de Negocios Generales, 1º de noviembre de 1927, XXXIV, 268 y casación, 17 de agosto de 1937, XLV. Sucede en verdad, en unos casos, que el documento es prueba plena de un gasto, v. gr. la escritura pública de hipoteca, lo es del préstamo, la letra de cambio o el pagaré cancelado, del pago de la obligación; en otros, no, v. gr. el recibo privado aún no reconocido por el acreedor, las planillas de jornales, etc. El artículo 2181 no exige la prueba plena de las partidas importantes, con aplicación del ordenamiento legal sobre pruebas, sino documentos, en aquel sentido lato de que antes se habló. (Casaciones, octubre 1º de 1927, XXXVI, 268; 17 de agosto de 1937, XLV, 443, y 19 de febrero de 1944, LVII, 66).

"El citado artículo 2181 dispone que el mandatario documente las partidas importantes. Procediendo así cumple su deber, en relación con tal clase de asientos. Si deja de documentarlas, el mandante puede objetarlas. Entonces aquél deberá comprobar la partida por medio del respectivo documento o de otra manera suficiente, si carece de él". (Casación, 31 de enero de 1955, LXXIX, número 2150, 443).

Supuesto que una o varias partidas de las cuentas tengan la nota de importantes, habrá para el mandatario la obligación de documentarlas, o sea

que está en la necesidad de acompañar escritos que **prima facie** sirvan razonablemente para respaldarlas. Mas no es un requisito **ad solemnitatem** indispensable para la validez de las cuentas, desde luego que está previsto por la ley cómo el mandante puede relevar al mandatario de ese deber. Ni es cuestión de orden público general o en materia probatoria, puesto que si se admite la renuncia, habrá de ser necesariamente porque el asunto sólo ataña al interés personal del renunciante.

Del sistema positivo no se desprende entonces que en punto a las cuentas del mandatario exista tal restricción de los medios de prueba que haga inadmisible la confesión, según está organizada por el derecho. Al contrario: en innumerables casos será el reconocimiento del obligado la base para liquidar las cuentas de su gestión.

La fisonomía de cada situación habrá de examinarse en concreto, de acuerdo con su propia individualidad y al tenor de las circunstancias de orden práctico que le prestan colorido.

Un padre de familia, Joaquín Villegas, en trance de enfermedad, que vino a privarle de la vida, encomienda a uno de sus varios hijos el manejo de sus bienes, desde luego en forma verbal. Esto implica que el elegido tenía todas las condiciones requeridas para el fiel cumplimiento de esa misión de confianza y, ante todo, la probidad. Que la tuviera Juvenal Villegas es algo que se revela desde la demanda inicial del juicio, donde se admite su magnífica reputación, y que se afianza nítidamente con la atestación procesal acerca de que no obstante haberse estimado en $ 20.000.00 la cuantía de la acción, Juvenal reconoció ingresos por el valor de $ 36.457.70, cifra que está muy por encima de los cálculos hechos por el actor.

Es apenas natural que en el hogar y dentro del ambiente afectivo y de recíproca comprensión en que han de moverse normalmente las relaciones entre los padres y los hijos, no se descubriera ningún tropiezo para que Juvenal evacuara sin dificultades de cuentas el encargo fiduciario con que lo distinguió su progenitor, supuesto que alcanzara a rendirlas en vida del mandante. A la luz del proceso no fue así, pues si Juvenal ha dicho que permanentemente comunicaba a su padre el estado de las operaciones y que recibió su beneplácito, está visto que el Tribunal de Medellín dispuso la rendición judicial de cuentas.

Las presentó el mandatario de acuerdo con sus anotaciones privadas, y procuró documentarlas por los medios a su alcance. No podrían, en realidad, calificarse de recibos auténticos los muy numerosos y que casi siempre por cantidades exiguas se encuentran agregados a los autos. Descomponen, de acuerdo con las realidades que la práctica ofrece, los gastos menudos de una administración. Mas el reparo no incide, porque ni se demuestra que las partidas sean importantes, ni el fallo se encuentra cimentado en esas consideraciones probatorias.

Sucede de igual modo con la crítica atinente a los dineros que el cuentadante suministrara a su padre. Es clara la imposibilidad moral en que está el hijo para exigir recibos de su padre hospitalizado por grave enfermedad, en situación de conflicto y cuando precisamente había depositado su confianza plena en el hijo administrador. Los casos en que haya sido imposible obtener prueba escrita, están expresamente exceptuados por el sistema legal que la hace necesaria, no **ad solemnitatem** sino **ad probationem,** para los actos o contratos que contengan obligaciones cuyo objeto valga más de $ 500. Y la imposibilidad moral pesa en derecho por lo menos tanto como la imposibilidad física (Ley 153 de 1887, art. 93, inc. final). Por lo demás, tales dineros pueden sumar cantidad que por mucho excede de los $ 500, pero no se ha esclarecido que con cada entrega sucediera lo mismo.

Para el sentenciador las cuentas rendidas en este proceso constituyen una confesión indivisible, y ésta es la piedra angular del fallo. Mientras ese apoyo permanezca en pie, la decisión será firme, por lo cual carecen de operancia los argumentos que contradicen otros aspectos del proveído.

Conforme al artículo 1763, del Código Civil, los asientos, registros y papeles domésticos únicamente hacen fe contra el que los ha escrito o firmado, pero sólo en aquello que aparezca con toda claridad, y con tal que el que quiera aprovecharse de ellos no los rechace en la parte que le fuere desfavorable. Se advierte, entonces, que el principio allí consignado es el mismo con que está regida la confesión indivisible. Las anotaciones privadas envuelven, en efecto, un reconocimiento extrajudicial para quien las hizo, y le obligan en la misma medida de lo que aparece: tanto en lo adverso como en lo favorable, y nada más.

Por lo cual, si llega a presentarse la situación de que falten otras pruebas, quien invoca las partidas favorables de las cuentas privada, no puede a la vez rechazar las que le fueren contrarias. En

definitiva el cuentadante no hace otra cosa que reconocer un hecho: el saldo que resulta en su contra; y en ausencia de pruebas diferentes, la confesión, en tal evento indivisible, marca el contenido del fallo judicial para desatar el litigio.

Como es obvio, no se sigue que por su mera declaración pueda crearse el demandado prueba alguna de acreencia a su favor, lo que estaría contra todo principio. Se contempla únicamente la situación en que acerca del saldo a cargo del cuentadante no existe prueba diferente de la que arrojan las anotaciones privadas, puesto que entonces rigen los principios sobre la confesión indivisible, como con acierto lo consideró el sentenciador. La deuda sólo fue reconocida hasta concurrencia del saldo, y si el actor aceptó el debe, no pudo rechazar el haber de la cuenta.

Además, la calificación del reconocimiento como divisible o indivisible es punto que por lo común escapa al recurso extraordinario, porque el arbitrio judicial tiene en la materia amplia cabida. Sin duda, el determinar la íntima relación de los hechos en la confesión indivisible, es atinente a los poderes discrecionales del sentenciador.

La acusación no está, en consecuencia, llamada a 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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín con fecha 20 de enero de 1955.

Costas en casación a cargo del recurrente.

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

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

TECNICA DE CASACION. — CESION DE UN CREDITO HIPOTECARIO INEXISTENTE

1.—Reiteradamente ha dicho la Corte que cuando se impugna una sentencia por infracción indirecta de la ley sustantiva, a consecuencia de un error de derecho en la estimación de las probanzas, incumbe al recurrente demostrar que el fallador quebrantó las disposiciones legales que señalan la tarifa probatoria, para lo cual debe citar precisamente en su demanda tales disposiciones que indiquen la VIOLACION-MEDIO, junto con las normas sustantivas atinentes al fondo del negocio. Si el recurrente no cita en su demanda de casación las normas legales sobre régimen probatorio violadas, ella debe rechazarse de plano.

2. — En casación no pueden introducirse medios nuevos, o sea, traer a discusión extremos que no han sido materia debatida en las instancias.

3.—Cedido un crédito con el carácter de hipotecario, si se demuestra que el gravamen fue constituído sobre bien que no pertenecía al hipotecante, el cedente responde al cesionario por la inexistencia del crédito, en aplicación del artículo 1965 del Código Civil, en armonía con el 1964 ibidem, según el cual "la cesión de un crédito comprende sus fianzas, privilegios e hipotecas". Cuando el crédito cedido no tiene existencia, la responsabilidad del cedente no se hace efectiva judicialmente mediante la orden de ceder otro crédito, sino mediante la condena del cedente a pagar al cesionario el valor de adquisición del crédito inexistente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, ocho (8) de febrero de mil novecientos cincuenta y seis (1956).

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra)

Decide la Corte la demanda de casación formulada por Marco Antonio Ríos Saldarriaga en el juicio ordinario que contra él siguieron Rosa Ramírez Córdoba y Teresa Ramírez de Palacio, el cual fue decidido en segunda instancia por sentencia del Tribunal Superior de Medellín fechada el 21 de abril de 1955.

I. — Antecedentes

Por la vía ordinaria y ante el Juzgado 3º Civil del Circuito de Medellín, Rosa Ramírez Córdoba y Teresa Ramírez de Palacio demandaron a Marco Antonio Ríos Saldarriaga y Julia Zapata de Gómez, con las siguientes peticiones: a) como principales, la resolución del contrato de venta que consta en la escritura número 10.147 de 11 de diciembre de 1953 otorgada en la Notaría 1ª del Circuito de Medellín, por medio de la cual las actoras vendieron al demandado el inmueble allí determinado, y la restitución, con sus frutos, de la finca vendida, y la cancelación del registro de la venta; b) como subsidiaria, la condena del demandado Ríos Saldarriaga a pagar a las actoras la suma de $ 6.000.00 y sus intereses legales desde el 9 de enero de 1954.

Los hechos en que se funda la demanda se resumen así:

a) Por escritura número 10.147 de 11 de diciembre de 1953 de la Notaría 1ª de Medellín, Rosa Ramírez y Teresa Ramírez de Palacio transfirieron por venta a Marco Antonio Ríos Saldarriaga una casa de habitación con su correspondiente solar, situada en la carrera "Cundinamarca" de la ciudad de Medellín y comprendida por los linderos que constan en el mencionado instrumento. El precio de la compraventa fue de $ 13.000 pagaderos por el comprador así: $ 6.000 en un crédito hipotecario por igual suma a cargo de José Luis Villa G. y los $ 7.000 restantes con plazo de un año y garantía hipotecaria del mismo inmueble que compraba.

b) Ríos Saldarriaga transfirió por venta a Julia Pastora Zapata el mencionado inmueble, por escritura número 1857 de 10 de marzo de 1954 de la Notaría Primera de Medellín.

c) El crédito hipotecario a cargo de José Luis Villa, cedido por Ríos Saldarriaga a las vendedoras Ramírez, el cual consta en escritura núme-

ro 10.011 de 4 de diciembre de 1953 de la Notaría Primera de Medellín, aparece vinculado a un lote de terreno de 10 varas de frente por 50 varas de centro, ubicado en el barrio de "El Poblado" de Medellín, conocido con el nombre "Hamburgo". Pero resulta que este inmueble hace parte de otro de mayor extensión que en 1933 Manuel José Soto transfirió a la Sociedad Urbanizadora Moderna S. A., por lo que puede decirse que Villa no constituyó gravamen hipotecario por no ser de su propiedad el terreno que dijo pignorar.

d) De acuerdo con el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de Medellín, Villa ha garantizado con el inmueble de propiedad de la sociedad Urbanizadora Moderna S. A. créditos por $ 59.164.00. Además se le persigue en acción ejecutiva que cursa en el Juzgado 4º Municipal de Medellín, y se adelantan contra él varios procesos penales por delitos contra la propiedad y sustracción de documentos públicos.

e) Por las circunstancias anotadas, el crédito hipotecario no tiene existencia.

En sentencia de primera instancia, el **a quo** negó las súplicas de la demanda.

Por apelación de la parte actora subieron los autos al Tribunal Superior de Medellín, cuya decisión negó la petición principal y aceptó la súplica subsidiaria, declarando que Marco Antonio Ríos debe a la parte demandante la suma de $ 6.000.00 con sus intereses al 1% mensual desde el 9 de enero de 1955 hasta que el pago se efectúe.

Contra este fallo interpuso casación el demandado Ríos Saldarriaga, recurso que ha sido tramitado conforme a la ley.

III. Sentencia recurrida

Para decretar la petición subsidiaria de la demanda, el Tribunal hizo las siguientes consideraciones:

De los artículos 2439 y 2443 del Código Civil, se deduce "que sólo puede constituir hipoteca el dueño del inmueble que dispone pignorar y que debe tener capacidad para enajenar. Existe por consiguiente expresa prohibición de hipotecar bienes ajenos y es obvia la exigencia de que quien hipoteca debe tener capacidad de enajenar, porque si la deuda garantizada no es cubierta, el inmueble gravado puede ser vendido para con su precio satisfacer al acreedor (artículo 2448 del C. Civil).

"El inmueble hipotecado por José Luis Villa C. por medio de la escritura número 10.011 de 4 de diciembre de 1953, de la Notaría 1ª de este Circuito, no pertenecía al hipotecante.

"Así aparece demostrado con las aserciones de las personas que depusieron durante la diligencia de inspección ocular verificada por el señor Juez de la primera instancia (fs. 13 vto. del c. número 2). En efecto, Luis Alfonso Cano afirma que el inmueble en cuestión es de propiedad del señor Jorge Pérez Vásquez, gerente de la Compañía Colombiana de Tabaco, afirmación que hace por ser vigilante o cuidandero de ese lote de terreno y de otros aledaños. También el señor Gilberto Alvarez depone en igual sentido, explicando que el conocimiento que tiene de ese hecho lo adquirió por ser gerente de la sociedad "Alvarez y Compañía" y limitar los terrenos de esta propiedad con el lote de propiedad de don Jorge Pérez Vásquez.

"Del estudio de los certificados de registro de la oficina de II. PP. y Privados de esta ciudad se viene en conocimiento que el lote hipotecado por Villa G. no era de su propiedad cuando constituyó el gravamen.

"En forma precisa y razonada los peritos que intervinieron en la diligencia de inspección ocular, en el correspondiente dictamen que rindieron, analizan con toda propiedad los certificados y demás documentos obrantes en el juicio para concluir, tras lógicas deducciones, que Villa G. no ha sido propietario del inmueble que hipotecó".

Después de transcribir el dictamen pericial aludido, el Tribunal agrega:

"De acuerdo con los diversos modos de prueba allegados al juicio que se han tenido en consideración, Villa G. hipotecó un inmueble ajeno, en garantía del crédito personal por seis mil pesos ($6.000.00) recibidos en mutuo de Marco Antonio Ríos. Este crédito como ya se ha dicho le fue cedido a las demandantes de este juicio para satisfacer parte del precio de la compraventa de que antes se ha hablado.

"En la nota de cesión se lee que el cedente responde de la existencia del crédito. No era precisa esta manifestación, porque de acuerdo con lo estatuído en el artículo 1965 del C. C., por el hecho de la cesión de un crédito a título oneroso, se hace responsable el cedente de su existencia al tiempo de la cesión. Pero por ministerio de la misma disposición, el que cede no se hace responsable de la solvencia del deudor, sino en el

caso de que se comprometa expresamente a responder por ello.

"Del atento análisis de las pruebas del juicio se saca en conclusión que las señoras Rosa Ramírez Córdoba y Teresa Ramírez de Palacio al enajenarle a Marco Antonio Ríos el inmueble puntualizado en las varias veces citada escritura 10.011, le admitieron como parte del precio, el crédito hipotecario por seis mil pesos ($ 6.000.00) en contra de José Luis Villa G.

"Antes de verificar la negociación y de aceptar la cesión del crédito, las señoras Ramírez se persuadieron, por los medios a su alcance, de que efectivamente existía el lote que el señor Villa G. habia hipotecado. Su intención, por consiguiente, fue la de adquirir un crédito respaldado con hipoteca, sin que sea posible separar el crédito del gravamen hipotecario, porque de acuerdo con las constancias sumariales, su propósito fue adquirir un crédito hipotecario y en manera alguna un simple crédito personal.

"Pero como la hipoteca no existe por haber hipotecado Villa G. un bien ajeno, según ha quedado demostrado en las consideraciones anteriores, el demandado Ríos Saldarriaga debe a las demandantes los seis mil pesos ($ 6.000.00) con sus intereses a la rata del uno por ciento (1 %) mensual, desde el 16 de enero de 1954 hasta que el pago se efectúe".

El Tribunal observa finalmente que "si el crédito hipotecario cedido y admitido como tal no existe efectivamente garantizado con hipoteca, por haber pignorado el deudor un bien ajeno sin el consentimiento del dueño, el acreedor perjudicado puede muy bien accionar contra el cedente para hacer efectivo el pago de la deuda, porque 'el que cede un crédito a título oneroso, se hace responsable de su existencia al tiempo de la cesión' (artículo 1965 del C. C.) y el crédito hipotecario no ha existido propiamente con tal calidad, por la circunstancia anotada".

III. — Demanda de casación

Con base en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, el recurrente formula cuatro cargos a la sentencia acusada, a saber:

"**Primer cargo.**—El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante la referida sentencia, violó, por aplicación indebida, a consecuencia de errores de hecho y de derecho manifiestos en la apreciación de las pruebas, los artículos 1930, 1965 y 2443 en relación con los artículos 673, 756, 789 inciso primero, 1928, 1929, 2432, 2434 y 2435 del C. C., y violó también, por infracción directa, a consecuencia de errores de hecho y de derecho manifiestos en la apreciación de las pruebas, el artículo 33 primera parte, de la ley 57 de 1887, y el artículo 1961 del C. C. en relación con los citados artículos 673, 756, 789, inciso primero, 1928, 1929, 2432, 2433, 2434 y 2435 del C. C.

"**Segundo cargo.** — Subsidiariamente al cargo anterior formulo el de violación, por infracción indirecta, del artículo 33, primera parte, de la ley 57 de 1887 y del artículo 1961 del C. C. a consecuencia de los mismos errores manifiestos de hecho y de derecho que dejo analizados y con los mismos fundamentos y demostración del cargo anterior. Formulo este cargo, en atención a la circunstancia de que a veces dice esa H. Corte que cuando la falta de aplicación de una disposición legal se debe a errores de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, se trata de una infracción indirecta y no de una infracción directa.

"**Tercer cargo.**—Violación, por aplicación indebida, del artículo 1930 del C. C. en relación con el artículo 1850 del mismo Código, a consecuencia de error de hecho y de error de derecho manifiestos en la apreciación de la escritura pública número 10.147 de 11 de diciembre de 1953, mediante la cual mi mandante compró una casa a las demandantes. El Tribunal, tomando como base su propia conclusión de que el bien hipotecado no era de propiedad de José Luis Villa cuando constituyó el gravamen, y que, por consiguiente, la cesión del crédito hipotecario por mi mandante a las demandantes fue nulo, condena a mi mandante a pagar la suma de seis mil pesos".

"**Cuarto cargo.**—Subsidiariamente al cargo anterior, formulo el de violación, por interpretación errónea del citado artículo 1930 del C. C.".

IV. — Examen de los cargos

Cargos primero y segundo

Según el recurrente el sentenciador incurrió

en errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, porque consideró que éstas acreditaban que José Luis Villa no era dueño del lote de terreno hipotecado a Marco Antonio Ríos Saldarriaga según escritura Nº 10.011 de 4 de diciembre de 1953 de la Notaría Primera de Medellín, en la cual consta el crédito por $ 6.000.00 cedido por Ríos Saldarriaga a las señoras Ramírez como parte del precio del predio que les compró.

Desde el punto de vista de la técnica en casación, el cargo sería por infracción indirecta de la ley sustantiva en las normas citadas por el recurrente, como resultado de una errónea apreciación de las pruebas.

Las pruebas erróneamente apreciadas que la demanda cita son las siguientes: a) los certificados del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Medellín; b) los testimonios de Luis Alfonso Cano y Gilberto Alvarez, quienes afirman que el lote hipotecado por Luis Villa pertenece a Jorge Pérez Vásquez; c) el dictamen pericial rendido en primera instancia por Ignacio Espinal y Joaquín Moreno Pareja.

Tras de hacer un comentario a estas pruebas, el recurrente afirma:

"En virtud de todos los errores manifiestos que se dejan analizados, el Tribunal llegó a la conclusión de que José Luis Villa no era propietario del lote hipotecado por serlo 'Urbanizadora Moderna' o el señor Jorge Pérez Vásquez, aplicando así indebidamente el artículo 665 del C. J. sobre el valor de los indicios en casos como éstos. Y, a consecuencia de ello, sucedió lo siguiente: a) Calificó de inexistente o nula la hipoteca mencionada, aplicando así indebidamente el artículo 2443 del C. C.; y b) Calificó de inexistente o nula la cesión hecha por mi mandante a las demandantes del crédito hipotecario, por lo cual se abstuvo de aplicar el artículo 33 (trienta y tres) de la Ley 57 de 1887 y el artículo 1961 del C. C. según los cuales una cesión de crédito como la de que se trata en este juicio es perfectamente válida porque fue hecha mediante la entrega del título con la respectiva nota de cesión. Por haber hecho tales calificaciones, el Tribunal llegó también a la conclusión de que mi mandante debe responder a las demandantes del valor cedido, y de que está obligado, por tanto, a pagarles la suma de seis mil ($ 6.000.00) pesos con sus respectivos intereses, aplicando así indebidamente los artículos 1930 y 1965 del C. C.

"Si el Tribunal no incurre en tales errores, llega a la conclusión de que la hipoteca se efectuó válidamente y que existía jurídicamente cuando mi mandante hizo la cesión del crédito hipotecario, y, en consecuencia, absuelve completamente a mi mandante".

Se considera:

La acusación con fundamento en errores de derecho respecto de la estimación de las pruebas citadas, debe rechazarse de plano, pues el recurrente no cita en su demanda de casación las normas legales sobre régimen probatorio que resultaron violadas por el sentenciador.

Reiteradamente ha dicho la Corte que cuando se impugna una sentencia por infracción indirecta de la ley sustantiva, a consecuencia de un error de derecho en la estimación de las probanzas, incumbe al recurrente demostrar que el fallador quebrantó las disposiciones legales que señalan la tarifa probatoria, para lo cual debe citar precisamente en su demanda tales disposiciones que indiquen la **violación-medio,** junto con las normas sustantivas atinentes al fondo del negocio. (Casación: junio 3 de 1954, LXXVII, 777; agosto 5 de 1954, LXXVIII, 260; agosto 17 de 1954, LXXVIII, 331 y 332; septiembre 29 de 1954, LXXVIII, 688 y 690; octubre 19 de 1954, LXXVIII, 889; febrero 22 de 1955, LXXIX, 503; marzo 18 de 1955, LXXIX, 773; junio 29 de 1955, LXXX, 476; julio 22 de 1955, LXXX, 720; julio 7 de 1955, LXXX, 707; agosto 31 de 1955, LXXXI, 88 y 89).

En el presente caso, el recurrente no menciona la **violación-medio,** omitiendo citar las disposiciones pertinentes sobre régimen probatorio que fueran lesionadas. La única invocada, el artículo 665 del Código Judicial, sobre indicios, nada tiene que ver con los elementos de juicio examinados por el Tribunal.

Cuanto al error manifiesto de hecho en la apreciación de las pruebas estudiadas en la sentencia, los razonamientos del recurrente no logran demostrar que las conclusiones del Tribunal contrarían la evidencia constante en autos.

El Tribunal deduce de los distintos elementos allegados al proceso (certificado del Registrador, testimonios, inspección ocular sobre el terreno, peritazgo), que el inmueble hipotecado por Villa a Ríos Saldarriaga no pertenece ni ha pertenecido al hipotecante.

Y esta convicción del Tribunal no puede revisarse en el recurso extraordinario de casación,

sino por virtud de un error de derecho o de un flagrante y notorio error de hecho en la apreciación probatoria, que no se configura en el presente negocio.

Tal convicción del sentenciador sobre la cuestión de hecho controvertida, se halla principalmente respaldada en el dictamen de los peritos y en las piezas a que éstos se refieren. El dictamen, citado en el fallo, consigna las siguientes conclusiones, razonadas y debidamente fundadas:

"a) Que el señor José Luis Villa no tiene ni ha tenido el derecho de propiedad sobre el globo de terreno, situado en esta ciudad, en el punto denominado 'Puerto Hamburgo o Los Ejidos', y a que se refiere el certificado de registro que obra a fs. 5, 6, 7, 8 y 9 del cuaderno principal, y, por lo tanto, no le corresponde ni le ha correspondido en dominio el lote de terreno hipotecado por él al señor Marco A. Ríos, según escritura número 10.011 de 4 de diciembre de 1953, Notaría 1ª de Medellín, por ser este lote desmembración del primero.

"b) Que existe perfecta identidad entre el lote que se reconoce en la diligencia de inspección ocular y el referido en la escritura número 10.011, de diciembre 4 de 1953, Notaría 1ª de Medellín.

"La anterior conclusión se hace con base en las siguientes consideraciones:

"Las notas distintivas del lote de la escritura son las mismas del lote reconocido en la diligencia. Así, por ejemplo: Poseen la misma comprensión superficiaria, 10 varas de frente por 50 de centro; tanto el lote de la escritura como el de la inspección ocular se orientan en las mismas direcciones y el frente se determina en una forma igual, la carretera del Poblado. La ubicación es la misma y mismos los linderos".

Por otra parte, el error de hecho que el recurrente atribuye al Tribunal en la apreciación del certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Medellín no se configura, porque si bien consta allí que en las ventas a la sociedad dueña cuando se otorgó la hipoteca, quedaron excluídos varios lotes, el demandado no probó que alguno de éstos fuera el hipotecado ni que le perteneciera a José Luis Villa. De otro lado, con las declaraciones de la vendedora a Villa de que carecía de título y que lo vendido le pertenecía por prescripción fundada en quieta y pacífica posesión durante el lapso requerido, y con las declaraciones de los testigos y el peritazgo aludido que desvirtuaron tal aserto, el Tribunal comprobó que el lote gravado nunca fue del hipotecante.

Consecuencia de la situación de hecho aludida, no infirmada en casación, es la inexistencia del crédito cedido con el carácter de hipotecario, como lo observó el Tribunal en aplicación del artículo 1965 del Código Civil, en armonía con el 1964 **ibidem** según el cual "la cesión de un crédito comprende sus fianzas, privilegios e hipotecas".

No prosperan los cargos.

Tercer cargo

El recurrente estima que por una errónea apreciación de la escritura de venta de las señoras Ramírez a Ríos Saldarriaga, el sentenciador llegó a la conclusión de que el crédito hipotecario que el comprador se obligó a ceder a aquéllos es el que consta en la escritura 10.011 de 4 de diciembre de 1953 de la Notaría Primera de Medellín, cuando aquel instrumento sólo habla de que el comprador **pagará** "seis mil pesos ($ 6.000.00) en un crédito hipotecario a cargo del señor José Luis Villa G."

Se incurrió así, afirma el recurrente, en un manifiesto error de hecho y además en un error de derecho al no atribuir a la escritura pública el mérito que le señala la segunda parte del artículo 1759 del Código Civil.

Se considera:

El cargo debe rechazarse de plano, pues las partes al través de las instancias, no han discutido que el crédito a cargo de Villa, cedido por Ríos Saldarriaga a las señoras Ramírez, constante en la escritura número 10.011 de 4 de diciembre de 1953, sea otro distinto del que se obligó a entregar el comprador en la escritura número 10.147 de 11 de diciembre de 1953.

En casación no pueden introducirse medios nuevos, o sea, traer a discusión extremos que no han sido materia debatida en las instancias.

Cuarto cargo

El recurrente ataca la sentencia por errónea interpretación de los artículos 1930, 1849 y 1850 del Código Civil, porque en su sentir el Tribunal incurrió en un mal entendimiento de las normas legales sobre el concepto jurídico del **precio,** que no es siempre equivalente a dinero. Si se hubiera

dado cuenta de que el precio puede consistir parte en dinero y parte en especie, un crédito hipotecario, por ejemplo, caso que se contemplaba en el caso **sub judice**, el Tribunal hubiera condenado al demandado a ceder un crédito hipotecario y no a pagar una suma de dinero.

Se considera:

El Tribunal no condenó al demandado a pagar los $ 6.000.00 y sus intereses legales en el concepto de ser parte insoluta del precio. Lo que hizo fue declarar y hacer efectiva la responsabilidad que al cedente le impone el artículo 1965 del Código Civil. Por consiguiente no pudieron ser violadas las disposiciones que cita el recurrente, ajenas a la cuestión.

Por lo demás, cuando el crédito cedido no tiene existencia, la responsabilidad del cedente no se hace efectiva judicialmente mediante la orden de ceder otro crédito, como lo cree erróneamente el recurrente, sino mediante la condena del cedente a pagar al cesionario el valor de adquisición de aquel crédito inexistente, que fue lo que hizo el Tribunal en el caso **sub judice**.

V. — **Resolución** 4

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 Medellín, de fecha 21 de abril de 1955, 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.

Manuel Barrera Parra — **José Hernández Arbeláez** — **Julio Pardo Dávila** — **Ricardo Ospina Gómez**, Conjuez. — **Ernesto Melendro Lugo**, Secretario.

RESPONSABILIDAD DEL TRASPORTADOR AEREO. — QUE DEBE PROBAR EL TRANSPORTADOR PARA EXONERARSE DE LA RESPONSABILIDAD ORIGINADA DEL CONTRATO RESPECTIVO.—TRANS MISIBILIDAD DE LA ACCION DE PERJUICIOS POR CULPA CONTRACTUAL

1. — En repetidas ocasiones ha tenido la Corte oportunidad de referirse a la cuestión muy importante, de la responsabilidad de las empresas de transportes aéreos cuando a causa de un siniestro el pasajero no es llevado sano y salvo a su destino, o sea cuando no se cumple el contrato de transporte, y ha sentado una jurisprudencia que aclara suficientemente el punto.

No podría adoptarse un criterio en extremo riguroso para hacer responsable siempre a las empresas por los accidentes que sufran los aviones ni tan benévolo que deje sin responsabilidad a los transportadores aéreos y sin defensa a quien sufra el daño. Inspirada en estos principios y aplicando por analogía a los transportadores por aire las disposiciones legales respecto al contrato de transporte por agua o por tierra, en cuanto ello es posible, la Corte ha llegado a las conclusiones siguientes en cuanto al problema referente a las obligaciones que tienen los empresarios de transportes aéreos, dada la naturaleza especial del contrato de transporte de esta especie y teniendo muy en cuenta el beneficio del pasajero:

1º — No es óbice para que el transporte tenga el carácter de servicio público, el que se preste por personas o empresas privadas, sin concesión de una entidad política. El transporte aéreo ejecutado por empresas organizadas, es un servicio público.

2º — La responsabilidad del transportador para con el pasajero emana primordialmente del contrato de transporte.

3º — Como es evidente que en los viajes por aire existen peligros desconocidos que acarrean riesgos de los cuales no puede hacerse responsable el transportador, pues el pasajero que a este medio de transporte acude conoce las características peligrosas de todo vuelo y no existe disposición legal expresa que haga responsable al transportador de las consecuencias de tales riesgos, éstos los asume el pasajero, en cuanto tales riesgos no se deban a la deficiencia de la nave aérea, fallas de la tripulación, instalaciones, equipos, etc. Entonces la responsabilidad de la empresa de aviación es de simple prudencia y diligencia y queda libre de responsabilidad cuando pruebe la ausencia de culpa. (Ver sentencia de casación de 27 de septiembre de 1955, G. J. Tomo LXXXI, pág. 168, cuya doctrina aparece transcrita en gran parte en la presente sentencia).

2 — El conductor en el transporte aéreo, responde de una obligación general de diligencia y prudencia, de modo que se exonera de responsabilidad probando la ausencia de culpa.

Por consiguiente a los transportadores por aire les basta probar en caso de siniestro, para exonerarse de la responsabilidad originada del contrato, la diligencia de haber tomado todas las medidas conducentes a la ejecución plena de las obligaciones de conducir sin daño alguno al pasajero al lugar de su destino.

3 — De acuerdo con la doctrina de la Corte sobre la responsabilidad del transportador aéreo, no es al pasajero quien debe demostrar el descuido de la empresa sino ésta la obligada a comprobar su ausencia de culpa en el hecho que produjo el siniestro. Sería aberrante que el pasajero, profano en asuntos de navegación aérea, estuviera obligado a demostrarle a la empresa que ella había incurrido en el descuido que produjo el accidente. Si se aceptara esta tesis, equivaldría a relevar siempre de responsabili-

dad a las empresas de transportes aéreos, con evidente injusticia para los intereses de los pasajeros, que confían en la diligencia y cuidado de la empresa con quien contratan, y que no estarían en capacidad técnica para demostrar el descuido de la empresa. En cambio, sí es perfectamente justo, para defender también los intereses de las empresas de aviación, que éstas estén en capacidad de demostrar que pusieron todo el cuidado necesario para que el viaje se realizara en buenas condiciones, es decir, para que puedan demostrar la ausencia de culpa y exonerarse así de la responsabilidad por los siniestros de que son víctimas quienes hacen uso del transporte aéreo.

4 — Según doctrina sostenida por la Corte, el sucesor universal del pasajero muerto en accidente, puede elegir entre la acción nacida del contrato, por culpa contractual (acción heredada) y la originada del mismo hecho, visto aisladamente, sin conexión con el contrato, como simple culpa delictual, acción no heredada. (Sobre este derecho de opción del causahabiente y sobre la diferencia que existe en cuanto a los perjuicios según se trate de una u otra acción, ver sentencia de 27 de septiembre de 1955, G. J. T. LXXXI, págs. 163 y ss.)

5 — Si desechó el sentenciador el concepto de los peritos porque no lo encontró debidamente fundado, y esta apreciación no pugna con la realidad de los hechos, ese concepto del Tribunal es intocable en casación.

6 — No está fuera de lugar advertir que si es cierto que la jurisprudencia es rigurosa en cuanto que obliga a las empresas de transportes aéreos a demostrar satisfactoriamente su ausencia de culpa en los accidentes aéreos, para eximirlas de responsabilidad, y esto como garantía para los pasajeros, también es verdad, que en guarda de los intereses de esas mismas empresas, debe el juez ser riguroso en cuanto a la apreciación de los medios de pruebas allegados para fijar en dinero el valor de las indemnizaciones debidas. Por este motivo es perfectamente aceptable el criterio de que las partes debatan el valor de las indemnizaciones mediante el trámite del artículo 553 del Código Judicial.

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

(Magistrado Ponente Dr. Julio Pardo Dávila)

Por demanda repartida al juez 3º del circuito en lo civil de Barranquilla, el 4 de agosto de 1947, Dolores Aguirre de Raad, en su propio nombre y en el de sus menores hijos Marta Elena, Rodolfo, Juan Alfonso y Carmen Raad Aguirre, inició juicio ordinario de mayor cuantía, contra la persona jurídica "Aerovías Nacionales de Colombia -Avianca-", como sucesora de la Sociedad Colombo-Alemana de Transportes Aéreos -Scadta-, para que se hagan las siguientes declaraciones:

"a) Que Aerovías Nacionales de Colombia -Avianca-, en su indicado carácter de sucesora de la Sociedad Colombo-Alemana de Transportes Aéreos -Scadta-, es civilmente responsable de los perjuicios de diverso orden causados mediante el siniestro de aviación que tuvo lugar el día diez (10) de octubre del año de mil novecientos treinta y nueve (1939), en la ribera derecha del río Magdalena, a tres (3) kilómetros de la población de Calamar, en el sitio denominado "Ciénaga de Norato", jurisdicción del municipio de San Antonio, departamento del Magdalena;

"b) Que, como consecuencia de la declaración anterior, 'Aerovías Nacionales de Colombia -Avianca-', sucesora de la 'Sociedad Colombo-Alemana de Transportes Aéreos -Scadta', debe pagar, una vez ejecutoriada la sentencia que le ponga fin al juicio, a Dolores Aguirre viuda de Raad, y sus menores hijos legítimos Nasta Elena Raad Aguirre, Rodolfo Raad Aguirre, Juan Alfonso Raad Aguirre y Carmen Raad Aguirre, la indemnización correspondiente a los perjuicios de todo orden a ellos mismos causados mediante el siniestro de aviación que tuvo lugar en las condiciones expresadas, perjuicios que estimo en una suma global superior a cien mil pesos ($ 100.000.00) moneda corriente, más los intereses legales a partir de la fecha del accidente hasta cuando el pago se verifique; y

"c) Que, igualmente, en caso de oposición, Aerovías Nacionales de Colombia -Avianca-, en su nombrado carácter, debe pagar las costas y gastos del juicio".

Los hechos de la demanda pueden resumirse así:

El diez de octubre de mil novecientos treinta y nueve, a las siete de la mañana, salió del aeropuerto de Veranillo, en Barranquilla, la aeronave C-53, denominada "Boyacá", de propiedad de la Scadta, empresa pública de transportes, en viaje hacia Girardot y con escalas en Magangué y otras poblaciones intermedias, ribereñas del río Magdalena.

El avión "Boyacá" iba al mando del piloto Teniente Luis Angel López y del copiloto y radiooperador Hebert Laasch, quienes actuaban por cuenta y órdenes de la empresa demandada, como empleados y agentes de la misma;

El señor Juan Raad se encontraba entre los pasajeros del avión "Boyacá", por haber adquirido billete de transporte para viajar de Barranquilla a Magangué "mediante el pago del precio del billete correspondiente";

El avión "Boyacá" salió de Barranquilla en condiciones atmosféricas normales, y se mantuvo en comunicación radiotelegráfica con el aeropuerto de Veranillo hasta las siete y cuarenta y dos minutos de la mañana del día diez de octubre de mil novecientos treinta y nueve, "hora en que lanzó el último despacho, debido a que sufrió grave accidente en la ribera derecha del río Magdalena, a tres kilómetros de Calamar, en el sitio denominado "Ciénaga de Norato", jurisdicción del municipio Cerro de San Antonio, Departamento del Magdalena;

"El accidente consistió en la caída de la nave a tierra y fue ocasionado por el desprendimiento del ala o plano y flotador izquierdos, encontrándose el avión en el aire, según lo relataron testigos presenciales y lo confirmó después la Comisión Investigadora de las causas del accidente, designada por el Gobierno".

En el accidente se destrozó la máquina y perecieron tripulantes y pasajeros, entre ellos Juan Raad, y se perdió el equipaje que llevaba y que contenía "documentos de alto valor, como pasaportes, partida de nacimiento, cheques y dinero en efectivo".

Juan Raad estaba casado católicamente con Dolores Aguirre, "con la cual hubo los siguientes hijos: Marta Elena, Rodolfo, Juan Alfonso y Carmen Raad Aguirre, personas todas que le sobrevivieron y le sobreviven".

Juan Raad dedicaba el producto íntegro de su trabajo al sostenimiento de su esposa y de sus hijos, quienes quedaron privados del amparo, protección y asistencia por parte de quien a ellos sostenía "como padre y esposo solícito y de ejemplar conducta que era"; el capital que poseía Juan Raad al momento de su muerte era superior a diez y seis mil pesos, representado principalmente en las mercancías que tenían en la tienda llamada "La Ciudad de Magangué", negocio que le producía una utilidad líquida no menor de veinte pesos diarios "y le hubiera producido mucho más al haber vivido, dadas las circunstancias excepcionales de esa época".

El mencionado Juan Raad murió cuando "apenas había cumplido treinta y cuatro años de edad, se encontraba en plena juventud y vigor físico y hubiera podido vivir normalmente veinte y siete años más, según la tabla colombiana de mortalidad, elaborada por la Sección de Seguros de la Superintendencia Bancaria".

"La empresa demandada (dice el hecho duodécimo del libelo) mediante el siniestro mencionado y el consiguiente incumplimiento de las obligaciones adquiridas al recibir como pasajero al señor Juan Raad R., ya que la aeronave 'Boyacá' debió encontrarse y se encontraba en mal estado por ser de las más antiguas y gastadas, con largos años de servicio, causó, pues, muy graves perjuicios materiales y morales a su esposa señora Dolores Aguirre de Raad y a sus hijos, todos menores aún, Nasta Elena, Rodolfo, Juan Alfonso y Carmen Raad Aguirre, perjuicios que deben ser indemnizados".

Y agrega la parte actora:

"Como fundamento de derecho apoyo esta demanda principalmente, en las disposiciones de los Títulos doce (XII) y veintiseis (XXVI), Capítulo diez (X) de este último, del Libro Cuarto del Código Civil y en las del Libro Segundo del Código de Comercio Terrestre, disposiciones que corresponden a la responsabilidad civil contractual.

"Subsidiariamente, para el caso de que califique de extra-contractual la responsabilidad civil que se deduce de los hechos fundamentales de la presente demanda, me apoyo en las disposiciones del título treinta y cuatro (XXXIV) del Libro Cuarto del mismo Código Civil. Así mismo invoco las disposiciones de la ley 89 de 1938, 'sobre aeronáutica civil', que regula tanto la responsabilidad contractual como extracontractual por el transporte aéreo, el artículo 8º de la ley 52 de 1919, y la Sentencia de fecha veintinueve de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis, proferida por la Corte Suprema de Justicia en el juicio promovido por los damnificados con la muerte del doctor Ignacio Martínez Pereira, uno de los tres pasajeros que llevaba el avión 'Boyacá' ".

La sociedad demandada al contestar la demanda, negó los fundamentos de derecho y en cuan-

to a los hechos, aceptó que la aeronave C-53 'Boyacá', de propiedad de la Scadta, salió del aeropuerto de Veranillo en Barranquilla el 10 de octubre de 1939, a las siete de la mañana, en vuelo de itinerario hasta Girardot, y con escalas en Magangué y otras poblaciones ribereñas del río Magdalena. "La mencionada aeronave, al partir del Aeropuerto de Veranillo, se encontraba en perfectas condiciones de navegabilidad"; el avión iba comandado por el personal que indica la demanda, y tanto el piloto como el mecánico radio-telegrafista, se encontraban debidamente autorizados por la Dirección de Aeronáutica Civil para ejercer sus respectivas funciones; el piloto era uno de los más hábiles de la aviación colombiana y el mecánico era uno de los más experimentados miembros del personal de vuelo de la Scadta; dice la sociedad demandada que es cierto que entre los pasajeros que conducía el avión "Boyacá" se encontraba el señor Juan Raad, quien tenía pasaje para viajar de Barranquilla a Magangué. El transporte se llevó a cabo según los reglamentos de la mencionada sociedad demandada, en las condiciones acostumbradas por los transportadores aéreos y contenidas en el tiquete que fue expedido, y en el que figuran las siguientes cláusulas de exoneración de responsabilidad civil por daños al pasajero y de limitación de responsabilidad en el transporte de equipaje: 'Todo viaje es a entero riesgo del pasajero. En caso de pérdida o avería ocurrida en el equipaje durante su transporte, la sociedad no asume responsabilidad mayor que la de $ 1.00 M/c. por cada kilogramo de peso. El pasajero que desee una garantía mayor deberá asegurar su equipaje por cuenta propia en alguna Compañía de Seguros. Con el hecho de recibir este tiquete el pasajero, se declara conforme con todas las condiciones del mismo'.

"Según la compañía demandada, la primera cláusula trascrita significa 'según la Corte Suprema de Justicia, que si a pesar de todas las previsiones de la Compañía y de la observancia de las medidas aconsejadas normalmente para garantizar el vuelo, el avión es víctima en el aire de un accidente cuya causa cierta y concreta no puede atribuírse a su culpa, la Compañía no puede ser responsable".

Acepta que es cierto, según lo expresado por la Scadta en la escritura de protesto, que es la número 1414 de 17 de octubre de 1939, de la Notaría 2ª de Barranquilla, que la aeronave "Boyacá" C-53, salió de Barranquilla en condiciones atmosféricas normales para la navegación aérea, y que permaneció en comunicación radiotelegráfica con el aeropuerto de Veranillo hasta las siete y cuarenta y dos minutos de la mañana del día del accidente, y agrega, al contestar el hecho cuarto de la demanda:

"...Poco después de las siete y cuarenta y dos (7:42) de la mañana el C-53 "Boyacá", no obstante haberse tomado todas aquellas medidas razonables destinadas a garantizar la seguridad de la aeronave, de los pasajeros y tripulación, sufrió de manera súbita e improvista un grave accidente, cerca de Calamar, en un sitio denominado 'Ciénaga de Norato... ... ..."

Niega la compañía demandada que la causa del accidente hubiera sido el desprendimiento del plano y flotador izquierdos encontrándose la nave en el aire, y hace referencia a la conclusión final a que llegó la Comisión "de carácter administrativo designada por la Dirección General de aviación" y que dice:

"La Comisión de Investigación deja constancia de que no habiendo sido posible encontrar un indicio claro y preciso sobre el factor que concurrió y motivó el desprendimiento del plano y flotador izquierdos en el aire, se abstiene de emitir concepto sobre el particular, dejándolo a consideración y estudio del señor Director. Aclara, sí, que si bien se desconoce la causa, en cambio la consecuencia está perfectamente clara y demostrada: accidente ocasionado a consecuencia del desprendimiento del plano y flotador izquierdos, encontrándose el avión en el aire".

Está de acuerdo la parte demandada en que el accidente sufrido por el avión "Boyacá" ocasionó su total destrucción y la muerte instantánea de los pasajeros y tripulación, así como en que del equipaje del señor Raad se perdió una pieza, pero no admite que en esa pieza llevara el pasajero documentos de valor, y niega que el pasajero Raad llevara en su equipaje perdido cheques o dinero en efectivo. Niega que Juan Raad dedicara el producto íntegro de su trabajo a los gastos de educación, establecimiento y subsistencia de su esposa y de sus hijos; no le consta cuáles fueran las ganancias de Raad antes de su muerte, y niega que cuando el señor Raad murió apenas había cumplido treinta años de edad. No acepta que la sociedad demandada hubiera incumplido las obligaciones que contrajo al recibir como pasajero en el avión "Boyacá" al señor Raad y niega, también, que dicho avión se encontraba en mal estado.

Acepta que la muerte de Juan Raad causó a su esposa pena de índole moral subjetiva, pero niega que se hubieran ocasionado perjuicios materiales indemnizables, ni daño de otra índole, y

agrega: "...El accidente del C-53 "Boyacá", se debió a fuerza mayor o caso fortuito, o a riesgos del aire equivalentes a ellos, y no obstante de que por la sociedad transportadora se tomaron las medidas razonables o necesarias encaminadas a darle la mayor seguridad al vuelo. La obligación del transportador aéreo es de simple prudencia y diligencia".

La parte demandada propuso, al contestar la demanda, las excepciones perentoras que se deducen de los siguientes hechos:

"Primero.—Exoneración de la responsabilidad civil de la sociedad en cuyo nombre hablo, estipulado de manera expresa por las partes en el contrato de transporte aéreo de persona.

"Segunda.—El accidente de la aeronave C-53 'Boyacá' fue ocasionado por fuerza mayor o caso fortuito, o por riesgos del aire equivalentes a ellos.

"Tercero—Limitación de la responsabilidad civil de la sociedad demandada, en caso de pérdida total del equipaje, estipulada de manera expresa en el contrato de transporte.

"Cuarto—El accidente de la aeronave C-53 'Boyacá' ocurrió no obstante haber tomado la sociedad demandada las medidas de prudencia y diligencia indicadas para garantizar el vuelo.

"Quinto—Ausencia de culpa de la sociedad demandada.

"Sexto—Falta de acción de los demandantes. La de prescripción de seis meses a que hace referencia el artículo 313 del Código de Comercio Terrestre, ordinal 4º".

La sentencia de primer grado pronunciada por el juez 3º en lo civil del circuito de Barranquilla, el 27 de julio de 1949, concluye:

"Declárase que Aerovías Nacionales de Colombia -Avianca- en su indicado carácter de sucesora de la Sociedad Colombo-Alemana de Transportes Aéreos -Scadta-, es civilmente responsable de los perjuicios de diverso orden causados, mediante el siniestro de aviación ocurrido el día diez de octubre del año de mil novecientos treinta y nueve, en la ribera derecha del río Magdalena, a tres kilómetros de la población de Calamar, en el sitio denominado 'Ciénaga de Norato', jurisdicción del municipio Cerro de San Antonio, Departamento del Magdalena.

"Como consecuencia de la anterior declaración, condénase a la empresa demandada a pagar, una vez ejecutoriada esta sentencia, a Dolores Aguirre viuda de Raad, y a sus menores hijos legítimos, Nasta Elena Raad Aguirre, Rodolfo Raad Aguirre, Juan Alfonso Raad Aguirre y Carmen Raad Aguirre los perjuicios de todo orden causados mediante el siniestro de aviación acaecido en las circunstancias ya expresadas.

"Para la debida ejecución de lo resuelto en esta sentencia la parte favorecida podrá pedir que se observe lo que establece el artículo 553 del C. J. - Sin costas".

Tanto la parte actora como la demandada, interpusieron recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, y surtida la segunda instancia ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, éste desató la litis en sentencia de fecha veinte de abril de mil novecientos cincuenta y cuatro, que en su parte pertinente está concebida en estos términos:

"...El Tribunal... reforma el fallo apelado, cuya parte resolutiva queda así:

"1º — Declárase a la sociedad Aerovías Nacionales de Colombia 'Avianca', civilmente responsable de los perjuicios de todo orden causados a los demandantes en este juicio, causados en el siniestro de aviación ocurrido el día diez (10) de octubre de mil novecientos treinta y nueve (1939) en el sitio denominado 'Ciénaga de Norato', en jurisdicción del municipio de El Cerro de San Antonio, Departamento del Magdalena, en el cual perdió la vida el señor Juan Raad Raad pasajero de la aeronave 'Boyacá' C-53 destruída en ese lugar.

"2º — Como consecuencia de la anterior declaración, condénase a la sociedad expresada a pagar a los demandantes los perjuicios materiales y morales objetivados causados a éstos por el siniestro de que se ha hablado, previo el trámite señalado por el artículo 553 del Código de Procedimiento Civil.

"3º — Condénase a la misma empresa a pagar a cada uno de los damnificados señora Dolores Aguirre viuda de Raad y a sus menores hijos por ella representados, Nasta Elena Raad Aguirre, Rodolfo Raad Aguirre, Juan Alfonso Raad Aguirre y Carmen Raad Aguirre, la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000.00) moneda legal colombiana como perjuicios morales subjetivos; y

"4º — Sin costas".

Contra esta sentencia interpusieron el recurso de casación las dos partes en litigio, y la Corte procede a resolverlo, pues está cumplida la tramitación legal correspondiente.

LA SENTENCIA ACUSADA

Principia el Tribunal por relacionar los hechos probados en el juicio, y que son los siguientes:

1º — Que Juan Raad contrajo matrimonio católico con Dolores Aguirre el 18 de abril de 1928 y que de ese matrimonio nacieron: Nasta Elena el 11 de enero de 1929, Rodolfo el 16 de junio de 1930, Alfonso el 21 de julio de 1934 y Carmen el 16 de noviembre de 1935.

2º — Que Juan Raad falleció el 10 de octubre de 1939, y según la partida de defunción tenía cuando viajaba de Barranquilla a Magangué en treinta y cuatro años.

3º — Que la muerte de Juan Raad ocurrió cuando viajaba de Barranquilla a Magangué en el avión C-53 "Boyacá" "al venirse éste a tierra y destrozarse completamente en el sitio denominado 'Ciénaga de Norato', en jurisdicción del municipio del Cerro de San Antonio, Departamento del Magdalena".

4º — Que Juan Raad era un comerciante que gozaba de magnífico crédito por sus condiciones de buen trabajador, estricto cumplidor de sus obligaciones comerciales, buen esposo y padre ejemplar, que invertía todo el producto de su trabajo en el sostenimiento de su familia; que a causa de su muerte fueron cancelados dos pedidos de mercancías que estaban listos para ser despachados a su almacén establecido en Magangué y que este negocio sufrió serios quebrantos por la misma causa.

5º — Que está probada la existencia y representación de la sociedad demandada.

6º — Que está plenamente probado el contrato de transportes celebrado entre Juan Raad y la empresa demandada.

7º — Que el accidente de la aeronave C-53 "Boyacá" se debió al desprendimiento del ala y flotador izquierdos, encontrándose el aparato en el aire.

8º — Que la empresa transportadora fue diligente en la escogencia del aviador piloto y del copiloto radio-telegrafista que comandaba la nave, con licencias expedidas por las autoridades competentes para el desempeño de esas labores; que los aeródromos funcionaban en buenas condiciones, provistos de todos los servicios que los reglamentos exigían para esa época; que estaba autorizada para operar estaciones radiotelegráficas en varios sitios del territorio nacional, que contaba con esos servicios y que éstos estaban a cargo de personal idóneo; que la aeronave "Boyacá" estaba debidamente inscrita en el registro oficial de las naves particulares; que la autoridad competente concedió licencia para su uso en el transporte de personas y de carga y que al ocurrir el accidente de que dan cuenta los autos, contaba con los servicios técnicos indispensables para cumplir el fin a que estaba destinada; que antes de emprender el vuelo que culminó trágicamente, fue provista del combustible necesario para realizarlo; que se obtuvieron los reportes sobre el estado del tiempo al través de la ruta que debía seguir la aeronave, habiéndose obtenido una información que permitía considerar factible y normal el viaje por esos aspectos; que, en fin, tanto el número de pasajeros como de tripulantes y el peso de la carga no excedían la capacidad de la aeronave. Está probado también que la Scadta obró con la debida prudencia al escoger el material volante, ya que lo adquirió a una casa productora de reconocida seriedad y de bien cimentado prestigio.

"Aparece de autos igualmente que con anterioridad al vuelo, el C-53 'Boyacá' fue sometido a las revisiones de rutina por parte del personal técnico al servicio de la empresa demandada".

En el capítulo V de la sentencia —Causas de la tragedia— principia el Tribunal por examinar detenidamente las declaraciones de Gregorio Martínez y de Aquilino Alandete y afirma que tales declaraciones "establecen plenamente que la aeronave C-53 "Boyacá" cayó a tierra al desprenderse al plano y el flotador izquierdos estando aún en vuelo con rumbo normal y sin que la máquina hubiera chocado contra ningún obstáculo": se refiere al informe que rindió la comisión compuesta por el Capitán Jorge A. Bernal y por el Teniente Carlos Cancino, quienes fueron designados por la Dirección General de Aviación "con el encargo de efectuar una investigación detallada del siniestro"; y cita la relación de las reparaciones a que la aeronave "Boyacá" fue constantemente sometida en los meses de julio y agosto de 1939, reparaciones que fueron siete en total, incluyendo en ellas flotadores, alas y hélices, y se expresa así el sentenciador:

"Estas comprobaciones procesales, de las cuales dedujo este Tribunal en pasada ocasión el mal estado de la aeronave y consiguientemente la obligación de indemnizar los perjuicios causados a los demandantes, han sido criticadas duramente por la parte demandada a intento de restarles significación indiciaria. Respecto a las declaraciones de los señores Martínez y Alandete dice el señor apoderado que incurren en contradicciones sustanciales, pues mientras el primero afirma que la aeronave volaba a escasa altura, como a cincuenta metros, el segundo sostiene que volaba a grande altura. Sin embargo, citando el texto mismo de las declaraciones, se observa cómo esa contradicción es apenas aparente.

En efecto, refiere el testigo Alandete que el aparato 'que volaba a grande altura, de repente o repentinamente **descendió** (subraya el Tribunal) y se le vio algún ruido que todos los pescadores miramos y oímos, viendo y observando también que una ala (sic) del mencionado aparato caía al suelo, segundos después caía también uno de los botes o flotadores del avión y acto seguido se derrumbaba el resto del aparato aéreo, explicación que lejos de oponerse, concuerda con la aseveración del testigo Martínez de que cuando se desprendieron el ala y el flotador 'el avión volaba a escasa altura, aproximadamente unos cincuenta metros y acto seguido el aparato aéreo se precipitó en un descenso violento estrellando (sic) contra el suelo y destrozándose completamente'.

"Ninguna contradicción advierte la Sala entre estas dos declaraciones, pues si bien en la una se dice que el avión volaba a gran altura y en la otra se sostiene que cuando ocurrió el desprendimiento del ala y del flotador, la máquina volaba a unos cincuenta metros de altura, el primer deponente aclara que cuando acaeció ese fenómeno la aeronave había descendido, circunstancia que permite conciliar las dos versiones, por cuanto que si perdió altura, bien pudo situarse a la que Martínez calcula en cincuenta metros. Lo que ocurre es que los dos testigos no partieron de un mismo punto de referencia, pues al paso que el uno empieza a contar sus observaciones desde el momento en que el avión volaba a grande altura, antes del descenso, el otro parte del instante en que ya la máquina había descendido".

Sobre la afirmación que hace la parte demandada acerca de que los hechos que relatan los testigos los dedujeron de la forma como quedaron los restos del avión accidentado, **porque la** visibilidad que tenían los testigos, según lo afirma el declarante Cerpa, era poco menos que nula circunstancia que les impidió ver el desprendimiento del plano y del flotador mientras la nave se encontraba en vuelo", dice el Tribunal:

"Sobre esta crítica cabe observar, **en primer** término, que de los cuatro testigos presenciales (Martínez, Alandete, Piña y Cerpa), sólo el último alude a la escasa visibilidad por causa de la neblina, circunstancia sobre la cual no se pronuncia ninguno de los otros tres; en segundo lugar, es importante hacer notar que según el testimonio de Cerpa, la neblina no fue obstáculo insalvable para que él viera todas las incidencias de la tragedia, las cuales refiere con acopio de detalles en su declaración: y, en tercer lugar, que no resulta lógico darle credibilidad a Cerpa en cuanto habla de la presencia de la espesa neblina y negárselo en todo lo demás de su amplísimo y detallado relato, concordante en lo sustancial con los dichos de Martínez, Alandete y Piña".

Como la parte demandada sostiene que los testimonios citados no constituyen prueba de que la aeronave no tuvo choque antes de desprendérsele el plano y el flotador izquierdos "porque la circunstancia de ser el lugar del accidente terreno plano, no impide que el aparato hubiera entrado en contacto con la ciénaga, el sentenciador desecha por infundada tal hipótesis, y se explica así:

"Obsérvese en primer lugar, que todos los declarantes concuerdan en un hecho fundamental: que el avión volaba primero de norte a sur, en posición normal, y luego entró en descenso. Ninguno de los cuatro declarantes vio el avión en ascenso, como necesariamente hubiera ocurrido de haber hecho contacto con la ciénaga y tratando después de tomar altura. Pero aparte de éste, que es de suyo importante, los testigos descartan en términos inequívocos y concluyentes la hipótesis que se comenta. 'No vio el declarante ni ninguno de los que allí estábamos en nuestra labor de pesquería —dice Martínez— que el aparato siniestrado hubiera tenido tropiezo alguno con árbol, montaña o cualquier otro impedimento de la misma índole, que causara el rompimiento del ala y el flotador desprendidos del aparato, por la circunstancia de que en este paraje no hay árboles gigantescos, puesto que por el contrario, se trata de un potrero cultivado con hierbas, adyacente a una ciénaga, el lugar donde cayó el avión; los elementos por consiguiente desprendidos del aparato antes de caer, no sufrieron tropiezo alguno en el territorio donde nos encontrábamos'. Por su parte Alandete declara 'que el aparato no sufrió tropiezo alguno con árbol, encina, montaña o cualquier otro obstáculo de la misma índole, por razón de que ese lugar es un paraje plano, **ciénaga** y **potrero** (subraya la Sala del Tribunal) son los contornos del sitio donde cayó el avión 'Boyacá' Nº C-53 en la mañana del 10 de los corrientes.

"Como se ve, los declarantes lejos de prescindir de la ciénaga como posible blanco del impacto del avión, expresamente se refieren a ella y la citan en la enumeración como uno de los elementos de 'los contornos', lo que concuerda con lo observado por la comisión investigadora cuando di-

ce en su informe, por percepción directa 'que el terreno en sus alrededores no presenta vegetación alguna ni árboles corpulentos, siendo casi en su totalidad despejado (potrero o ciénagas)'.

"Los testimonios de que se ha venido hablando son, en sentir de la Sala, dignos de credibilidad, por las condiciones personales de los declarantes, gentes humildes y sencillas, exentas de malicia, que deponen sobre hechos fácilmente apreciables por su mediana inteligencia y escasa cultura, desde luego que se refiere a fenómenos tan simples y fáciles de comprender como el desprendimiento de una (sic) ala y la caída de un avión; porque dan la razón de sus dichos y porque éstos están confirmados en buena parte por otro medio de prueba de indiscutible valor como lo es el informe de la comisión investigadora, cuyas observaciones sobre el terreno coinciden con lo que aquéllos relatan. La misma diferencia en el léxico y la circunstancia de que unos capten hechos que a otros se escapan, indican que no hubo acuerdo previo y revela que cada uno declara según su particular modo de ser, de sentir, de pensar y de observar. Precisamente las declaraciones muy acordes, muy uniformes, son las que se hacen sospechosas".

Y en las consideraciones que hace el Tribunal sobre el informe que acerca del accidente del avión "Boyacá" C-53, rindió la comisión investigadora, se lee lo siguiente:

"El informe rendido por la comisión investigadora ha sido también impugnado por el apoderado de la parte demandada, quien sostiene que si no se hubiera basado en los citados testimonios acaso podría afirmarse que la caída del plano y del flotador fuera indicio de que el hidroavión se hallaba en malas condiciones.

"A este respecto cabe apuntar que para llegar a la conclusión de que el accidente tuvo lugar por causa del desprendimiento en vuelo de tan indispensables elementos de estabilidad, la comisión no sólo tomó en consideración las declaraciones de los testigos presenciales sino sus propias observaciones del terreno y del estado y situación de los restos de la aeronave. En efecto, los oficiales Bernal y Cancino hacen, entre otras, las siguientes afirmaciones: a) Que el mismo día del accidente 'se efectuó una inspección en vuelo por los alrededores con el fin de constatar si había cables u otros obstáculos con el cual hubiera podido chocar la máquina en vuelo, no localizando nada anormal', operación que se repitió el día 11 en el avión "Carlos E. Restrepo", con igual resultado; b) Que de las averiguaciones hechas sobre el estado de las líneas y torres de los telégrafos nacionales y de la Compañía Andian, que se encuentran en las proximidades del lugar del siniestro, se llegó a establecer que todas estaban en perfecto estado; c) Que 'con la anterior exploración, con los datos adquiridos con los testigos presenciales y después del estudio en el lugar del accidente y restos de la máquina, se descartó la posibilidad de choque contra obstáculos terrestres y yendo en vuelo'; d) Que 'el plano izquierdo se hallaba a 100 metros de distancia del flotador del mismo lado y a 350 metros de éstos los restos de la máquina; e) Que, 'como observación de gran importancia, se hace notar que una de las rupturas de los tubos presentan sus bordes lisos y abollados, demostrando que hubo fricción, lo que dá idea de una posible partidura anterior'.

"Como se vé, los miembros de la comisión investigadora no se basaron exclusivamente en los dichos de los testigos presenciales para llegar a la conclusión de que el accidente tuvo por causa el desprendimiento del plano y flotador izquierdos encontrándose el avión en el aire, sino que se basaron en sus personales observaciones sobre el terreno, las zonas adyacentes, sobre el estado y la situación de las distintas partes que componían el avión. Cómo no darle crédito a un informe de tan insospechable procedencia y cuya conclusión se apoya en tan variadas y firmes bases?"

En el capítulo sexto de la sentencia trata el Tribunal sobre la responsabilidad civil de la sociedad demandada y sobre la cláusula de no responsabilidad, y dice:

"El derecho que les asiste a los demandantes para proponer la acción de indemnización tiene por fuente el incumplimiento del contrato de transporte celebrado por el señor Raad con la Scadta, por medio del cual ésta se comprometió a transportar a aquél sano y salvo de esta ciudad (Barranquilla) a la ciudad de Magangué, prestación que no cumplió por el mal estado de la aeronave"..

Entra en seguida en el estudio de los problemas referentes a las obligaciones que por su naturaleza engendra el contrato de transporte aéreo a cargo del transportador y en beneficio del pasajero, y cita la sentencia de la Corte pronunciada en el juicio ordinario de Newton C. Marshall contra la Scadta, así como la sentencia de casación de fecha 29 de noviembre de 1946, pronunciada en el juicio ordinario de Mercedes Pereira v. de Martínez Pereira contra la Scadta,

sentencia que trata del mismo accidente de aviación a que se refiere el presente juicio, ya que el señor Martínez Pereira fue otra de las víctimas del accidente del avión "Boyacá" C-53.

No acepta el Tribunal la excepción de prescripción de la acción propuesta por la empresa demandada y que fundamenta en el hecho de que la demanda se presentó el 4 de agosto de 1947 fecha en la cual habían transcurrido más de tres años a contar desde el día en que tuvo lugar el hecho causa del perjuicio... Es verdad, como lo dice el excepcionante, que desde la fecha del siniestro hasta la notificación de la demanda han transcurrido más de tres años. Pero a pesar de haber corrido todo ese tiempo, la acción no se hallaba prescrita cuando el juicio se inició porque la responsabilidad de la empresa demandada en el caso **sub-judice** es directa, emanada del incumplimiento de un contrato y por ello no tiene aplicación el inciso 2º del artículo 2538 (sic). Es el 2358) del Código Civil, invocado por el excepcionante, sino que el caso se halla dentro de la regla general de prescripción de largo tiempo, establecida en el artículo 2536 del mismo Código".

En cuanto a la estimación del valor de los perjuicios de todo orden cuya indemnización pide la parte demandante, el Tribunal hace un estudio muy minucioso del dictamen que rindieron los peritos y que obra en el expediente, dictamen que el sentenciador no acepta porque a pesar de que es un concepto en que los dos peritos están de acuerdo y lo explican ampliamente, no está fundado debidamente".

La síntesis de la parte motiva se encuentra en el siguiente aparte de la sentencia:

"Con los elementos de prueba aducidos al juicio, resultan plenamente establecidos los hechos y circunstancias constitutivos de la culpa de la sociedad demandada como propietaria de la aeronave que dio origen, por una falla estructural evidenciada por su desintegración espontánea en vuelo, al mortal accidente referido. Halló también la Sala satisfactoriamente establecidas las vinculaciones consanguíneas y conyugales existentes entre los demandantes y la víctima del accidente en que se apoya el derecho para demandar el cumplimiento de la obligación de indemnizar los perjuicios de todo orden causados por el hecho culposo que ocasionó la inejecución del contrato de transporte celebrado entre el señor Raad y la sociedad de que es continuadora 'Aerovías Nacionales de Colombia -Avianca-' ".

Las consideraciones que en síntesis se exponen, sirvieron de fundamento al Tribunal para dictar la sentencia condenando a la empresa demandada y ordenando que el valor de los perjuicios que debe pagar ésta a la parte actora se regulen por el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial, excepto en cuanto a los perjuicios morales subjetivos, que el Tribunal estima en la cantidad de dos mil pesos para cada una de las personas que forman la parte demandante.

LA DEMANDA DE CASACION

Como se ha dicho, tanto la parte demandada como la demandante no se conformaron con la sentencia del Tribunal y por esto interpusieron el recurso de casación.

Se estudiará primero el recurso interpuesto por la parte demandada, ya que tal recurso ataca el fondo mismo de la sentencia; la parte actora sólo ataca la sentencia porque el Tribunal no hizo condenación concreta del valor de los perjuicios, fijando la cantidad que debe ser pagada por ese concepto.

El recurso de la parte demandada:

Dos cargos formula el recurrente demandado contra la sentencia del Tribunal de Barranquilla y los enuncia así:

"Cargo primero.—La sentencia acusada se funda en esta afirmación: 'mal estado de la nave'. Pues bien, al hacer esta afirmación el Tribunal ha cometido un grave error de hecho que aparece de manifiesto en los autos, pues contraría la prueba plena, que arroja el expediente, a favor de la compañía demandada, en el sentido de que el avión 'Boyacá' se encontraba en buen estado. Además, para llegar el Tribunal a la conclusión de que el avión se encontraba en mal estado, hubo de cometer un grave error de derecho en el análisis de las pruebas que tuvo en cuenta para tal afirmación. Por razón de estos errores, incurrió en una apreciación errónea de las pruebas y violó al condenar a la entidad demandada, las siguientes disposiciones de carácter sustantivo: artículos 322 (ordinal 4) del C. de C. T., 343 del C. de C. M. y 2072 del C. C., así como los artículos 1604 y 2341 del Código Civil", y divide el cargo en los siguientes apartes:

"a) La sentencia del Tribunal se funda en la afirmación del mal estado de la nave aérea;

"b) Incurrió el Tribunal en un grave y manifiesto error de hecho al afirmar que la aeronave 'Boyacá' se encontraba en mal estado; y

"c) Las pruebas que el Tribunal analiza no demuestran el hecho del mal estado de la nave aé-

rea y en su análisis ha incurrido el Tribunal en error de hecho y de derecho para sacar tal conclusión equivocada".

Hace un estudio detenido de cada uno de los puntos enunciados y termina:

"En una palabra: El Tribunal consideró que la aeronave se encontraba en mal estado. Esta afirmación es contraria manifiestamente a las pruebas presentadas. El Tribunal dedujo tal conclusión del hecho de haberse desprendido en el aire un ala y un flotador. Para hacer tal deducción hubo de darle a las pruebas que tendían a demostrar el desprendimiento, el valor demostrativo de la causa del desprendimiento, incurriendo en un claro error de hecho; y, al darle al desprendimiento el valor demostrativo del mal estado de la nave, incurrió en violación de la doctrina de la Corte que establece que los riesgos del aire, como el desprendimiento de tales elementos de la nave y sus causas desconocidas, son riesgos del pasajero y no de la empresa **y que no a ésta le corresponde demostrar la fuerza mayor o al caso fortuito, sino a aquél el descuido de la empresa que produjo el accidente,** (subraya la Corte) y por lo tanto, incurrió la sentencia en violación de las disposiciones citadas en que dicha doctrina se funda. Además, al hacer el Tribunal responsable a la empresa transportadora por razón de esta afirmación inexacta e ilegalmente deducidas de que la nave se encontraba en mal estado, violó el artículo 2072 del C. C. y el artículo 2341 del C. C. que solo permiten exigir responsabilidad civil cuando ha mediado delito o culpa".

Examen del cargo:

En repetidas ocasiones ha tenido la Corte oportunidad de referirse a la cuestión, muy importante, de la responsabilidad de las empresas de transportes aéreos cuando a causa de un siniestro el pasajero no es llevado sano y salvo a su destino, o sea cuando no se cumple el contrato de transporte, y ha sentado una jurisprudencia que aclara suficientemente el punto. Es verdad que en la legislación positiva no existe ninguna disposición que concretamente se refiera a la responsabilidad del transportador en el contrato de transporte por aire, pues éste no se conocía cuando las disposiciones de los Códigos Civil, de Comercio Terrestre y de Comercio Marítimo, que se refieren al contrato de transportes por tierra o por agua, fueron dictadas. Por esta razón y como se trata de una materia de la mayor importancia, ya que el transporte aéreo adquiere cada día un mayor desarrollo en la vida económica del país y ha venido a ser uno de los factores decisivos del progreso nacional, es apenas natural que las doctrinas de la Corte sean las que deban tenerse en cuenta siempre que de resolver problemas de esta naturaleza se trate, y considerando tanto los intereses de las empresas de aviación y los de las personas que con ellas contratan el transporte como las peculiaridades propias de este medio de locomoción.

No podría adoptarse un criterio en extremo riguroso para hacer responsable siempre a las empresas por los accidentes que sufran los aviones ni tan benévolo que deje sin responsabilidad a los transportadores aéreos y sin defensa a quien sufra el daño. Inspirada en estos principios y aplicando por analogía a los transportadores por aire las disposiciones legales respecto al contrato de transporte por agua o por tierra, en cuanto ello es posible, la Corte ha llegado a las conclusiones siguientes, en cuanto al problema referente a las obligaciones que tienen los empresarios de transportes aéreos, dada la naturaleza especial del contrato de transporte de esta especie y teniendo muy en cuenta el beneficio del pasajero:

1º — "El transporte de personas y de cosas cuando se ejecuta por empresarios públicos, es un servicio público... No es óbice, para que el transporte tenga este carácter que se preste por personas o empresas privadas, sin concesión de una entidad política. En otras legislaciones es requisito esencial del servicio público, que se atiende directamente por una persona jurídica de derecho público o por concesión de ésta. En el derecho colombiano no se exige tal requisito, según lo tiene declarado la Corte en sentencia de 24 de febrero de 1944 (G. J. LVII, pág. 12). El transporte aéreo ejecutado por empresas organizadas, es igualmente un servicio público, como rama que es de los transportes en general, a los cuales atribuye la Carta este carácter". (Sentencia de Casación de 27 de septiembre de 1955, G. J. Tomo LXXXI, pág. 168).

2º — La responsabilidad del transportador para con el pasajero emana primordialmente del contrato de transporte, "Doctrina reiterada de la Corte enseña que la responsabilidad a cargo del transportador, cuando deja de cumplir su compromiso de llevar al pasajero sano y salvo al lugar de su destino, se origina del contrato y no de la violación del deber legal de no causar daño a

las personas, es decir, que es contractual y no aquiliana". (Sentencia citada).

3º — Como es evidente que en los viajes por aire existen peligros desconocidos que acarrean riesgos de los cuales no puede hacerse responsable al transportador, pues el pasajero que a este medio de transporte acude conoce las características peligrosas de todo vuelo y no existe disposición legal expresa que haga responsable al transportador de las consecuencias de tales riesgos, éstos los asume el pasajero, en cuanto tales riesgos no se deban a la deficiencia de la nave aérea, fallas de la tripulación, instalaciones, equipos, etc. Entonces la responsabilidad de la empresa de aviación es de simple prudencia y diligencia y queda libre de responsabilidad cuando pruebe la ausencia de culpa.

En sentencia de casación de 29 de noviembre de 1946, publicada en la Gaceta Judicial, Tomo LXI, página 668, juicio de Mercedes Pereira v. de Martínez Pereira y otros contra la Sociedad Colombo-Alemana de Transportes Aéreos —Scadta— por el siniestro del avión "Boyacá" C-53, o sea por el mismo accidente a que se refiere el presente juicio.

"En sentencia de Casación de 15 de mayo del presente año, pronunciada en el juicio ordinario de Néstor C. Marshall contra la misma compañía, aquí demandada, -Scadta- (hoy Avianca), la Corte examinó a espacio y por primera vez los problemas referentes a las obligaciones que por su naturaleza engendra el contrato de transporte aéreo a cargo del transportador y en beneficio del pasajero, llegando entonces a las siguientes conclusiones:

"A) Que dada la índole de la navegación aérea, sistema moderno de locomoción, que apenas ahora está consolidando sus últimos progresos, encaminados a prestar mayor seguridad en los viajes, y completamente desconocido en la legislación, pues no hay disposiciones civiles o comerciales que ni remotamente hayan previsto la obligación del transportador en el contrato de transporte aéreo de personas, es de simple prudencia y diligencia.

"B) Que esta limitación en las obligaciones contractuales del transporte aéreo está dispuesta por el carácter de los vuelos sometidos en el aire a peligros desconocidos, en que el factor riesgo debe jugar papel preponderante, por cuya razón el pasajero que toma asiento en un avión asume las consecuencias de esos riesgos de los cuales sin disposición expresa de la ley no es equitativo que responda el transportador. Observando en esta ocasión la Sala, que, de acuerdo con la doctrina francesa, se entiende por riesgos del aire aquellos que no se deben a deficiencias de la aeronave ni a faltas de la tripulación.

"C) Que por consiguiente, dadas estas circunstancias, en un régimen general de derecho abstracto, al transportador aéreo sólo puede exigírsele que garantice al pasajero una seguridad relativa, en cuanto no esté perturbada por los llamados riesgos del aire, que muchos autores asimilan a la ocurrencia del caso fortuito.

"D) Que las disposiciones del Código Civil (artículo 2072) y las del de Comercio (artículo 322) sobre la responsabilidad de los empresarios públicos en el transporte de personas, sólo exigen, por parte de aquéllos, la prueba de la falta de culpa, más no la prueba de la ocurrencia del caso fortuito y de la fuerza mayor, para librarse de esa responsabilidad.

"E) Que si a tales disposiciones no se les pudiera dar esa interpretación, habría que aplicar en la navegación aérea las reglas sobre el transporte marítimo, de acuerdo con las cuales el transportador queda libre mediante la simple prueba de la ausencia de culpa..."

Examinando este aspecto de la responsabilidad del transportador aéreo, la Corte, en la sentencia de 27 de septiembre de 1955, ya citada, reitera la jurisprudencia anterior y dice:

"La parte recurrente antes de formular su acusación a este respecto, sostiene para que se conserve, la doctrina de la Corte, conforme a la cual el conductor en el transporte aéreo, responde de una obligación general de diligencia y prudencia, de modo que se exonera de responsabilidad probando la ausencia de culpa.

"La Corte reitera esta jurisprudencia, consagrada especialmente en sentencias: de la Sala de Negocios Generales de 23 de abril de 1941 (LI - 46), casaciones fechadas el 15 de mayo de 1945 (LX - 340), el 29 de noviembre del mismo año (LXI - 661) y el 27 de agosto de 1947 (LXII - 678), y precisa las del 23 de abril de 1954, (LXXVII - 411) y de 23 de noviembre del citado año (LXXIX - 665) en el sentido de la misma jurisprudencia. Por consiguiente a los transportadores por aire les basta probar en caso de siniestro, para exonerarse de la responsabilidad originada del contrato, la diligencia de haber tomado todas las medidas conducentes a la ejecución plena de la obligación de conducir sin da-

ño alguno al pasajero al lugar de su destino. La Sala ha revisado la construcción jurídica elaborada en aquellos fallos, con elementos dispersos de la ley positiva, por no contener ésta disposiciones especiales sobre dicha clase de transporte, y la considera ajustada al derecho, a la naturaleza peculiar de la navegación aérea y a la doctrina general sobre tan importatne materia".

Aplicando estos principios al caso en estudio, se tiene:

La sociedad demandada, empresa organizada para prestar un servicio público, transporte por aire, celebró un contrato con el señor Juan Raad Raad, en virtud del cual se comprometió a llevar a éste sano y salvo, de Barranquilla a Magangué en el avión "Boyacá" C-53, en el vuelo que debía verificarse el 10 de octubre de 1939 en las primeras horas de la mañana; el pasajero ocupó su puesto en la nave aérea y ésta emprendió el viaje, con tan mal resultado que entre las 7 horas 42 minutos y las 8 horas un minuto de la mañana del citado día, el avión se precipitó a tierra, destrozándose y pereciendo todos sus ocupantes (tripulación y pasajeros) y perdiéndose la mayor parte de la carga que conducía.

El Tribunal en la sentencia acusada llega a la conclusión de que del accidente es responsable la empresa demandada, debido a que la nave accidentada se encontraba en malas condiciones, toda vez que la caída del avión se debió a que durante el vuelo se desprendieron un ala y un flotador, elementos esenciales para la estabilización del avión en el aire.

Este primer cargo que se estudia, está enderezado al ataque de la base de que partió el Tribunal para dictar la sentencia condenatoria contra la empresa demandada, o sea el mal estado de la nave.

Dice el recurrente que el Tribunal, "al hacer esta afirmación incurre en un grave error de hecho, que aparece de manifiesto en los autos, pues contraría la plena prueba, que arroja el expediente, en favor de la compañía demandada, en el sentido de que el avión 'Boyacá' se encontraba en buen estado" y agrega: "El Tribunal consideró que la aeronave se encontraba en mal estado. Esta afirmación es contraria manifiestamente a las pruebas presentadas. El Tribunal dedujo tal conclusión del hecho de haberse desprendido en el aire un ala y un flotador. Para hacer tal deducción, hubo de darle a las pruebas que tendían a demostrar el desprendimiento, el valor demostrativo de la causa del desprendimiento, incurriendo en claro error de hecho y, al darle al desprendimiento el valor demostrativo de mal estado de la nave, incurrió en violación de la doctrina de la Corte, que establece que los riesgos del aire, como el desprendimiento de tales elementos de la nave y sus causas desconocidas, son riesgos del pasajero y no de la empresa y que no a éste le corresponde demostrar la fuerza mayor o el caso fortuito, sino a aquél el descuido de la empresa que produjo el accidente, y por tanto incurrió la sentencia en violación de las disposiciones citadas, en que dicha doctrina se funda..."

Esta afirmación del recurrente no es aceptable, porque si bien a la empresa demandada no se le exige, según la doctrina de la Corte, que pruebe el caso fortuito o la fuerza mayor, no es menos cierto que, de acuerdo con la misma doctrina, sí se le exige la demostración de la ausencia de culpa para quedar libre de responsabilidad por el accidente. No es el pasajero quien debe demostrar el descuido de la empresa sino ésta la obligada a comprobar su ausencia de culpa en el hecho que produjo el siniestro. Sería aberrante que el pasajero, profano en asuntos de navegación aérea, estuviera obligado a demostrarle a la empresas que ella había incurrido en el descuido que produjo el accidente. Si se aceptara esta tesis, equivaldría a relevar siempre de responsabilidad a las empresas de transportes aéreos, con evidente injusticia para los intereses de los pasajeros, que confían en la diligencia y cuidado de la empresa con quien contratan, y que no estarían en capacidad técnica para demostrar el descuido de la empresa. En cambio, sí es perfectamente justo, para defender también los intereses de las empresas de aviación, que éstas estén en capacidad de demostrar que pusieron todo el cuidado necesario para que el viaje se realizara en buenas condiciones, es decir, para que puedan demostrar la ausencia de culpa y exonerarse así de la responsabilidad por los siniestros de que son víctimas quienes hacen uso del transporte aéreo.

Aclarado este punto, debe determinarse si realmente el Tribunal incurrió en manifiesto error de hecho al deducir, previo el estudio que hizo del abundante material probatorio allegado a los autos, el mal estado del avión "Boyacá" C-53, accidentado el 10 de octubre de 1939 en las primeras horas de la mañana y en el vuelo de Barranquilla a Magangué.

Generalmente, en tratándose de accidentes de aviación en donde no queda ningún sobreviviente, es muy difícil establecer con prueba directa, cuál fue la causa del accidente; por eso, es lo más frecuente, hay necesidad de acudir a la

prueba indirecta que se deriva de indicios y de presunciones, que servirán para que el sentenciador establezca la verdad, según la vehemencia de los hechos indiciarios.

En el caso del siniestro del avión "Boyacá" C-53 el Tribunal no descuidó el examen de ninguna de las piezas que forman el plenario probatorio, y de manera cuidadosa se refiere en la sentencia a todas y cada una de las pruebas que adujeron, en primera y en segunda instancia, tanto la parte actora como la demandada.

Para el Tribunal existe demostrado un hecho: el avión "Boyacá" C-53, estando en el aire se le desprendieron un ala y un flotador y por esta causa vino a tierra destrozándose y causando la muerte de quienes ocupaban dicha aeronave; el desprendimiento de esas esenciales partes del avión ocurrió sin que la máquina hubiera chocado previamente con ningún obstáculo.

Para determinar ese hecho, que fue la causa del accidente, el sentenciador consideró todos los elementos de juicio que se le presentaron. En efecto: analizó las declaraciones de los testigos presenciales de la caída del avión, Gregorio Martínez y Aquilino Alandete, las que acreditan que el avión "Boyacá" cayó a tierra al desprenderse el plano y el flotador izquierdos estando aún en vuelo con rumbo normal y sin que la máquina hubiera chocado contra ningún obstáculo; tuvo muy en cuenta el informe de la comisión compuesta por el Capitán Jorge A. Bernal y el Teniente Carlos Cancino, nombrados por la Dirección General de Aviación con el encargo de efectuar una investigación detallada del siniestro, comisión que rindió un informe muy extenso sobre los hechos que el Capitán Bernal y el Teniente Cancino pudieron verificar por observación directa en las repetidas visitas que hicieron al lugar del siniestro. Los citados oficiales dicen en su informe: "La comisión de investigación deja constancia de que no habiendo sido posible encontrar un indicio claro y preciso sobre el factor que concurrió y motivó el desprendimiento del plano y flotador izquierdos en el aire, se abstiene de emitir concepto sobre el particular, dejándolo a consideración y estudio del señor Director. Aclara sí: que si bien se desconoce la causa, en cambio la consecuencia está perfectamente clara y demostrada: 'Accidente ocasionado a consecuencia del desprendimiento del plano y flotador izquierdos, encontrándose el avión en el aire' "; y por último, se refiere a la relación de las reparaciones a que fue sometida constantemente la aeronave "Boyacá" en los meses de julio y agosto de 1939, reparaciones que fueron siete en total y que incluyeron los flotadores, alas y hélices.

Con las pruebas estudiadas encuentra demostrado el Tribunal el desprendimiento de los elementos esenciales para que el avión pudiera mantenerse en el aire; es claro que esas pruebas no demuestran directamente la mala calidad o mal estado de la aeronave; porque esa mala calidad o mal estado la deduce el Tribunal como consecuencia lógica del hecho de que el avión hubiera perdido, estando en vuelo y sin choque anterior con ningún obstáculo, los elementos que son indispensables para que una nave aérea conserve su estabilidad en el aire. Acude pues el Tribunal a la prueba de indicios y en el examen que hace de los diferentes hechos indiciarios para llegar a la conclusión de la mala calidad del avión "Boyacá", no se advierte ningún error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos.

No se equivocó el Tribunal al apreciar las declaraciones de los testigos, ni el informe de la comisión investigadora, para afirmar como cierto el hecho del desprendimiento del ala y del flotador izquierdos de la aeronave "Boyacá", encontrándose en vuelo, y por lo tanto ese hecho está demostrado. De esto y de las repetidas reparaciones a que fue sometida dicha aeronave, deduce el Tribunal que ella se encontraba en malas condiciones a causa de las cuales ocurrió el accidente en que la máquina se destrozó. Y esta conclusión no tiene nada de absurdo, pues, por el contrario, se ajusta a una sana interpretación de los hechos demostrados.

Tratando sobre el mismo accidente del avión "Boyacá", dijo la Corte en la sentencia de 29 de noviembre de 1946, citada atrás:

"El hecho simple y escueto de que a una máquina en vuelo se le desprendan repentinamente piezas tan esenciales como un ala y un flotador, inclina poderosamente el ánimo a ver en tal acontecimiento algo irregular originado en mal estado de la máquina, proveniente de varias causas, como defectos de construcción, calidad deficiente de los materiales con que fue fabricada, falta de resistencia de la combinación de su estructura, o descuido de una revisión previa al vuelo que hubiera revelado el deterioro o desgaste de los remaches con que aquellas piezas se sujetaban. Salvo que antes de producirse la caída del avión haya sufrido un choque contra obstáculos de tierra, es difícil admitir una explicación que justifique satisfactoriamente el que un avión en viaje normal se le desprendan las

alas y flotadores, pues si ello obedece a cristalización de los materiales por los vuelos o vibraciones ocasionadas del motor o las hélices, éstas causas se traducen en el mal estado de la aeronave".

Para desvirtuar la evidencia de los hechos aceptados por el Tribunal, la parte demandada ha debido presentar las pruebas que demostraron la inexistencia de los hechos apuntados. Las pruebas que presentó la parte demandada fueron todas consideradas con detenimiento en la sentencia y el Tribunal no encontró que esos elementos de prueba fueran suficientes a desvirtuar los hechos acreditados con las pruebas de la parte actora. Y en el examen que hace de las pruebas para no considerarlas como suficientes a demostrar que el avión sí se encontraba en buen estado, no incurre tampoco el Tribunal en ningún error de hecho que aparezca de modo manifiesto.

En la sentencia de 29 de noviembre de 1946, dijo la Corte:

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

"En casación sólo es permitido atacar la prueba del hecho en que el juez apoya la deducción, bien porque en realidad la prueba no dé cuenta de tal hecho, o porque éste sea tan indiferente con la cuestión debatida que carezca de toda virtualidad indiciaria. Pero si el hecho existe, y de su reunión con otros igualmente acreditados, surgen espontáneamente presunciones de mayor o menor grado, la medida del grado que necesitará el Tribunal para convencerse, escapa al control de esta Sala.

"Esta ha sido la jurisprudencia constante de la Corte; y así, entre un abundante acopio de doctrina al respecto, merece destacarse por lo explícita, la contenida en casación de 1º de diciembre de 1938, publicada en la Gaceta Judicial, Tomo XLVII, Nº 1943:

"El juez es soberano en el justiprecio de la fuerza de convicción que corresponde a los indicios, porque la ley ha dejado a su juicio calificar sus caracteres de gravedad y precisión, según las relaciones y conexiones entre los hechos que los constituyen y los que se trata de averiguar. A la inferencia lógica deducida judicialmente de un hecho, al cálculo de probabilidad fundado en él, no se puede oponer, en ataque de pruebas, otra inferencia distinta, otra interpretación del hecho.

Los cargos contra la prueba indiciaria son conducentes y eficaces solamente si se enderezan contra la existencia misma del hecho en que es general el indicio, o su descalificación, por ejemplo, por falta de conexión lógica con el hecho que se quiere demostrar".

"Bien es cierto que el ataque en casación está técnicamente dirigido, no propiamente a desconocer los hechos en que el Tribunal se apoya, sino a restarles significación indiciaria. Mas tal empeño choca contra las sugerencias inevitables que emanan de los acontecimientos apuntados por el Tribunal: súbita desintegración del avión volando, reparaciones constantes de la máquina en el curso de dos meses e interrupción de un viaje en el mismo avión por daños pocos días antes del accidente. Sugerencias que inclinan a pensar que el avión se precipitó a tierra debido a su mal estado. A la Sala le basta la justificación de que los tres hechos existen y son susceptibles en generar sendas presunciones sobre el mal estado de la máquina, para no encontrar configurado ninguno de los errores de hecho y de derecho denunciados por el recurrente".

De lo dicho se desprende que el primer cargo que se examina no prospera.

Cargo segundo — Enuncia el cargo el recurrente así:

"La sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla es violatoria, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea, de los artículos 1494, 1602, 1506 y 1013 (no dice a qué Código pertenecen estos artículos, pero del contexto del cargo se vé que son del Código Civil), con lo cual se incurrió en la causal de casación comprendido en el ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial", y el fundamento del cargo lo hace consistir en lo siguiente:

"Dicha sentencia ha fallado el presente caso considerando la responsabilidad de la compañía transportadora como una responsabilidad contractual", transcribe algunos apartes de la sentencia, y agrega: "De manera pues que el pro-

blema ha sido definido por el Tribunal como un caso de responsabilidad civil contractual, no como un caso de culpa civil extracontractual o aquiliana.

"Pues bien: 1º el incumplimiento de la garantía de la vida de una persona no le causa perjuicio a ésta, ni por lo tanto a sus herederos, obrando en su calidad de continuadores de la persona del **de cujus,** cuando muere en el acto mismo que se considera violatorio del contrato, y al condenar el Tribunal a favor de una persona que no existe, violó el artículo 1494 del C. C.; que exige que las obligaciones tanto contractuales como extracontractuales sólo sean valederas a favor de personas existentes, y el artículo 1602 del C. C. que establece que las obligaciones contractuales son una ley para las partes, y no para con terceros; y

"2º Aunque hubiera lugar a una indemnización de origen contractual, ésta, como toda parte del patrimonio del **de cujus,** no puede reclamarse sino por la sucesión o por el correspondiente adjudicatario de dicho derecho, y si se le da a una persona distinta, tal acción, como en el presente caso se ha dado, se viola el artículo 1507 del C. C., en armonía con el 1602 del mismo, que no permite obligaciones para con terceros sino en el caso de estipulación en favor de terceros y esto cuando éstos han aceptado dicha estipulación, y el artículo 1013 del C. C. que determina que el solo hecho de la muerte produce la delación de la herencia", y resume el cargo en el siguiente aparte:

"El Tribunal, pues, ha hecho valer una responsabilidad contractual emanada del contrato de transporte, para con un viajero ya inexistente. Al hacer esto ha violado el artículo 1494 del Código Civil, según el cual sólo una persona existente puede ser sujeto de derecho. El Tribunal le ha dado acción a los parientes (no digo a los herederos, porque en el presente caso no han actuado los demandantes a nombre de la sucesión ni en su calidad de asignatarios) de un titular de un contrato de transporte, con lo cual se le ha dado validez a la estipulación en favor de terceros sin que haya mediado la aceptación de éstos, contrariando el artículo 1602 del Código Civil, que limita la obligatoriedad de los contratos a las partes contratantes, y el artículo 1506 del mismo Código, que determina que la estipulación a favor de terceros no viene a consolidarse sino mediante la aceptación de estos terceros. Mientras tanto es una simple expectativa eminentemente revocable, que desaparece con la muerte del estipulante. Así mismo al darle la acción del contrato a los parientes, sin que actúen en nombre de la sucesión o como adjudicatarios de un derecho, se ha violado el artículo 1013 del Código Civil, que le confiere a los herederos, a la sucesión como tal, los derechos que pueda tener el causante, desde el momento mismo de la muerte de éste, a virtud de la delación de la asignación que entonces, por ministerio de la ley, se produce.

"El fallo del Tribunal, con base en una responsabilidad contractual, ha violado las normas de carácter sustantivo antes indicadas. Para que esa violación no subsista, es necesario que se case la sentencia en el sentido de que no hay responsabilidad contractual deducible por el Tribunal Superior.

"Ni se diga que aceptada la casación debe reformarse la sentencia en el sentido de condenar por responsabilidad civil extracontractual, atendiendo una petición subsidiaria de la demanda. Porque esto implicaría precisamente contradecir una clara doctrina de esa honorable Corte que considera incompatibles dichas peticiones".

El motivo fundamental del cargo, según aparece de lo transcrito, consiste en que el Tribunal consideró que la empresa demandada debe responder por violación de un contrato de transporte, es decir, estima el Tribunal que existe una responsabilidad contractual; el recurrente afirma que la acción proveniente de tal responsabilidad contractual no pasa a los demandantes en el presente caso; y que tampoco puede condenarse por responsabilidad extracontractual, porque la parte actora ejercitó la acción proveniente de la violación del contrato, y que al proceder así no puede condenarse por responsabilidad extracontractual, subsidiariamente, pues éstas dos acciones son incompatibles.

El cargo viene formulado por infracción directa, o aplicación indebida o interpretación indebida o interpretación errónea de los artículos 1494, 1602, 1506 y 1013 del Código Civil.

Se considera:

El Tribunal consideró que la responsabilidad de la empresa demandada es contractual, es decir, emana del incumplimiento de un contrato y en este orden de ideas aplicó las disposiciones legales pertinentes y la jurisprudencia de la Corte. No tuvo en cuenta los artículos del Código Civil citados como violados por el recurrente, pr la razón sencilla de que dichos artículos no sirvieron para fundamentar el aspecto jurídico de la cuestión, por no aplicables; entonces no po-

día violarlos la sentencia y mucho menos en el concepto de infracción directa, o aplicación indebida o interpretación indebida o interpretación errónea.

Ya se dijo que la responsabilidad que incumbe a la empresa demandada en el presente caso, se origina de la violación de un contrato de transporte, por el hecho de haber incumplido la obligación que asumió de transportar sano y salvo el pasajero al lugar de su destino; no se trata de reclamar por la violación del deber legal de no causar daño a las personas, vale decir, que la responsabilidad de que se trata es contractual y no aquiliana.

La parte actora sitúa el juicio en este campo, según se desprende del contexto de la demanda. La señora Aguirre de Raad y los menores Raad Aguirre invocan su carácter de causahabientes de Juan Raad Raad, y acreditan tal carácter con los documentos que obran en el expediente, todo lo cual fue hallado a satisfacción por el Tribunal, que consideró que pedían en su calidad de tales.

La sentencia de la Corte de fecha 27 de septiembre de 1955, aclara suficientemente este punto, en los siguientes pasajes:

"Un mismo hecho puede proyectarse, en un primer plano, sobre las relaciones contractuales existentes entre el autor y la víctima, por significar incumplimiento de obligaciones, y en un segundo plano, sobre quienes, sin vínculo contractual con el autor, golpea ese hecho irrogándoles perjuicio. Por esto, un mismo acto puede generar acciones tanto en el campo de la responsabilidad contractual como en el de la responsabilidad extracontractual o aquiliana. (H. y L. Mazeaud, 'Traité Theorique et Practique delictuel et contractuelle de la responsabilité civil', 3 ed. Tomo 1º Nº 141; René Sabatier, Traité de responsabilité civil en Droit Francais', 2 ed. Tom. 1º Nº 140 y 142...

"Es obvio que la acción nacida del contrato, no puede ser ejercida sino por los contratantes o sus causahabientes; los demás perjudicados pueden, en cambio, por la acción originada en este mismo hecho, mirado, no a través de un vínculo convencional, que no toca con ellos, sino de una relación ocasional ilícita.

"Como los causahabientes pueden haber sufrido daño directo, tienen acción personal autónoma, para demandar por él, de manera que puede ocurrir que tengan las dos acciones. Según doctrina que ha venido abriéndose paso en un agitado y aún no clausurado debate, el sucesor universal del pasajero muerto en accidente, puede elegir entre la acción nacida del contrato, por la culpa contractual (acción heredada) y la originada del mismo hecho, visto aisladamente, sin conexión con el contrato, como simple culpa delictual, acción no heredada.

"Este derecho de opción beneficia notoriamente al causahabiente, porque le permite escoger la acción, que le sea más útil, con base en las diferencias entre una y otra. La jurisprudencia nacional autoriza al heredero para ejercer una u otra acción, según sus conveniencias y posibilidades legales, pero no para hacerse indemnizar doblemente, acumulándolas (V. sentencias de julio 31 de 1940...

"Es punto admitido por la Corte el de la transsibilidad de la acción de perjuicios por incumplimiento por parte del conductor, del contrato de transporte, aún en caso de fallecimiento instantáneo del pasajero, de acuerdo con las normas generales que gobiernan la transmisión del patrimonio por causa de muerte, y la particular del artículo 2077 del C. C., según el cual la muerte del acarreador o del pasajero no pone fin al contrato y las respectivas obligaciones pasan a los herederos de los mismos".

En sentencia de casación de 26 de agosto de 1946, Gaceta Judicial, Tomo LVI, pág. 78, la Corte estudió con detenimiento el punto relativo a la transmisibilidad de los derechos y de las obligaciones en el caso del transporte, y dijo en esa sentencia:

"La analogía en las consecuencias civiles de un siniestro, traducidas en la indemnización de perjuicios, no puede asimilar ni menos identificar las dos fuentes que dan lugar a la responsabilidad civil, es decir, a la fuente contractual y a la extracontractual.

"En la primera se parte de una relación jurídica preexistente que rota o incumplida por una de las partes, la coloca en una posición de responsabilidad civil por la infracción de la ley del contrato. En la segunda, no pudiendo haber, como es obvio, una relación preexistente, es solamente el acto culposo, la negligencia, el descuido, sea de la persona a quien se imputa, sea de las que están bajo su dependencia en los casos de la ley, sea el hecho producido por los animales o las cosas que están bajo el cuidado del hombre, lo que genera la culpa que se traduce en una responsabilidad civil.

"Quien contrata hace ingresar a su patrimonio todos los derechos y acciones que nacen del pacto, así como también está expuesto a ver disminuído su patrimonio por la violación del contrato, cuando ésta se traduce en indemnización

de perjuicios. Esos derechos y acciones entran en su patrimonio y por lo tanto son transmisibles, de la misma manera que las obligaciones del contratante pesan sobre sus sucesores, ya sean éstos a título universal, ya a título particular, según los casos, como por herencia en el primero (artículo 1115 del Código Civil), como por cesión de los derechos emanados de un contrato en el segundo.

"Cuando se presenta un siniestro sin que entre la víctima y el agente mediara ningún vínculo jurídico, nace desde ese momento la obligación de indemnizar perjuicios, pero esa indemnización no se refiere ni se relaciona con derechos patrimoniales de la víctima, puesto que un accidente por sí solo no tiene ese carácter. Entonces la indemnización, partiendo de la base de que la víctima murió en el accidente, no puede tener el carácter de compensatoria, respecto del patrimonio de aquella, sino de indemnizatoria respecto de los parientes y allegados de la víctima, que con la muerte de ésta sufren un perjuicio. Por eso en estos casos la acción sobre indemnización, la ejercitan en nombre propio esas personas.

"Pero cuando la relación jurídica es la preexistente, los herederos de la víctima quedan colocados en al posición de ésta, respecto de los derechos y obligaciones emanados del pacto, por la razón ya expresada o sea que al celebrarse un contrato entran al patrimonio de los contratantes los derechos y acciones que emanan de aquél, derechos patrimoniales que se radican en la cabeza de éstos y que son transmisibles a sus sucesores. Entonces la acción pertinente de los herederos, en caso de siniestro, es la emanada del contrato que celebró su causante, y como las acciones derivadas de aquél, del contrato, habían entrado al patrimonio de éste, del causante, desde que se celebró el contrato, los demandantes demandan como herederos y para la sucesión de la víctima.

"Y lo anterior es por activa y por pasiva, porque si en un contrato de transporte, v. gr. fallece el pasajero a consecuencia de la mala calidad del vehículo los herederos de aquél tienen acción para reclamar perjuicios contra el transportador por incumplimiento del contrato, como éste tendría derecho a reclamarlos contra los herederos de un pasajero que causara daños al vehículo o que de otra manera incumpliera el contrato...

"Si es cierto que el artículo 9º de la Ley 57 de 1887 enseña que la existencia de la persona termina con la muerte, ello no significa que éste sea uno de los modos de extinguir los derechos y obligaciones de quien fallece. Imposible sostener semejante tesis: todo lo contrario, la personalidad del difunto, del que fue, porque esa es la acepción filológica de dicho vocablo, trasciende en los derechos y obligaciones tranmisibles de aquel a sus sucesores".

No se trata, pues de una estipulación del pasajero Juan Raad en favor de terceros, ni que los continuadores de la persona del difunto hayan debido aceptar esa supuesta estipulación hecha en su favor. Nó. Se trata simplemente de la transmisibilidad de las acciones que adquirió el contratante Raad Raad al celebrar el contrato, de transporte, en favor de sus herederos, y que se derivan de incumplimiento del contrato por parte de la empresa demandada.

El Tribunal dedujo, acertadamente, la responsabilidad contractual del transportador demandado; encontró debidamente acreditados los vínculos conyugales y consanguíneos existentes entre los demandantes y la víctima del accidente, y concluyó, lógicamente condenando a la parte demandada al pago de los perjuicios respectivos.

Es suficiente lo anterior para rechazar el segundo cargo.

La demanda de casación de la parte actora recurrente.

Se expresa el recurrente así: ,

"Mis representados han recurrido en casación contra ese fallo solamente en cuanto remite a las partes al procedimiento del artículo 553 del Código Judicial para fijar el monto de los perjuicios materiales causados con el siniestro, pues estiman que en el expediente existe plena prueba y completa que permite fijarlos en concreto desde ahora. Solo en este punto han considerado que les es desfavorable la sentencia... "Invoco contra esa parte del fallo recurrido la causal primera del artículo 520 del Código Judicial" y después de hacer la crítica de la sentencia y de exponer sus puntos de vista para rebatir lo resuelto por el Tribunal, concreta el cargo así:

"En fuerza, pues, de dichas consideraciones, acuso la sentencia del Tribunal de Barranquilla, en la parte que es objeto de este recurso, como violatoria, a consecuencia de los errores de hecho manifiestos y de derecho que he puntualizado, de los artículos 593, 597, 632, 665, 697, 721, 722, 723 y 1759 del Código Civil; primera parte del 480 en armonía con el 481 del Código Judicial, por haberlos dejado de aplicar a consecuencia de esos errores; 346, 347 del Código Civil y 19 de la ley 92 de 1938, por aplicación indebida; 2072,

2073 del Código Civil y 258, 306 y 308 del Código de Comercio, por no haberles hecho surtir la plenitud de sus efectos al abstenerse de condenar en concreto por virtud de los mencionados errores; y, en subsidio de estas cinco disposiciones acabadas de citar, los artículos 2341, 2347, 2349 y 2356 del Código Civil, por no haberles hecho surtir la plenitud de sus efectos al abstenerse de condenar en concreto por virtud de esos mismos errores".

EXAMEN DEL CARGO

La sentencia del Tribunal, dice en lo pertinente:

"Halló también la Sala satisfactoriamente establecidas las vinculaciones consanguíneas y conyugales existentes entre los demandantes y la víctima del accidente en que se apoya el derecho para demandar el cumplimiento de la obligación de indemnizar los perjuicios de todo orden causados por el hecho culposo que ocasionó la inejecución del contrato de transprte celebrado entre el señor Raad y la sociedad de que es continuadora 'Aerovías Nacionales de Colombia

"Para avaluar esos perjuicios, se acudió a la prueba pericial con el resultado que se conoce, contenido en el dictamen que se insertó en esta sentencia. Ahora bien, teniendo en cuenta que según múltiple y reiterada jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, la prueba pericial no obliga sino mediante la valoración jurídica del juzgador, 'que es a quien corresponde, en últimas, determinar el valor probatorio del peritazgo', principio en que se informa el moderno derecho probatorio que aspira a dar la mayor amplitud posible al convencimiento o persuasión racional del juez en el proceso de avaluación probatoria de los litigios judiciales, alejándolo cada vez más de normas invariables que encadenan su criterio y deformando su misión esencial de impartir justicia', se procederá a continuación —así sea muy suscintamente— a hacer algunas consideraciones sobre las razones en que fundan su dictamen los peritos y las pruebas que figuran en el expediente, tenidas en consideración en el dictamen que se considera.

"Cuando se trata de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica —dice el artículo 721 del Código de Procedimiento Civil— el dictamen uniforme de dos peritos hace plena prueba si es explicado y debidamente fundamentado. No basta, pues, para obligar al juez, la uniformidad de la tasación pericial. Se requiere, además, que el dictamen esté explicado y debidamente fundamentado.

"En el caso de estudio, los peritos doctor Jaime Angulo Bossa y Rafael Durán Camargo explicaron ampliamente su dictamen. Pero, a juicio de esta Sala, no está fundado debidamente".

Analiza, en seguida la sentencia el dictamen de los peritos y hace el estudio de las pruebas que obran en el expediente, en especial en lo referente a la determinación de la edad del señor Juan Raad; a la fijación de la cuantía y forma de la ayuda pecuniaria que éste daba a su esposa y a sus hijos; a la capacidad económica de la señora de Raad, y a la renta futura de la víctima del siniestro, para concluír:

"Por tales motivos, la Sala no habrá de aprobar el trabajo ejecutado por los peritos y dispondrá que la estimación de los perjuicios tanto materiales como morales objetivados sufridos por los demandantes se haga conforme al artículo 553 del C. J.".

En tres puntos básicos apoya el Tribunal su determinación para no aceptar el dictamen de los peritos y para ordenar, en consecuencia, que los perjuicios materiales y los morales objetivados se fijen de acuerdo con el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial, a saber:

No estar demostrada la edad exacta de Juan Raad Raad el día del accidente en que perdió la vida;

No estar determinada en el dictamen pericial la estimación de la cuantía de los perjuicios materiales sufridos por los demandantes por causa del accidente, pues en el expediente no obra ninguna prueba "que permita conocer la cuantía y forma de la ayuda pecuniaria que le daba la víctima a su esposa e hijos ni sobre la capacidad económica de la señora Raad"; y,

No estar debidamente fundamentada la estimación que hacen los peritos en cuanto a la renta futura del señor Raad "en una cantidad equivalente y aún mayor a la que según ellos obtenía al tiempo de su muerte".

El recurrente alega en su demanda que sí está determinada la edad del señor Raad, por cuanto existen varios indicios de los que puede deducirse el año del nacimiento del citado señor, y porque la cédula de extranjería del mismo debe tomarse como prueba de su edad "porque este pleito no versa sobre el estado civil de las personas y que de consiguiente la edad que la víctima tenía el día del accidente es un hecho material susceptible de ser demostrado con cualquier me-

dio probatorio, cualesquiera que fuesen sus repercusiones económicas".

Esto es cierto y lo acepta el Tribunal cuando dice:

"b) Porque si bien es cierto que la determinación de la edad del señor Raad al tiempo de morir no constituye un elemento fundamental para conocer y precisar su capacidad civil o para conocer o precisar si puede ejercer ciertos actos propios de su estado civil - de donde se desprende que en caso de autos en estricto rigor jurídico se podría establecer la edad del señor Raad no solo con las pruebas pertinentes del estado civil sino aún con otras que lo son para demostrar la existencia de un hecho de su naturaleza susceptible de demostración por otros medios, por caer bajo el dominio de los sentidos, como lo tiene dicho la H. Corte de casación de 29 de octubre de 1940, G. J. Nº 1964, no es menos evidente que en este caso particular la determinación de su edad tiene tan vasto alcance e importante repercusión de orden canónico, pues que de este factor depende el **quantum** de la indemnización, que bien valdría la pena diferir la resolución del punto tan importante al incidente previsto en el artículo 553 del Código de Procedimiento Civil, para actuar sobre bases firmes y precisas".

El Tribunal, pues, no descarta el que pueda probarse la edad de Juan Raad el día del accidente, por otros medios de pruebas distintos de los que demuestran el estado civil; pero aún esos otros medios de prueba no los encontró suficientes el sentenciador y por lo mismo no aceptó como debidamente fundamentado el dictamen pericial en ese punto fundamental para la fijación de los perjuicios materiales sufridos por la víctima del accidente.

Pero es que, además de lo anterior, quedarían en pie los otros dos fundamentos enunciados atrás, o sea que no es aceptable el dictamen pericial en cuanto a la determinación precisa de la cuantía de la ayuda económica que prestara la víctima a su esposa y a sus hijos y que no es aceptable el modo como determinan los peritos el aumento de la renta futura del señor Raad.

Si desechó el sentenciador el concepto de los peritos porque no lo encontró debidamente fundado, y esta apreciación no pugna con la realidad de los hechos, ese concepto del Tribunal es intocable en casación porque "El mérito del dictamen pericial en conformidad con las normas legales que organizan la tarifa de pruebas, está casi por entero al prudente arbitrio del juzgador en la instancia, puesto que aún en el caso de avalúos o de regulaciones en cifra numérica, en que su fuerza es más concluyente que en las otras hipótesis a que es aplicable la peritación, sucede sin embargo que el poder discrecional del juez aparece cuando se trata de saber si el dictamen está debidamente fundamentado para alcanzar el valor de la plena prueba. Es porque la misión de los peritos no consiste en decidir como jueces, sino en servir de auxiliares a la justicia, mediante el aporte de elementos de juicio encaminados a formar la convicción del sentenciador, junto con los demás probanzas allegadas al proceso... No es bastante para desconocer ese arbitrio judicial la posibilidad de ensayar otras soluciones razonables sobre el problema planteado, desde luego que dentro del recurso extraordinario de casación no hay margen para sustituír los poderes discrecionales del juzgador en la instancia con otros ningunos. Y cuando por la ley se defiere el valor de un medio de prueba al prudente criterio del sentenciador, no puede predicarse la existencia de error de derecho, bien sea que el juez le atribuya algún mérito para formar su convicción o que, dado el caso, se lo niegue por completo". (Sentencia de casación de 1º de diciembre de 1954. Gaceta Judicial Nº 2149, pág. 184).

No descuidó el Tribunal la consideración de las pruebas traídas al proceso para determinar la actividad comercial del señor Raad, las ganancias que obtenía en su negocio, pero no las encontró suficientes para determinar aquellos factores que son indispensables para fijar en concreto el valor de una indemnización en dinero. No se advierte ningún error evidente en la estimación del Tribunal y por eso su juicio, al respecto, debe ser respetado por la Corte.

No está fuera de lugar advertir que si es cierto que la jurisprudencia es rigurosa en cuanto que obliga a las empresas de transportes aéreos a demostrar satisfactoriamente su ausencia de culpa en los accidentes aéreos, para eximirlas a responsabilidad, y esto como garantía para los pasajeros, también es verdad, que en guarda de los intereses de esas mismas empresas, debe el juez ser riguroso en cuanto a la apreciación de los medios de pruebas allegados para fijar en dinero el valor de las indemnizaciones debidas. Por este motivo es perfectamente aceptable el criterio de que las partes debatan el valor de las indemnizaciones mediante el trámite del artículo 553 del Código Judicial.

"Aunque el procedimiento del artículo 553 del C. J. no constituye un juicio distinto, no es menos cierto que la ejecución del fallo bajo este sis-

tema adquiere individualidad propia y es, además, posterior a la cuestión de fondo ya decidida. Dentro del incidente las partes pueden solicitar la apertura a pruebas y adoptar los medios que consideren convenientes para la mejor defensa de sus derechos". (Sala de Negocios Generales, auto de 28 de agosto de 1946. LX, página 839).

Por las razones anteriores, se rechaza el único cargo de la parte actora recurrente.

No sobra agregar, antes de terminar este fallo, y para que conste una vez más, hacer mención de la doctrina de la Corte en la diferencia que existe en cuanto a los perjuicios, cuando se ejercita la acción contractual o cuando se alega la extracontractual. Esta distinción es de grande importancia para evitar que puedan involucrarse en la estimación de los perjuicios por responsabilidad derivada del incumplimiento del contrato, factores que sólo tienen aplicación en tratándose de responsabilidad extracontractual.

La Corte en la sentencia de 27 de septiembre de 1955, de que se hizo mérito atrás, se expresa así:

"Siendo transmisible, la acción de perjuicios nacida del contrato, por una parte, y teniendo el causahabiente la facultad de elegir entre dicha acción y la acción personal, por otra, el heredero está en la imposibilidad de demandar los perjuicios correspondientes a una o a otra acción, esto es, perjuicios distintos por su entidad jurídica específica. Distintos por el **origen** de los mismos, ya que en un caso nacen de la culpa contractual, y en el otro, del hecho ilícito; por la causa que los produce, que en el primer caso es la inejecución de la prestación convencional determinada, al paso que en el segundo es la inobservancia de una regla genérica de buen obrar; por el **objeto** que persigue su reconocimiento: restablecer, en un caso, el equilibrio entre los intereses preconstituídos, concretos y cabales vinculados al contrato, y en el otro, reparar el quebranto causado al interés personal, solitario y autónomo de la víctima; por el **sujeto** que puede exigirlos, que en aquél es el contratante agraviado por el incumplimiento de la obligación estipulada, y en éste, cualesquiera personas afectadas por la conducta del autor; por la **prueba del hecho** que la genera, que en la responsabilidad contractual se logra con la prueba del contrato, en tanto que en la aquiliana se ha de demostrar, presuntiva o directamente; por la **extensión** de los mismos perjuicios, pues en un caso no comprenden sino los previsibles, salvo la mala fe del infractor, en tanto que en el otro comprenden tanto los previsibles como los imprevisibles; por el **patrimonio** que afectan, que es el de la víctima inicial, por sí o representada por sus sucesores, en la responsabilidad contractual, o el propio y exclusivo de los damnificados, en la aquiliana; por **peculiaridades** tales como la compensación de culpas, que en la responsabilidad extracontractual pueden reducir o anular la pretensión de reparación, mientras que en la contractual no actúa; como los lapsos de la prescripción extintiva, muy diferentes, en uno y otro caso, etc. etc.

"Estas diferencias y otras más, especifican e individualizan los perjuicios, de manera que no puede haber confusión y menos aún identidad entre una y otra especie".

Se alude a esta doctrina, ampliamente expuesta en el fallo citado (**Gaceta Judicial** Nº 2157-58, pág. 177, 2ª), porque la sentencia parece haber confundido las dos especies de responsabilidad, ya que la parte expositiva se desarrolla en el campo de la contractual y la resolutiva parece referirse a la extracontractual, si bien interpretada esta última por aquélla, no hay duda que la condena se refiere a la responsabilidad contractual.

Lo cual se observa por cuanto, como se dijo atrás, los factores de cómputo para la indemnización varían según se trate de una u otra de esas dos responsabilidades.

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 Barranquilla, dictada en el juicio ordinario de Mercedes Aguirre de Raad y otros contra "Aerovías Nacionales de Colombia -Avianca", con fecha veinte de abril de mil novecientos cincuenta y cuatro.

Sin costas en el recurso por haberlo interpuesto ambas partes.

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

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

ACCION DE FILIACION NATURAL DIRIGIDA CONTRA LOS HEREDEROS DEL PRESUNTO PADRE

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

(Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse)

Se define el recurso de casación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali el veinticinco (25) de marzo de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954).

Antecedentes

La señora Remedios Arango, debidamente apersonada en su calidad de madre natural de los menores Ligia, Mary o Sonia, Angel María o Fabio y María del Carmen o Carmenza Arango demandó en juicio ordinario a los Sres. Efraín, Martiniano, Apolinar y Cipriano Barona Muñoz y a doña Cecilia Barona Muñoz vda. de Isaac, a quienes señaló como legítimos contradictores en su carácter de herederos y representantes del presunto padre natural Martiniano Barona Rojas y a doña María viuda de Barona, ésta en su calidad de cónyuge sobreviviente, para que con su citación se declarara principalmente que los anotados menores son hijos naturales de don Martiniano Barona Rojas y que, en consecuencia, tienen derecho a participar en la cuota que legalmente les corresponde en la sucesión de éste.

Seguido el procedimiento de rigor, el negocio fue rematado por sentencia de primera instancia en que se declaró:

"**Primera.** — La paternidad natural reclamada por los demandantes Mary o Sonia, María del Carmen o Carmenza y Angel María o Fabio Arango y se ordena la adición en las partidas respectivas en tal sentido por el funcionario competente. — **Segunda.** Se les declare igualmente herederos del extinto señor Barona Rojas, en el carácter expresado, y con derecho a la herencia de éste, en la porción que les asigna la ley (artículo 18, Ley 45 de 1936). — **Tercera.** Se les reconoce un derecho y una acción real correspondiente a su legítima sobre todos y cada uno de los bienes que integraban el patrimonio herencial del causante señor Barona Rojas a la fecha de su fallecimiento. — **Cuarto.** Se ordena adjudicar a dichos menores la herencia que les sea propia por su carácter de herederos del causante nombrado en la proporción correspondiente a su respectiva legítima. — **Quinto.** Se condena en costas a los demandados".

Apelado este fallo, el Tribunal pronunció la sentencia objeto de la casación y por medio de la cual reformó la sentencia del Juez **a quo** en el sentido de suprimir las declaraciones marcadas con los números 2º, 3º y 4º; confirmándolo en lo demás. En la parte motiva se expresó lo que sigue: "de modo que las declaraciones marcadas en la sentencia con los números 2º, 3º y 4º, las encuentra la Sala fuera del lugar por ser propias para ser reconocidas, sin necesidad de declaración judicial expresa en el respectivo juicio mortuorio, y por tal razón habrá de suprimirlas en este fallo...".

No habiendo formulado el actor recurrente la demanda respectiva, guardando silencio, la Corte declaró desierto el recurso interpuesto por él. La parte demandada formuló la demanda de casación que se entra a estudiar.

La demanda

Luego de hacer el señor apoderado una síntesis del proceso formula dos cargos contra la sentencia. El primero lo presenta así: "La sentencia acusada al declarar la paternidad natural a favor de los demandantes violó por infracción directa los artículos 403 y 404 del C. C. en relación con el 7º de la ley 45 de 1936, por cuanto que en el proceso sólo podría ser contradictor legítimo el presunto padre natural. De tal violación se desprende ilegitimidad de personería sustantiva de la parte opositora. Debe por tanto absolverse a los demandados por carecer de capacidad jurídica para ser parte en el juicio".

En apoyo del cargo el recurrente hace una in-

teresante exposición doctrinaria que sintetiza las que en múltiples ocasiones se han expuesto para sostener al tesis de que muerto el presunto padre natural, queda extinguida toda posibilidad para iniciar la acción de declaratoria judicial de la paternidad natural. Desde la sentencia fechada el 1º de octubre de 1945 hasta hoy, la Corte rechazó esa interpretación legal y doctrinaria y de manera uniforme ha venido sosteniendo que muerto el presunto padre natural la acción puede enderezarse contra sus herederos, pero la sentencia que se pronuncie sólo tiene efectos relativos. No se encuentran razones que obliguen a la Corte a modificar su criterio, tanto más cuanto que los argumentos expuestos por el recurrente han sido analizados y desvirtuados en múltiples fallos de la Corte, que bastarían reproducir para rechazar el cargo, que, en consecuencia, no se admite.

Segundo cargo.—Se concreta así: "El Tribunal desechó la prueba testimonial aducida por el demandado por error de derecho, lo cual lo llevó a no apreciar en todo su mérito la prueba producida en el juicio, y esto lo condujo a violar la ley por error evidente de hecho".

La fundamentación del ataque puede sintetizarse en la siguiente frase del recurrente: "Mi parte en efecto demostró que los amigos íntimos de Barona no tuvieron noticia de relaciones sexuales estables y notorias entre Barona y la señora Arango".

Como el Tribunal no tuvo en cuenta esta prueba, incurrió en error de hecho y de derecho en la apreciación de las que le sirvieron de base a la sentencia.

La Corte considera:

El recurrente ni siquiera entra a analizar las probanzas allegadas al proceso por la parte actora; genéricamente se refiere a ellas para hacer la sustentación que se deja anotada. Pero esta probanza negativa a que alude el recurrente no podría demostrar el error "manifiesto" en que incurrió el fallador al apreciar una serie de declaraciones de carácter positivo con las cuales se acreditan las circunstancias que llevaron al Tribunal a hacer la declaración de paternidad. De que el señor Barona Rojas no les hubiera contado a sus amigos las relaciones sexuales extramatrimoniales en las cuales se procrearon los menores Ligia Mary, Angel María y María del Carmen Arango, no puede deducirse que tales relaciones no existieron y que son falsas las pruebas que las demuestran.

En innúmeras jurisprudencias ha dicho la Corte en qué consiste el error de hecho y el de derecho en la apreciación de las pruebas y cómo sólo a virtud de su perfecta demostración es posible que el cargo basado en ellos pueda prosperar en casación. El diverso criterio que se tenga sobre el mérito probatorio de un medio de prueba no genera el error a que se refiere el inciso 2º del numeral 1º del artículo 520 del C. J.

El recurrente en este cargo invoca como violado el artículo 234 del C. J., cuando dice: "Deben, en efecto, considerarse estos testimonios (los de los amigos, anota la Corte), juntos en su relación con los de los demandantes. Ello daría por resultado por lo menos, la duda en cuanto a los hechos básicos de la sentencia, duda que habrá de resolverse por mandato de la ley, en favor de mi parte, imponiéndose así, por tal extremo, la absolución de los demandados".

El párrafo anterior, que hubiera campeado en un alegato de instancia, está demostrando la falta de fundamentación del cargo, pues la duda en cuanto a la realidad de los hechos que se dan por demostrados no sirve para llegar en casación a la infirmación de una sentencia, pues, vuelve a insistirse, el error que no es la duda debe aparecer de manera manifiesta en los autos.

Tomando como base el recurrente la constancia de la partida de defunción de Barona Rojas en que se dice que este señor murió el 15 de septiembre de 1948 a la edad de setenta y cuatro años y comparando esta edad con la de los menores, deduce graciosamente, porque de ello no existe ninguna demostración, que a esos años Barona "no tenía fuerza genética alguna", y que por lo tanto, si el fallador hubiera tenido en cuenta esto, hubiera llegado a un fallo absolutorio.

Con argumentación de esta clase no puede casarse una sentencia.

Por último, dice el recurrente que el sentenciador violó el artículo 4º de la ley 45 de 1936 por cuanto que no se halla demostrada la posesión notoria del estado de hijos naturales que erró "al apreciar los diez años que ella debe tener por disposición legal".

El cargo sólo puede aceptarse en cuanto se refiere a la menor María del Carmen, cuyo nacimiento ocurrió en octubre de 1939; pero como respecto de esta menor también aparece acreditada la causal contenida en el numeral 4º de la precitada ley, no habría lugar a casar el fallo.

En relación con los otros menores, la prueba está demostrando que aún después de rotas las relaciones entre los padres naturales, Barona Rojas continuó prestándole a sus hijos la consideración y tratamiento a que se refirió el Tribunal.

No prospera el cargo.

Por lo 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 del Tribunal Superior de Cali de fecha veinticuatro (24) de marzo de mil novecientos cincuenta y cuatro.

No se causaron costas.

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

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



ACCION DE FILIACION NATURAL.—EN QUE CONSISTE EL ERROR DE HECHO MANIFIESTO EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS

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

(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 Buga en el juicio de Consolación Chaves de Racines contra Gregorio Venegas, sobre filiación natural.

Antecedentes

La demanda.—Consolación Chaves de Racines en demanda presentada al juzgado primero civil del circuito de Cartago el 16 de julio de 1946 contra Gregorio Venegas, pide que previos los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía se hagan las siguientes declaraciones:

"a) Que la señora Consolación Chaves v. de Racines es hija natural del señor Gregorio Venegas y de la señora Cristina Chaves, por haberse acreditado, de conformidad con las prescripciones legales la filiación natural en relación con los citados señores Vengas (sic) y Chaves. b) Que en virtud de la declaración anterior la señora Consolación Chaves V. tiene la condición civil de hija natural del señor Gregorio Venegas y que como tal tienes (sic) estas personas las obligaciones y derechos de que trata el título 17 del Libro 1º del Código Civil y las disposiciones del Libro 3º de la misma obra...", demanda que fue reformada oportunamente en los siguientes términos: "a) Que la señora Consolación Chaves V. de Racines, es hija natural del señor Gregorio Venegas, por haberse acreditado de conformidad con las prescripciones legales, la filiación natural en relación con el demandado. b) Que en virtud de la declaración anterior la señora Consolación Chaves V. de Racines, tiene condición civil de hija natural del señor Gregorio Venegas, y que como tales tienen recíprocamente las obligaciones y derechos de que trata el Título XVII del Libro 1º lel C. Civil y todos los derechos inherentes a las calidades expresadas".

Sentencia de instancia.—El juzgado en sentencia que, apelada por la demandante, fue confirmada por el tribunal, decidió: "....el Juzgado Primero Civil del Circuito... absuelve al demandado señor Gregorio Venegas.... de los cargos que se le formulan por la señora Consolación Chaves de Racines... en la demanda ordinaria de fecha 16 de julio de 1946 y en la reforma de la principal, presentada el 9 de agosto del mismo año de 1946... Condénase en costas del presente juicio a la demandante Consolación Chaves de Racines".

Motivos de la sentencia recurrida

En lo referente a las pruebas aducidas en el juicio.—"Corresponde tan sólo para resolver este negocio, estudiar detenidamente la prueba testimonial, único elemento de convicción con que se ha pretendido demostrar la paternidad natural del demandado con respecto a la señora Consolación Chaves V. de Racines" y agrega: "...Fuera de las declaraciones de Jorge Rodríguez y Esneda Moreno, quienes forman un grupo de testigos diferentes a los otros..., forman todos los otros deponentes nombrados dos clases o grupos diferentes de testigos por la clase de interrogatorios a que fueron sometidos. Y son tan semejantes entre sí los de cada uno de los grupos, que puede asegurar que conociendo la declaración de uno de cada grupo se conoce el dicho y las apreciaciones de los restantes. Emplean las mismas palabras, emplean el mismo orden en sus deposiciones y es asombroso, por lo menos, el cúmulo de detalles que dicen recordar no obstante haber transcurrido más de cuarenta y cinco años (45) entre la época en que dicen haber ocurrido los hechos de que dan cuenta y la fecha de sus declaraciones".

En seguida analiza el tribunal las declaraciones de los referidos testigos, así:

Mariana Santibáñez: "Esta declarante, como consta al final de su exposición no sabe siquiera firmar, es tan prolija y minuciosa en su declaración que por ello mismo se presta a fundadas dudas sobre su veracidad, máxime si se tiene en cuenta que depone sobre hechos que dice sucedieron cuarenta y cinco años atrás. Recordar hechos tan triviales respecto de personas extrañas, con tanta minuciosidad y precisión, después de haber transcurrido cuarenta y cinco años de sucedidos, es algo que la mente humana se resiste a aceptar, con cuanta mayor razón si se considera que la declarante es una anciana de 67 años de edad, para darse cuenta exacta de los numerosos detalles intrascendentes que se dejan mencionados, referentes ellos a personas extrañas y por ello sujetos a una mayor indiferencia que es propensa al fácil olvido, sólo puede aceptarse excepcionalmente si se acepta de antemano que la declarante desde que amanecía hasta que anochecía y viceversa, se hubiera convertido en la sombra inseparable del señor Venegas a través de numerosos años, como que da cuenta minuciosa —por percepción directa como así lo dice— de todos los actos que ejecutaba el demandado en la finca, en la calle, en la casa de Remigia Chaves, en la de Inocencia Bedoya y hasta en su propio hogar. Sabía de sus ahorros obtenidos en sus negocios, de sus conversaciones con su propia esposa y con sus amigos y conocidos y, lo que es más extraordinario aún, las charlas y comentarios de todo el vecindario. Pero no solamente se dio cuenta esta declarante, en todas las ocasiones de todos los movimientos de Venegas, hasta de los más insignificantes, sino que —caso extraordinario— todos y cada uno de esos actos los recuerda la testigo como sucedidos ayer no obstante haber transcurrido 45 años y de contar ya con 67 de existencia".

Clodomiro Vélez Soto: "Este declarante expone —a más de lo dicho por la anterior testigo que se deja comentada, sobre todos los puntos expresados y en el mismo orden— el hecho muy digno de tenerse en cuenta de que un día le dijo a él el señor Venegas, cuando ya Consolación Chaves era una señorita de 15 años de edad, cómo ésta le había dicho que "ahora sí se iba con él"; pero que le había contestado que "Ya no hija, no quisieron cuando yo quise, ya no". La diferencia, pues, entre este testigo y la declarante Santibáñez, sólo está en que el primero recuerda al pie de la letra hasta pequeñas frases dichas por el señor Venegas, treinta años atrás a la fecha de su deposición. Y estos detalles que pudieran pasar inadvertidos para todo el mundo dada su ninguna trascendencia, los recuerda a la perfección el señor Vélez Soto a los 81 años de edad, 30 años después de haberlos oído de labios de una persona para él extraña, sobre una también extraña, sobre un punto insignificante. Si esto es verídico, es también del caso reconocer que se trata de otro caso asombroso de privilegiada memoria. Pero su veracidad es dudosa si para reconocer esa memoria feliz sólo se dispone de su propia declaración como elemento que la compruebe y no de otros elementos que la demuestren".

Uladislao Rebellón: "También este declarante Rebellón menciona la frase a que se hizo referencia anteriormente respecto del testigo Vélez Soto; pero como ni éste ni el señor Rebellón afirman que tal frase ('ya no hija no quisieron cuando yo quería, ya no') la hubiera pronunciado el demandado Venegas estando juntos los testigos, y este hecho lo hubieran recordado ellos perfectamente bien dadas sus memorias extraordinarias, habrá que suponer que el señor Venegas andaba por las calles de Obando repitiendo la frase 'ya no hija, no quisieron cuando yo quería, ya no', en forma tal que se convirtió en hecho de tanta trascendencia y notoriedad, razón por la cual puede ella recordarse con tanta precisión treinta años después. Extraño parece que el señor Rebellón recuerde estos detalles de tanta intrascendencia, relativos a personas para él indiferentes, y no recuerde en cambio cosas más estrechamente relacionadas con él mismo como fue su 'entrada por la montaña' a raíz de esos acontecimientos de que da cuenta, como así lo afirma al responder al contrainterrogatorio a que fue sometido. No recordar este hecho relacionado con él mismo y de mucha más trascendencia y sí recordar que hacía 30 años o más le había dicho en su presencia Consolación Chaves a Gregorio Venegas 'papá', por una sola vez, es algo más que dudoso absurdo y desde todo punto de vista inaceptable".

Josefina Bedoya Chaves y Andrea Escobar: "Pero estas dos deponentes, en su afán de ser más minuciosas en cuanto a los detalles relativos a las relaciones carnales que achacan a Venegas y a la Chaves, llegan hasta afirmar que en presencia de ellas y de todo el personal de trabajadores de

la finca que explotaba el contradictor, realizaba éste con Cristina Chaves actos sexuales en una cama ancha de 'esterilla de guadua', destinada para que en ella durmieran muchas trabajadoras del fundo, empleadas o 'peonas' del nombrado Venegas. Oíganse las propias palabras de las deponentes sobre el particular. Josefina Bedoya dijo: 'Que en dicha finca y para las trabajadoras, en una de las piezas de la casa existía una cama de esterilla de guadua, grande, en donde todas las trabajadoras dormíamos, inclusive Cristina Chaves, y que ya cuando era hora de reposo, Gregorio Venegas se acercaba a dicha cama y se acostaba en asocio de la Chaves, con quien verificaba actos carnales, puede decirse en presencia de nosotras las trabajadoras, es decir no nos respetaba ni siquiera para este acto tan delicado e importante en la vida social y moral (la testigo es analfabeta), ya que yo era y soy una mujer sin mancha de ninguna clase'. Y Andrea Escobar corrobora: 'También ocurría esto: en un salón o pieza de la casa de la finca en donde había una cama de esterilla de guadua ancha y grande que servía para dormir buen número de trabajadoras allí nos acostábamos en las noches Pues ocurría que a la hora del reposo, sin respetar a las demás el patrón don Gregorio Venegas no tenía inconveniente en subir a esa camilla o cama a acostarse y tener contactos carnales, besuqueos y otras cosas feas con Cristina Chaves; él no tuvo inconveniente para hacer esas cosas con ella carnalmente la presencia de las otras señoras y muchachas que allí dormíamos'. La primera de estas declarantes tiene más de 70 y más de 68 la segunda. Testificaron en 1953 sobre hechos que dicen ocurrieron en 1900, es decir sobre acontecimientos insignificantes y de diaria ocurrencia en nuestro medio campesino, excepción hecha del último detalle referido, pues que tales ocurrencias son inaceptables mucho menos si —como afirman las deponentes— la madre de Cristina cuidaba mucho de la honra de sus hijas y —por otra parte— no se ha demostrado que el señor Venegas sea una persona amoral y depravada en sus costumbres, para llegar hasta el extremo de realizar actos de suyo ocultos, en presencia de numerosas personas, inclusive la propia madre y hermana menor de su presunta "barragana", como la llama el autor de la demanda en el mismo libelo. Esa aparente lucidez y precisión en los detalles de las declarantes, ancianas y analfabetas reconocidas, antes que elementos de convicción en favor de los hechos que pretenden demostrar, llevan al ánimo del juzgador la fundada creencia de que sus dichos son sospechosos. Las pequeñas diferencias respecto de algunos términos empleados por las declarantes, obedecen más que a ellas mismas a la acuciosidad del funcionario receptor".

Jorge Rodríguez: "Sostiene que en su presencia y la de su sobrina **Esneda Moreno** —quien trabajaba como sirvienta en una finca de propiedad del demandado denominada 'Los Abejones', en el Municipio de Obando— le manifestó algún día el mismo señor Venegas, respondiendo a una pregunta suya, que sólo tenía una hija natural de nombre Consolación Chaves, habida hacía muchos años en Cristina Chaves. Pero a más de que no se ve ninguna razón valedera para que Venegas hiciera esta clase de confidencias a persona extraña con quien no tenía ninguna amistad, es la ,misma **Esneda Moreno,** su sobrina, quien se encarga de desmentir a su tío, como así puede verse en su declaración de folios 86 vto. del cuaderno número 4, en donde —entre otras cosas —dijo: 'Es verdad don Gregorio Venegas mientras estube (sic) en su hacienda me propuso amores y me hizo propuesta de matrimonio en varias ocasiones. Al punto e) Es verdad ante las preguntas que me hacía el señor Venegas, yo le pregunté qué familia tenía, si era casado o no y me dijo que él era viudo, que no tenía familia, al decirle yo que el día que muriera a quién le dejaría lo que tenía y me manifestó que le quedaría al Municipio, ya que él no tenía familia, que decían que tenía una hija natural, pero que él no sabía que verdad fuera, pues que ni siquiera la conocía y no llegó a mencionar nombre alguno relacionado a tal hija, como tampoco me llegó a hacer mención si la que decían era hija de él estuviera o no casada, pues ni siquiera nombró el nombre de ella'. Afirma además, el declarante Rodríguez que Gregorio Venegas también le manifestó que Juana Barrera era la mamá de Cristina Chaves, cuando se sabe que tal cosa no es verdad, pues la señora Barrera fue la primera con quien contrajo matrimonio el mentado Venegas en el año de 1901, como así consta de la partida de matrimonio que obra en el expediente (fl. 1 del c. número 3). La madre de Cristina Chaves, como antes se dijo, fue Remigia Chaves según la correspondiente partida de bautizo (fs. 37 c. número 4). A más, pues, de que este declarante depone sobre hechos que no corresponden a la verdad demostrada en autos, su dicho está

infirmado por su propia sobrina citada por él, persona ésta que por razón de su oficio debía estar mejor informada sobre los hechos mismos sobre los cuales declara".

Inocencia Bedoya: "También pariente de la actora y una de las personas que crió a ésta, se pueden hacer las mismas críticas hechas al testimonio de su hermana Josefina Bedoya Chaves, con el agravante de que su testimonio es aún más sospechoso por la natural vinculación personal que une a las dos personas cuando una de ellas es criada por la otra desde su más tierna infancia. Esta declarante tenía en la fecha de su primera declaración 76 años de edad, según su propia afirmación, por lo cual constituye —como los anteriores testigos— otro caso de extraordinaria memoria para recordar nimios detalles sobre hechos ocurridos cincuenta y cuatro años atrás".

Jorge Medina: "Testigo de 81 años de edad como él lo manifiesta, más que de hechos por él percibidos, depone sobre rumores oídos de los familiares de Consolación Chaves y de otras gentes que ni siquiera nombra...".

Jerónimo Cuestas: "quien declaró por primera vez extrajudicialmente el 2 de mayo de 1953 y para esa fecha no había olvidado aún las sonrisas y las miradas maliciosas que entre Gregorio Venegas y Cristina Chaves se dirigían cincuenta y cuatro años atrás, lo que le hizo decir que entre éstos existían amores. Y conste que como el testigo no vivía con ellos, sólo se daba cuenta de tales sonrisas y miradas cuando visitaba la finca que Venegas explotaba. Recuerda, además, este testigo que justamente en el año de 1900 le contó Venegas de esos amoríos con la nombrada Chaves, respecto de la cual le manifestó "que la quería mucho". Y fue quizá debido a una innegable fantasía que cuenta el declarante en referencia cómo Venegas y la Chaves se acostaban sobre una 'estera o colchón' que el mismo testigo les tendía en la 'salita' de su propia casa durante los tres meses que dizque permanecieron en ella antes de irse para Obando para los efectos del parto, para luego concluir que lo que hacían ya acostados no es para decirlo pero sí para imaginarlo 'como hombre'... ¿Cómo es posible humanamente considerado que no haya olvidado hasta del nombre de una tela que dizque le compró a Cristina en Obando por recomendación del demandado? ¿Es posible recordar que 'pancho' se llamaba hace cincuenta y cuatro años la tela que dizque compró para la Chaves por recomendación de su supuesto concubino? Fuera de los mencionados detalles de la 'estera' y del 'pancho', es la declaración de este anciano exactamente igual a la de los otros deponentes ya analizados".

Jesús María Cobo: "Contaba cuando declaró con 75 años de edad pero no obstante ello demuestra, como todos sus compañeros, una memoria feliz para el recuerdo de los más nimios detalles relacionados con el señor Venegas y la Chaves, respecto de los cuales no corrieron los años para él como sí sucedió respecto de las otras personas que con él trabajaban en la misma finca que Venegas explotaba al nacimiento de este siglo".

José Ramón Sabogal: "...Pero se observa para este declarante, quien dijo cuando declaró en julio de 1953 que tenía cincuenta y ocho años de edad que está testificando sobre hechos ocurridos antes de su propio nacimiento... Este testigo, al declarar con tanta exactitud sobre los mismos hechos ocurridos en la misma época de su nacimiento, no hacía otra cosa que exhibirse como un testigo sospechoso y debilitar aún más los testimonios de los otros declarantes".

"Con los declarantes hasta aquí examinados, excepción hecha de Jorge Rodríguez y de Esneda Moreno, pretendió la parte actora demostrar las relaciones sexuales estables entre el señor Venegas y la Chaves, en armonía con el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936. Pero si esa prueba testimonial, como se deja establecido, es deficiente y sospechosa por los motivos que se dejan anotados, de rigor es concluir que no existe la convicción absoluta en el ánimo del juzgador sobre la existencia, de manera notoria, de tales relaciones sexuales.

"...No está comprobado por otra parte, en forma clara y terminante, la fecha de las relaciones sexuales que achacan al señor Venegas y a Cristina Chaves, pues al paso que unos declarantes hablan de 1899, otros lo hacen de 1900 y 1901. Y aceptando, en gracia de discusión, que tales relaciones sí existieron, no está comprobado satisfactoriamente que el nacimiento de Consolación Chaves hubiera ocurrido después de los 180 días contados desde que principiaron esas relaciones sexuales o dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesaron. Tampoco aclara nada al respecto la partida de bautizo de la demandante, pues que por ella se sabe que

fue bautizada en la iglesia parroquial de San José del Naranjo el 11 de agosto de 1901, pero nada dice de la fecha del nacimiento de la misma (fs. 30 c. número 4)".

En lo que respecta a los testimonios, sobre posesión notoria: "Estos declarantes dicen uniformemente que la fama pública en el Municipio de Obando 'ha sido siempre que don Gregorio Venegas es el padre natural de Consolación Chaves de Racines'. Agregan algunos de los declarantes que 'también se comentaba en el Municipio de Obando que el mentado señor Gregorio Venegas le pasaba todo lo necesario, vestido y comida a la señora Cristina Chaves, en la dieta de Consolación y después de su crianza'. Como fácilmente puede comprenderse, no es en la forma conceptual e infundada de que dan cuenta los testigos referidos como se comprueba esa posesión notoria del estado civil...; tampoco se probó que esa posesión notoria de que hablan los deponentes en forma vaga e imprecisa, se hubiera extendido a diez años por lo menos, al tenor del artículo 398 del Código Civil y del 7º de la citada ley 45 de 1936".

LA CASACION

El recurrente acusa el fallo por las causales primera y quinta establecidas en el artículo 520 del Código Judicial. Se procede a examinarlas en orden lógico.

Causal quinta

Dice el recurrente que el fallo debe casarse por haber concurrido a dictarlo el magistrado doctor Echeverri a pesar de haber sido recusado con fundamento en el hecho de ser legatario de la demandante, según consta en escritura número 7 de 5 de enero de 1955 de la Notaría Segunda de Palmira, recusación que fue desestimada, siendo procedente.

Se considera:

Que el Tribunal declaró infundada la recusación y condenó en costas al recusante, lo mismo que al pago de una multa, con fundamento en las siguientes consideraciones: que la Corte comparte por ser estrictamente jurídicas '...Más si se atiene al tiempo en que tal institución fue hecha, debe aceptarse que fue posterior con mucho al momento en que el legatario entró a conocer, como magistrado ponente, del negocio... El Tribunal de Bogotá, en providencia de febrero 3 de 1940, con un análisis detenido de que lo ese 'estar instituído heredero o legatario' a que alude el Código Judicial significa, a diferencia del 'ser' a que, para las demás causales de impedimento había acudido el legislador, dice: 'la expresión gramatical empleda por el legislador al consagrar esta causal 12 de impedimento, pone de manifiesto que ésta no existe cuando la herencia o legado se constituye por acto testamentario posterior al momento en que el juez o magistrado aprehende el conocimiento del negocio'... ¿Podrá darse caso más preciso con el que va a decidirse que éste que acaba de verse?... El Tribunal acoge, pues, esa doctrina que es el reflejo fiel de la situación planteada al doctor Echeverri. Se está por tanto ante una causal de recusación que ha sido alegada y no pudo ser probada; y dentro de las condiciones estudiadas, se está además ante un caso palpable de temeridad que impone necesariamente la condena prevista en el inciso 2º del artículo 445 del Código Judicial'.

Que la recusación fue propuesta por la demandante o sea por la misma persona que instituyó como legatario al magistrado que conocía del juicio y que el tribunal obró acertadamente al declararla infundada ya que, como es obvio, no puede una de las partes obtener la separación de un magistrado, creándole una causal de impedimento; no podía el tribunal cohonestar tan irregular procedimiento.

Que por lo dicho se desecha el cargo.

Causal primera.—Con fundamento en ésta, el recurrente acusa el fallo por varios extremos:

Primero: violación de los artículos 4º, ordinal 4º de la ley 45 de 1936, 593, 594, 596, 601, 693 y 697 del Código Judicial como consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas aducidas en el juicio por la parte demandante. Anota el recurrente los siguientes errores:

a) Error de hecho en la apreciación de los testimonios de Mariana Santibáñez, Clodomiro Vélez Soto, Uladislao Rebellón, Andrea Escobar, Josefina Bedoya Chaves, Inocencia Bedoya Chaves, Jorge Medina, Jerónimo Cuesta, José Ramón Sabogal y Jesús María Cobo. Después de transcribir las citadas declaraciones, expresa: 'Las anteriores dispendiosas transcripciones para que por ellas se vea cómo fue de patente y palpable y

evidente el error cometido por el tribunal sentenciador, al considerar o apreciar los testimonios glosados, y llegar a la conclusión de que no les daba suficiente crédito para considerarlos prueba de los hechos de la demanda, porque —según dicho tribunal— los testigos son 'tan semejantes' y están cortados por un mismo patrón o son estereotipados, que 'conocida una de las declaraciones ya se sabe la exposición de los demás de su grupo y sus apreciaciones personales'. Las transcripciones hechas, tomadas de los textos de las declaraciones, en los puntos pertinentes, revelan lo evidente de ese error". b) Error de hecho consistente en considerar que los testigos Rebellón, Santibáñez, Vélez Soto, Bedoya Chaves, Escobar, Medina y Cuesta "no merecen entero crédito como tales sobre los hechos a que hicieron referencia en sus exposiciones en este negocio, dizque porque es extraño, fuera de toda humana realidad, humanamente inaceptable que recuerden con 'detalles triviales' y aparezcan recordando la sucesión de hechos triviales respecto de personas extrañas', en forma 'minuciosa', y ello después de haber transcurrido **cuarenta y cinco años,** no menos, de sucedidos los hechos que relatan y que dicen recordar con tanta minuciosidad y precisión".

c) Errores de hecho y de derecho en la apreciación del testimonio de Inocencia Bedoya por cuanto el sentenciador considera que no merece crédito su dicho porque "también es pariente de la actora y una de las personas que crió a ésta y porque 'su testimonio es aún más sospechoso por la natural vinculación personal que une a dos personas cuando una de ellas es criada por la otra desde su más tierna infancia".

d) Error de hecho en la apreciación del testimonio de Jorge Rodríguez, por cuanto el tribunal consideró que todas las manifestaciones hechas al testigo, según su afirmación, aparecen hechas en presencia de Esneda Moreno, siendo así que el testigo expresa que Venegas le hizo la manifestación que relata en su declaración con posterioridad a la conversación que aquél afirma haber tenido con Esneda Moreno y Gregorio Venegas sobre este tema.

e) Error de hecho en la apreciación de la partida de bautismo de Consolación Chaves de Racines efectuada el 11 de agosto de 1901, "porque es natural y necesario y lógico que si fue bautizada ese día ya estaba nacida, viva".

Segundo: violación de los artículos 397, 398 y 399 del Código Civil, 4º ordinal, 5º, de la ley 45 de 1936, 593, 594, 596, 601, 693 y 697 del Código Judicial, proveniente de errores evidentes de hecho y de derecho cometidos por el tribunal al no apreciar, como prueba de posesión notoria de hijo natural, las declaraciones de Mariana Santibáñez, Clodomiro Vélez Soto, Uladislao Rebellón, Josefina Bedoya Chaves, Andrea Escobar, Inocencia Bedoya Chaves, Jerónimo Cuesta y Jesús María Cobo, declaraciones que sólo fueron examinadas en lo referente a las relaciones sexuales entre Gregorio Venegas y Cristina Chaves.

La Corte considera:

Primero: que el sentenciador, según se ha visto, anota, en relación con los testimonios recibidos en el juicio, que "son tan semejantes entre sí los de cada uno de los grupos, que puede asegurarse que conociendo la declaración de uno de cada grupo se conoce el dicho y las apreciaciones personales de los restantes; emplean las mismas palabras, conservan el mismo orden en sus deposiciones y es asombroso por lo menos, el cúmulo de detalles que dicen recordar no obstante haber transcurrido más de cuarenta y cinco años entre la época en que dicen haber ocurrido los hechos de que dan cuenta y la fecha de sus declaraciones".

Segundo: que no se limita a esta observación de carácter general sino que hace, en seguida, un pormenorizado análisis de los referidos testimonios, según aparece en las transcripciones ya hechas del fallo para llegar a la siguiente conclusión: "si esa prueba testimonial, como se deja establecido, es deficiente y sospechosa por los motivos que se dejan anotados, de rigor es concluir que no existe la convicción absoluta en el ánimo del juzgador sobre la existencia, de manera notoria, de tales relaciones sexuales".

Tercero: que por lo dicho, las conclusiones del fallo recurrido se fundan en una **crítica del testimonio** y a este respecto, ha expresado ya esta corporación que el juzgador de instancia goza de libertad de criterio para enjuiciar y estimar las pruebas aportadas a los autos, según las reglas de la sana crítica y la tarifa legal y la Corte no puede modificar esa decisión mientras no haya un error de hecho manifiesto o un error de derecho que justifique su determinación de infirmar el fallo acusado. No basta que se acredite

una errónea, imperfecta o poco técnica apreciación de las pruebas, ni es suficiente que tal apreciación sea o pueda ser diferente o contraria a la que la Corte hubiera hecho en el caso de haber fallado en instancia. Es menester algo más para que el recurso proceda. Es necesario que esa mala apreciación de pruebas haya llegado a dar por resultado un verdadero, manifiesto y evidente error de hecho que a su turno implique infracción de reglas legales sustantivas.

Cuarto: que según doctrina constante, fundada en la naturaleza del recurso extraordinario de casación, la apreciación de las pruebas hecha por el tribunal debe ser respetada, aun cuando ella no sea compartida por la Corte; y debe serlo porque el recurso no tiene por objeto hacer un nuevo análisis de los elementos probatorios, ni rectificar el criterio del juzgador de instancia sobre las puras cuestiones de hecho (sentencias de 4 de abril de 1936 y marzo 23 de 1954). "Si en todos los casos en que el tribunal apreciara mal una prueba este error de apreciación debiera considerarse como un error de hecho, habría bastado al legislador conceder el recurso de casación por mala apreciación de los elementos probatorios sin más y habría sobrado que agregara que esa mala apreciación debe tener como causa un error de hecho evidente. Y tampoco tendría sentido la insistente doctrina de la Corte según la cual en casación no puede cambiarse la estimación probatoria que hizo el tribunal de instancia, por el solo motivo de que el criterio estimativo de la Corte no sea el mismo de aquél". (G. J. número 2138, 2139).

Quinto: que el error de hecho manifiesto en la apreciación de la prueba, a que se refiere el inciso 2º del ordinal 1º del artículo 520 del C. J., consiste en que el juzgador haya tenido como probado un hecho por haber ignorado o no haber tenido en cuenta la existencia de un medio de prueba que obra en autos y que demuestra evidentemente que tal hecho no existió; o bien, que lo haya tenido como no probado, por haber ignorado o no haber tenido en cuenta la existencia, en el proceso, de un medio de prueba que demuestre evidentemente, que ese hecho existió. Y la recíproca es verdadera: hay también error de hecho cuando el fallador tiene como probado un extremo en virtud de un medio probatorio que no existe u obra en el proceso; o cuando, lo tiene como no probado, en virtud de un medio de prueba que no consta u obra en los autos. En todos estos casos, el error del juzgador no versa sobre la existencia del extremo que se trata de probar, sino sobre la existencia del medio con el cual se trata de probarlo. (G. J. número 2138, 2139). En repetidas ocasiones ha dicho también la Corte que "El error de hecho en la apreciación de pruebas que conduce a la violación de la ley sustantiva y que permite a la Corte la casación de un fallo tiene que ser manifiesto, es decir, tan grave y notorio que a simple vista se imponga a la mente sin mayor esfuerzo ni raciocinio, o en otros términos de tal magnitud que resulte absolutamente contrario a la evidencia del proceso. No es, por tanto, error de hecho que autorice la casación de un fallo aquel a cuya demostración sólo se llega mediante un esforzado razonamiento. Ha sido ésta la doctrina constante de la Corte, sólidamente fundada en la naturaleza del recurso de casación que, como es bien sabido, no tiene por objeto hacer un nuevo análisis de todos los elementos probatorios aducidos en el juicio". (Casación, octubre 27 de 1954, G. J. 2147).

Sexto: que no incurre el sentenciador en manifiesto error de hecho en la apreciación de las referidas declaraciones. En efecto: no desconoce la existencia, en los autos, de tales testimonios ni ignora lo que en ellos se expresa; no atribuye a los declarantes afirmaciones no hechas por ellos ni niega el que hicieran determinadas aseveraciones. Basta al respecto, tener presente el análisis contenido en parte ya transcrita del fallo. El tribunal simplemente expone que, en atención a las circunstancias que anota, los testigos no merecen el crédito suficiente para fundar, en sus deposiciones, una plena convicción sobre la verdad de los hechos fundamentales de la demanda, apreciación que subsiste en casación según lo que ya se ha expuesto sobre la naturaleza del recurso y sobre las facultades que en éste le corresponden a la Corte. Puede no ser acertado el criterio empleado por el sentenciador en el análisis de los testimonios pero el simple error de criterio no se confunde con el error evidente de hecho que autoriza la infirmación de un fallo cuando, como consecuencia del mismo, se infringe la ley sustantiva.

Séptimo: que para negarle mérito a la declaración de Inocencia Bedoya, el tribunal no se funda solamente en la circunstancia de ser pa-

rienta de la actora y una de las personas que crió a ésta sino que agrega que a tal declaración "se pueden hacer las mismas críticas hechas al testimonio de su hermana Josefina Bedoya Chaves... Esta declarante tenía en la fecha de su primera declaración setenta y seis años de edad, según su propia afirmación, por lo cual constituye —como los anteriores testigos— un caso de extraordinaria memoria para recordar nimios detalles sobre hechos ocurridos cincuenta y cuatro años atrás". No existe en consecuencia, el error que, en relación con esta declaración, se le atribuye al fallo.

Octavo: que Jorge Rodríguez dijo en su declaración: "Es muy cierto y me consta porque personalmente lo ví cuando estaba en dicha finca en asocio de don Gregorio Venegas que éste dijo delante de Esneda Moreno, bajo manifestación explícita y clara de que Consolación Chaves, casada con Custodio Racines, es hija carnal de él, Venegas, habida hace muchos años en Cristina Chaves". Por su parte Esneda Moreno declaró: "Es verdad ante las propuestas que me hacía el señor Venegas, yo le pregunté qué familia tenía si era casado o no y me dijo que él era viudo, que no tenía familia, al decirle yo que el día que muriera a quién le dejaría lo que tenía y me manifestó que le quedaría al municipio, ya que él no tenía familia, que decían que tenía una hija natural, pero que él no sabía que verdad fuera, pues que ni siquiera la conocía y no llegó a mencionar nombre alguno relacionado a tal hija, como tampoco me llegó a hacer mención si la que decían que era hija de él, estuviera o no casada, ni siquiera nombró el nombre de ella". Las transcripciones hechas son suficientes para demostrar que el tribunal acertó al señalar una contradicción entre las declaraciones de que se habla.

Noveno: que la partida de bautizo de Consolación Chaves no habla de la fecha del nacimiento y que por tanto no incurre en error el tribunal al expresar que no se conoce tal fecha.

Décimo: que el tribunal analiza las declaraciones en toda su extensión y no únicamente en las partes que hacen referencia a la existencia de relaciones sexuales estables y notorias entre Cristina Chaves y el demandado, de tal manera que la crítica de tales declaraciones comprende también las aseveraciones relativas a la posesión notoria del estado de hija natural por parte de la demandante. El examen realizado por el sentenciador lo lleva a negar, o al menos a poner en duda la veracidad de los testigos y no puede por tanto decirse que incurre en error de hecho al no apreciar las mencionadas declaraciones como prueba de la posesión notoria que se invoca en la demanda.

Décimo-primero: que, por lo dicho, no incurre el sentenciador en los errores que le atribuye el recurrente ni viola las disposiciones legales citadas por éste.

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

Costas a cargo del recurrente.

Notifíquese, publíquese, cópiese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

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



ACCION DE FILIACION NATURAL. — RELACIONES SEXUALES ESTABLES Y NOTORIAS

1. — Como en otras oportunidades lo ha expresado la Corte, el ordinal 4º del artículo 4º de la ley 45 de 1936 exige para la comprobación de las relaciones sexuales, hechos que revelen la existencia de un vínculo sexual constante, durable, firme, permanente, o sea las acepciones que trae el diccionario de la palabra estable, empleada por la ley.

2.—Según doctrina constante la apreciación de las pruebas hecha por el tribunal debe ser respetada en casación aun cuando no sea compartida por la Corte comoquiera que el recurso no tiene por objeto hacer un nuevo análisis de los elementos probatorios ni rectificar el criterio del fallador de instancia sobre puras cuestiones de hecho; tal apreciación sólo puede ser variada cuando se encuentre un error de derecho o un error de hecho evidente.

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

(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 Santa Rosa de Viterbo en el juicio de Martín Medina contra Alicia, Lilia, María Luisa, Lucila y Josefina Lara Escobar, sobre filiación natural.

Antecedentes

La demanda—En ella pide Carmen Medina Bernal, en representación de su hijo natural Martín Medina, las siguientes declaraciones: "1º—Que el menor impúber Martín Medina es hijo natural del señor Antonio Lara R., fallecido, cuyo juicio de sucesión cursa en su juzgado. 2º Que como consecuencia de la declaración anterior, el citado menor Martín Medina debe ser reconocido como hijo natural en el juicio de sucesión de su padre natural señor Antonio Lara R. para los efectos jurídicos señalados en la ley 45 de 1936".

Las sentencias de instancia.—El juzgado de circuito de Sogamoso, en sentencia que, apelada por el demandante, fue confirmada por el tribunal, denegó las declaraciones pedidas en la demanda y absolvió, en consecuencia, a los demandados.

Motivos de la sentencia acusada. — En ella se expresa, respecto de las relaciones sexuales estables y notorias, que esta noción "presupone exteriorizaciones concretas, inconfundibles y precisas sobre tal estado de vida, en forma continuada, sucesiva y permanente, por determinado lapso de tiempo. Actos esporádicos, aislados, aunque repetidos en varias ocasiones, no alcanzan a configurar la noción de que habla la ley. Sin esta distinción, toda mujer de vida libre y liviana podría colocarse en tal relación legal respecto de los hombres con quienes hubiera tenido relaciones sexuales. Ese no es el sentido de la ley. Por este aspecto, hay que advertir que los únicos cuatro testigos que deponen se refieren a hechos aislados que presenciaron separadamente". Analiza en seguida los cuatro referidos testimonios y agrega: "Además de la estabilidad, de la permanencia que la ley exige en las relaciones sexuales, para el efecto de que aquí se trata, pide también expresamente que ellas sean 'de manera notoria'... en el presente caso, no es ni siquiera ese grupo o círculo social que rodeara íntimamente a Antonio Lara y a Carmen Medina el que aparece en las pruebas como enterado de la clase de relaciones que los unían; no. Son solamente los tres testigos los que aparecen relatando hechos que nadie más presenció... La Corte ha dicho a este respecto que no sirven para declarar la paternidad los lazos sexuales más o menos permanentes pero ocultos en el sentido de que quienes lo sostienen no los han descubierto voluntariamente ante su ambiente. Ya se vio cómo los cuatro testigos que deponen en el juicio dan la apreciación de que en sus veredas se tenía a Lara y a Carmen como amantes, pero en ninguna

parte expresaron los hechos que dieran fundamento a tal convicción". En resumen: para el tribunal, los testimonios aducidos en el juicio no comprueban ni la **estabilidad,** ni la **notoriedad** de las relaciones sexuales invocadas en la demanda.

La casación

El recurrente, con base en la causal primera, acusa el fallo:

Primero: por errónea interpretación del ordinal 4º del artículo 4º de la ley 45 de 1936. Entiende el tribunal, dice el recurrente, que la citada disposición legal exige que las relaciones sexuales "han de ser **permanentes** cuando la ley solamente exige que sean o hayan sido estables. Entre esas dos nociones media una gran diferencia de grado".

Acerca de lo cual se observa que, como en otras oportunidades lo ha expuesto esta corporación, el citado texto legal exige la comprobación de hechos que revelen la existencia de un vínculo sexual constante, durable, firme, **permanente,** o sea las acepciones que trae el diccionario de la palabra **estable,** empleada por la ley. No incurre, por tanto, el sentenciador, al hablar de relaciones sexuales permanentes, en errónea interpretación de la mencionada disposición legal ya que, como se ha visto, entre los términos **permanencia** y **estabilidad** no existen las diferencias de que habla el recurrente.

Visto lo anterior, se desecha el cargo.

Segundo: por violación de los artículos 4º, ordinal 4º de la ley 45 de 1936 y 697 del Código Judicial, como consecuencia de errores de hecho cometidos por el sentenciador en la estimación de los testimonios recibidos en el juicio, desestimados en el fallo a pesar de que, según el recurrente, comprueban las relaciones sexuales estables y notorias entre el presunto padre y la madre del demandante. Los errores que se anotan en el recurso versan: a) sobre la calidad de las relaciones que existieron entre Antonio Lara y Carmen Medina; b) sobre la estabilidad de tales relaciones comoquiera que el tribunal entiende que no fueron estables porque no fueron continuas y permanentes, y c) sobre la notoriedad de las mismas; consiste el error en reducir "al ámbito estrecho de sólo el grupo familiar la notoriedad de las relaciones sexuales de Lara y Carmen Medina, cuando expresamente dicen los testigos que se extiende a los moradores de la vereda o región de residencia de la Medina y aún a varias otras fracciones o veredas contiguas. ¿Hay en eso notoriedad de las relaciones? No consta allí nada menos que pública voz y fama?"

Se considera:

Que como ya se ha visto, el tribunal estima que las declaraciones a que se ha hecho referencia no demuestran ni la estabilidad, ni la notoriedad de las relaciones sexuales entre Antonio Lara y Carmen Medina en el tiempo de que trata el ordinal 4º del artículo 4º de la ley 45 de 1936.

Que en lo que concierne a la estabilidad, ya se ha visto que el sentenciador no incurre en equivocada interpretación de la disposición legal citada.

Que en lo referente a la notoriedad observa el tribunal: "ya se vio cómo los cuatro testigos que deponen en el juicio dan la apreciación de que en sus veredas se tenía a Lara y a Carmen como amantes, pero en ninguna parte expresaron los hechos que dieran fundamento a tal convicción"; de tal manera que la sentencia recurrida no ignora las aseveraciones que, sobre este punto, hacen los testigos. Simplemente expone que ellas no constituyen prueba de la notoriedad, en lo cual acierta ya que, como lo ha expresado en varias ocasiones la Corte "es claro que no basta, para demostrar este extremo, que los testigos a una repitiendo las expresiones de que se vale quien los interroga, digan tener certeza de que un hecho era del dominio público; lo que ha de contener el relato para ser apto como prueba de esos particulares, es el detalle de elementos que el Juez al apreciar las probanzas puede concluir que el hecho era realmente notorio y público en un medio social determinado. Esta inferencia corresponde al juzgador en desarrollo del juicio lógico que acompaña a toda valoración de pruebas, no al testigo en cuya boca afirmación como la comentada carece de sentido y de todo poder de convicción, comoquiera que no es producto de una percepción sensorial sino de un proceso mental cuyas deducciones no son por su naturaleza materia de prueba como la que se estudia". ,

Que, por otra parte, según doctrina constante, bien conocida, la apreciación de las pruebas hecha por el tribunal debe ser respetada en casación aun cuando no sea compartida por la Corte comoquiera que el recurso no tiene por objeto

hacer un nuevo análisis de los elementos probatorios ni rectificar el criterio del fallador de instancia sobre las puras cuestiones de hecho; tal apreciación sólo puede ser variada cuando se encuentre un error de derecho o un error de hecho evidente. En el caso de que se trata no aparece alegado ningún error de derecho ni demostrado un error de hecho con el carácter de evidente o palmar que exige la ley; y

Que por lo expuesto, se rechaza el cargo.

En mérito de las consideraciones anteriores, 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 acusada.

Costas a cargo del recurrente.

Notifíquese, publíquese, cópiese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

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

REIVINDICACION. — CAUSAL SEGUNDA DE CASACION

La incongruencia entre lo pedido y fallado debe consistir en algo de fondo o sustancial y no en algo de forma o accidental.

En el caso en estudio, hay una diferencia de un día al ordenar la restitución, pues al paso que la demanda pide que se entregue el inmueble a los seis días de ejecutoriada la sentencia, el fallo ordena entregarlo dentro de los cinco días de la aludida ejecutoria. Si por esta circunstancia pudiera invalidarse la sentencia, habría que decir que puede sacrificarse el derecho por la forma, siendo así que todas las actuaciones judiciales deben tender a la efectividad de los derechos sustantivos.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Debe resolver la Corte lo que estime legal respecto del recurso de casación interpuesto por los demandados Carlos Echeverri y Raimundo Mora contra la sentencia de 15 de enero del año pasado, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario de Inés Cerón L. contra los nombrados Echeverri, Mora y Carlos Uribe Vásquez.

Por medio de dicho fallo el Tribunal revocó la sentencia absolutoria, de 17 de noviembre de 1953, proferida por el Juzgado 6º Civil de este Circuito, y en su lugar resolvió, en síntesis lo siguiente:

1º—Declara que la demandante Inés Cerón es dueña del solar y edificación determinados en la demanda y, en consecuencia, que el demandado Carlos Echeverri está obligado a restituírselos dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de la sentencia;

2º — Condena al demandado a pagar a la demandante los frutos naturales y civiles del lote y de la edificación percibidos desde la fecha en que el demandado estuvo en posesión de los mismos, que han de señalarse según el procedimiento indicado en el artículo 553 del Código Judicial;

3º — Declara que quedan a salvo los derechos de los compradores Carlos Uribe Vásquez y Carlos Echeverri para obtener el saneamiento de la venta en los términos previstos por la ley; y,

4º — Condena en las costas de la primera instancia a la parte demandada.

Antecedentes.—I. Inés Cerón L., por medio de apoderado, demandó al señor Carlos Echeverri, para que previos los trámites de un juicio ordinario se hicieran las declaraciones y condenas que se resumen en seguida:

Que le pertenecen a dicha señorita en dominio pleno y posesión la casa o edificación situada en esta ciudad, en el barrio de Santa Teresita, en la carrera 18, marcada con los números 42-55 y 42-63, levantada en un lote de 182.75 varas cuadradas y que tiene los linderos que se indican.

Que se condene al demandado, en su calidad de actual poseedor, a entregársela materialmente, así como el lote en que está levantada la dicha casa.

Que se le condene, igualmente, al pago de los frutos naturales y civiles del lote y de la edificación, desde el 1º de enero de 1945 hasta el día en que haga la entrega.

Y que se le condene en las costas del juicio (f. 9 del c. 1).

II. Como hechos de la demanda anotó los siguientes, que también se compendian:

Por escritura número 1959, de 29 de agosto de 1931, de la Notaría 2ª de Bogotá, Rosa Tulia Cerón adquirió el dominio del lote de que se trata, por compra que hizo a la sociedad de "Dávila & Liévano".

En dicho lote construyó dicha señorita una casa, mediante contrato celebrado con Raimundo Mora, por medio de la escritura número 265, de 2 de febrero de 1937, de la misma Notaría 2ª de Bogotá, edificación que se hizo con dineros de la mentada Rosa Tulia Cerón.

Por escritura número 1242, de 29 de marzo de 1946, de la Notaría 5ª de Bogotá, Rosa Tulia Cerón le vendió a Inés Cerón L. el lote y la edificación de que se viene hablando.

Pero resulta que Raimundo Mora, constructor de la casa como contratista, diciéndose dueño y sin derecho alguno, le transfirió la edificación a Carlos Uribe Vásquez, por escritura número 3338, de 4 de agosto de 1945, de la Notaría 4ª de Bogotá, y le entregó materialmente todo el inmueble. Y Carlos Uribe Vásquez, a su vez, le transfirió el mismo dominio a Carlos Echeverri, y también le entregó materialmente todo el inmueble.

Notificada la demanda a Carlos Echeverri, éste le denunció el pleito a Carlos Uribe Vásquez y éste, a su turno, se lo denunció a Raimundo Mora, pero ninguno contestó la demanda.

III. El Juzgado, como ya se dijo, absolvió a la parte demandada y condenó en costas a la parte demandante. Pero el Tribunal, como también se advirtió ya, revocó dicho fallo y, en su lugar, hizo las declaraciones y condenas solicitadas por la parte actora (fls. 10 y ss. del c. 7º).

Demanda de casación.—La parte demandada, por medio de apoderado, hace tres cargos a la sentencia del Tribunal, que se enunciarán sucintamente en el orden en que se procederá a su estudio, a saber:

1º—La sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes (causal 2ª del artículo 520 del C. J.).

2º—La sentencia quebrantó el artículo 739 del Código Civil, porque se trata de quien edificó a ciencia y paciencia del dueño del terreno, circunstancia que no tuvo en cuenta el Tribunal, desconociendo las pruebas que así lo acreditan. Y

3º—La sentencia violó los artículos 966, 968 y 970 del Código Civil, por infracción directa, proveniente de su no aplicación al caso controvertido.

La Corte estudiará, pues, en seguida, dichos cargos, en el orden en que se han enunciado.

Primer cargo.—El apoderado de la actora, dice el recurrente, pidió que se condenara a los demandados a restituir el inmueble "seis días después de ejecutoriada la sentencia respectiva". No obstante, el numeral 2º de la parte resolutiva del fallo dice que el demandado está obligado a restituir el solar y la edificación "dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia".

"El demandante pide seis días después de la ejecutoria para la restitución del inmueble —concluye el recurrente— y el Tribunal decide que cinco. Vale decir que el Tribunal falló **plus petita,** porque concedió más de lo que el actor pidió".

Se considera:

Con lo enunciado anteriormente basta para concluir que no hay incongruencia entre lo pedido y lo fallado: lo pedido es que se declare que le pertenece a la actora el inmueble, que se condene a la restitución, que se condene al pago de los frutos y que se condene en costas; y lo fallado en la sentencia es que le pertenece a la actora el inmueble, que debe restituírsele, que debe pagar los frutos y que debe pagar también las costas.

Hay, sí, una diferencia de un día al ordenar la restitución, pues al paso que la demanda pide que se entregue el inmueble a los seis días de ejecutoriada la sentencia, el fallo ordena entregarlo dentro de los cinco días de la aludida ejecutoria. Pero el cargo es inane, puesto que la incongruencia entre lo pedido y lo fallado debe consistir en algo de fondo o sustancial y no en algo de forma o accidental. Es tan baladí la circunstancia que se contempla, que si por ella pudiera invalidarse la sentencia, habría que decir que puede sacrificarse el derecho por la forma, siendo así que todas las actuaciones judiciales deben tender a la efectividad de los derechos sustantivos.

En consecuencia, se desecha el cargo.

Segundo cargo.—Violación del artículo 739 del Código Civil, inciso segundo, por infracción directa, por no haberlo aplicado al caso controvertido, y violación de los artículos 966, 968 y 970 del mismo Código, por haberlos aplicado.

El Tribunal incurrió en estas violaciones de la ley, "por apreciación errónea de diversas pruebas", así:

Según el contrato que obra en autos, el Dr. Mora construyó la casa con el conocimiento de la dueña del suelo. La Srita. Cerón ejecutó al Dr. Mora y, según el acta de remate, fue obligado a reembolsarle una suma mayor de dinero "que la que ella había recibido con destino a la construcción".

Según las constancias del juicio ejecutivo, no le ha sido pagado hasta hoy al doctor Mora el valor de la construcción.

El doctor Mora era el dueño de la edificación, pues en el registro se inscribieron "las declaraciones testimoniales de construcción, que acre-

ditaban que habían sido hechas a expensas de Mora, como la venta hecha por éste a Uribe Vásquez, según el instrumento público" en que consta dicha circunstancia.

La venta de Mora a Uribe Vásquez fue hecha el 1º de agosto de 1945 y la venta de Rosa Tulia Cerón a su hermana Inés Cerón fue hecha el 29 de marzo de 1946.

De lo anterior concluye el recurrente: que se trata de una edificación en terreno ajeno hecha a ciencia y paciencia del dueño del suelo, caso en que éste no puede recobrarlo sin pagar el valor del edificio; que como el Tribunal no dispuso tal cosa, infringió el inciso segundo del citado artículo 739, aplicando, en cambio, los artículos 966, 968 y 970 del Código Civil; y que el Tribunal incurrió en tales infracciones "por apreciación errónea en la estimación de las mencionadas pruebas, error que aparece de modo manifiesto en los autos".

En resumen y conclusión, el Tribunal "dispuso la devolución de lo construído, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, desconociendo el derecho de la parte demandada a que le sea pagado previamente el valor de la edificación".

Se considera:

Se observa, en primer lugar, que el recurrente no dice qué preceptos de derecho probatorio se quebrantaron y que condujeron a la falta de aplicación al caso controvertido, del precepto que se invoca como pertinente. No obstante, se hace forzoso destacar cuáles son las circunstancias de hecho fundamentales que sirvieron de base a la sentencia, tomándolos de dicho proveído, así:

a) Rosa Tulia Cerón había adquirido el lote o solar, por compra a la sociedad "Dávila, Holguín & Liévano", por escritura número 1959, de 29 de agosto de 1931 (f. 1 del c. 1).

b) Por escritura número 265, de 2 de febrero de 1937, Raimundo Mora se comprometió a construírle a la "propietaria", señorita Rosa Tulia Cerón, una casa, con las especificaciones allí indicadas; en garantía de su cumplimiento como "contratista" hipotecó una casa de su propiedad, en construcción, situada en la calle 42 de esta ciudad y marcada con el número 15-13; se estipuló que la propietaria pagaría "por esta obra la cantidad de $ 3.800.00", en los plazos allí indicados; y se señaló como término para la ejecución del contrato el de cuatro meses, desde la fecha de la escritura (f. 9 v. del c. 3º).

c) Por escritura número 4837, de 5 de noviembre de 1945, se protocolizaron las declaraciones de Raimundo Mora y Oliverio Mora, en las cuales consta que con dineros de propiedad de la señorita Rosa Tulia Cerón se construyó una casa, en un lote de propiedad de la misma señorita (f. 2 del c. 1).

d) Por escritura número 3338, de 1º de agosto de 1945, Raimundo Mora le vendió a Carlos Uribe Vásquez la edificación, diciendo que había sido hecha "con permiso de la dueña del lote, señora Rosa Tulia Cerón, según contrato de fecha 2 de febrero de 1937" y según escritura número 265, de la misma fecha (f. 16 del c. 1).

e) Por escritura número 1242, de 29 de marzo de 1946, Rosa Tulia Cerón le vendió a Inés Cerón L., la casa con sus accesorios y locales, junto con el lote de terreno en que está edificada (f. 6 del c. 1).

f) Y por escritura número 5274, de 10 de octubre de 1949, Carlos Uribe Vásquez le vendió a Carlos Echeverri Angel "la edificación que está construída sobre el lote de terreno" de que se trata, la cual se dice "hecha por el señor Raimundo Mora con permiso de la dueña del lote señorita Rosa Tulia Cerón, para quien aquél empezó a construírla, pero cuya propiedad y posesión se ratificaron en Raimundo Mora y por consiguiente en el compareciente vendedor, a virtud de sentencia judicial del señor Juez 7º Civil del Circuito, por medio de la cual Raimundo Mora fue obligado a pagar y pagó por medio del remate que en dicho Juzgado se verificó en el juicio de Rosa Tulia Cerón contra Raimundo Mora las sumas de dinero que la señorita Rosa Tulia Cerón había invertido en esa edificación, quedando así ésta de propiedad exclusiva de Mora, hoy del compareciente vendedor" (f. 12 del c. 1).

Como el Tribunal lo afirma, los demandados han creído que "por haber sido el contratista Mora obligado por sentencia judicial a indemnizar a la señora Rosa Tulia Cerón, vendedora de la reivindicante, los perjuicios provenientes de su incumplimiento, se había convertido en dueño de la edificación que se había obligado a construir por cuenta y con dineros de la Cerón".

Ya con estos datos puede resolverse la cuestión que el recurrente plantea, y que no ofrece dificultad alguna.

En efecto, es cierto que el artículo 739 del Código Civil, en su inciso segundo, establece que

si se ha edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia del dueño del terreno, será éste obligado, para recobrarlo, a pagar el valor del edificio, plantación o sementera. Pero en el caso de este juicio no se contempla la ocurrencia prevista en el precepto que se comenta, pues no se trata de que el demandado hubiera edificado para él en suelo ajeno a ciencia y paciencia del dueño del terreno, supuesto que estaba procediendo por cuenta de dicho dueño, mediante un contrato de construcción, y no por cuenta propia.

Tanto es así, que en la declaración que rindió el 15 de abril de 1937, dice:

"Es verdad y me consta que la casa marcada con el número 42-63 de la carrera 18, barrio de Santa Teresita de esta ciudad... fue construída con dinero de propiedad de la peticionaria señorita Rosa T. Cerón en un lote de terreno, también de su propiedad, que hubo por compra a Dávila Holguín & Liévano, según escritura número mil novecientos cincuenta y nueve (1959), otorgada el veintinueve (29) de agosto de mil novecientos treinta y uno (1931) ante el Notario Segundo de este Circuito. Esto lo afirmo, porque yo fui contratista de tal obra y pude presenciar que la peticionaria pagó con su dinero, el valor de todos los materiales empleados en la referida construcción y el valor de la mano de obra" (f. 3 v. del c. 1).

Además, descarta toda duda el contrato de construcción hecho por Mora a favor de la señorita Cerón, ya citado.

De suerte que quien estaba construyendo era la señorita Cerón, en terreno propio, y el doctor Mora apenas estaba cumpliendo un contrato de construcción.

En tales condiciones, la acción que tiene el construtor es una acción personal contra el que contrató sus servicios para que le cubra el valor de su trabajo, si se lo adeuda, sin que, en ningún caso, pueda hablarse de retención y de acción de recobro del terreno, que si retuvo y retiene lo ha hecho sin razón legal alguna por este concepto. Como el Tribunal lo expresa, el simple cumplimiento forzoso de obligaciones contraídas por Mora a favor de la Cerón no podían convertir a aquél en dueño de un bien que era de propiedad de ésta, como lo demuestran a cabalidad las pruebas citadas, o sea, el contrato de construcción y las declaraciones recogidas por la mentada señorita, de las cuales se deduce sin la menor duda que se construyó la casa en nombre y por cuenta de la misma.

En consecuencia, se desecha el cargo.

Tercer cargo—El Tribunal estimó "que las disposiciones aplicables son las que regulan la situación de un reivindicante victorioso frente a un poseedor de mala fe" —dice el recurrente— y así lo expresó en la parte motiva.

Pero en la parte resolutiva nada dijo sobre las prestaciones debidas al poseedor de mala fe, las cuales están consagradas en los artículos 966, 968 y 970 del Código Civil.

Tales prestaciones consiste en "el pago del valor que tendrían los materiales separados y el derecho de retención mientras se le hace el pago".

Este cargo se propone en forma subsidiaria, ya que el recurrente estima que el doctor Mora no puede ser tenido como poseedor de mala fe. De todos modos, concluye el recurrente, "lo resuelto por el Tribunal es sancionar un típico enriquecimiento torticero".

Se considera:

Igualmente inane aparece este cargo, con poco que se medite sobre la naturaleza de la acción intentada, pues no se trata de persona que haya realizado mejoras útiles o necesarias en inmueble ajeno, sino de quien ha realizado una construcción en terreno de su legítimo dueño y por cuenta de éste, como ya se ha dicho.

En tales condiciones, el actor podía reclamar todo el inmueble como de su propiedad, sin que pueda hablarse de mejoras de ninguna clase, y obtener que se decretara a su favor lo referente a frutos naturales y civiles considerando al demandado como poseedor de mala fe. Y el que hubiera dicho el Tribunal que debían aplicarse "las disposiciones legales pertinentes de la ley en cuanto a prestaciones mutuas" no significa que existan respecto de las dos partes. En todo caso, sólo debían decretarse las pertinentes.

En consecuencia se desecha el cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida de que se ha venido hablando.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, 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 Lugo, Secretario.

TECNICA DE CASACION. — ERROR EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS

El recurso extraordinario de casación no es una tercera instancia. A la Corte no le corresponde como tribunal de casación ponderar las pruebas y contrapruebas del proceso para decidir sobre la verdad de los hechos controvertidos, que es la tarea propia de los juzgadores en instancia. En casación no se estudian las pruebas sino para deducir error de hecho manifiesto o de derecho, cometido por el Tribunal en su apreciación, como medio conducente de violación de la ley sustantiva y en presencia de cada caso concreto. La autonomía de que goza el sentenciador en la estimación o valoración del material probatorio, no está limitada sino en dos casos: 1º 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; 2º 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. Cuando la violación de la ley tiene por origen la mala apreciación de las pruebas, el recurrente está obligado a puntualizar la clase de error en que cree incurrió el sentenciador, bien de derecho o ya de hecho, y demostrar que existe el error y que es evidente, si él es de hecho. Es preciso señalar concretamente las pruebas que se estiman mal apreciadas. Y la Corte no puede cambiar los términos de la acusación, declarando por ejemplo, error de hecho, cuando el alegado es de derecho, o viceversa. Por esta razón se impone rechazar de plano la demanda de casación cuando le recurrente no puntualiza la clase de error en que incurriera el sentenciador al apreciar las pruebas, ni intenta demostrar error de derecho o error evidente de hecho en la estimación de aquéllas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, dieciseis (16) de febrero de mil novecientos cincuenta y seis (1956).

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra)

Resuelve la Corte el recurso de casación introducido por el mandatario judicial del demandado Jesús Valdivieso Ordóñez contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el juicio ordinario incoado por Bernabé Reyes Valdivieso sobre filiación natural.

I. — Antecedentes

1.—Bernabé Reyes Valdivieso demandó a Jesús Valdivieso Ordóñez ante el Juzgado Civil del Circuito de Bucaramanga para que se le declarara hijo natural del demandado y se ordenara la correspondiente anotación al margen de su partida de nacimiento.

El actor adujo como hechos fundamentales de al demanda los que en seguida se resumen:

Que Eloísa Reyes conoció hace unos cuarenta años al demandado Jesús Valdivieso; que entre ellos existieron en el municipio de Girón relaciones sexuales por un lapso de veintiseis años, de las cuales nacieron seis hijos, entre los que figura el actor Bernabé Reyes Valdivieso; que Eloísa Reyes concibió a Bernabé, nacido el 11 de junio de 1921 y bautizado el 31 de mayo de 1923; que tanto Jesús Valdivieso como Eloísa Reyes eran solteros a la época de la concepción y nacimiento del precitado hijo; que unos dieciseis años antes de la demanda, Jesús Valdivieso contrajo matrimonio católico con Elvia Rey, del cual no hubo descendencia; que Jesús Valdivieso reconoció desde su nacimiento a Bernabé Reyes Valdivieso como su hijo natural; que éste vivió al lado de su padre por espacio de doce años y lleva su apellido con consentimiento del demandado, quien lo ha presentado como su hijo na-

tural a sus amigos y relacionados; que el demandante tiene respecto del demandado la posesión notoria del estado civil de hijo natural y así lo ha reputado el vecindario de Girón y Bucaramanga, incluyendo los propios parientes de Jesús Valdivieso.

2.—El demandado por medio de apoderado se opuso a las pretensiones del actor y negó los hechos en que funda la acción.

3.—Por sentencia del 27 de octubre de 1954 el Juzgado 3º Civil del Circuito de Bucaramanga dio fin a la primera instancia del proceso, accediendo a la declaración del estado civil impetrada.

4.—Instado este fallo por el demandado ante el Tribunal Superior de Bucaramanga, esta corporación lo confirmó en decisión del 21 de mayo de 1955.

5.—Fallecido el demandado el 4 de marzo de 1955, su apoderado interpuso recurso de casación contra esta sentencia, el cual ha sido tramitado según la ley, hallándose preparado para recibir la decisión correspondiente.

III. — Sentencia acusada

El Tribunal observa que el actor funda la acción de filiación natural en las causales 4ª y 5ª del artículo 4º de la ley 45 de 1936, o sea, el haber sido concebido dentro de las relaciones sexuales públicas y estables del presunto padre con su madre Eloísa Reyes, y el haber tenido la posesión notoria del estado de hijo natural respecto del demandado.

Tanto el Juzgado como el Tribunal consideraron que la prueba de la posesión notoria del estado civil reclamado no reunía los requisitos exigidos por la ley y la jurisprudencia para sustentar la declaración de paternidad natural.

En cambio, el fallo acusado acepta acreditada plenamente en autos la otra causal de paternidad invocada en la demanda.

Para el sentenciador la prueba testimonial aducida, puntualiza "claramente la relación concubinaria pública, permanente, notoria y no interferida por otras relaciones sexuales, habida entre la madre de Bernabé Reyes y Jesús Valdivieso durante la época en que según la ley se presume de derecho la concepción, y que cobra mucho mayor fuerza por haberse extendido con los mismos caracteres desde un período muy anterior hasta otro posterior en varios lustros, a este ciclo presuntivo".

Dice el Tribunal:

"De la casi totalidad de los testimonios allegados a autos en primera instancia, pueden deducirse de manera clara y segura los siguientes hechos:

"a) Que desde fecha muy anterior a aquella en que se presume de derecho la concepción, en relación con la fecha del nacimiento, posiblemente desde 1911, pero con toda seguridad desde el año de 1915 o sea desde muchos años anteriores al nacimiento de Bernabé Reyes, existieron entre Eloísa Reyes y don Jesús Valdivieso relaciones sexuales estables y permanentes, sin comunidad de habitación, ya que ellos trabajaban juntos en la hacienda de Riofrío de propiedad de don Jesús Valdivieso, pero ella pernoctaba en Girón en una casa cuyo arriendo pagaba don Jesús Valdivieso.

"b) Que el trato mutuo que se daban los citados Eloísa Reyes y Jesús Valdivieso, en forma permanente y notoria, demostraban claramente una relación concubinaria.

"c) Que durante esa época que seguramente excedió el lapso de veinte años, tales relaciones, en lo que respecta a Eloísa Reyes, no fueron interferidas por el trato con ningún varón. Que a don Jesús Valdivieso tampoco se le conoció en esa época otra relación de carácter sexual.

"d) Que era pública voz y fama en todo el vecindario de Girón, que Eloísa Reyes fue durante ese larguísimo lapso de tiempo la concubina o querida permanente de don Jesús Valdivieso.

"e) Que esa convivencia de carácter íntimo, permanente y estable, no es posible interpretarse en forma diferente a una estable, continuada y notoria relación sexual".

El Tribunal examina y comenta con pormenor los testimonios de Luis Fernando Calderón, José Mercedes Mantilla, María Dolores Rico, Gregorio Roa, Benito Luna C., Jesús Gómez, Ramón Serrano, Jorge Valdivieso Castillo, José Antonio Parra Valdivieso, Francisco Ordóñez Benavides y Alejandro Arenas Valdivieso, quienes se refieren a las relaciones de concubinato de Jesús Valdivieso Ordóñez y Eloísa Reyes. Y continúa así:

"No puede aceptar en manera alguna el Tribunal que este tratamiento permanente y constante, a lo largo de 25 años; la calidad de patrona y ama de casa que todos le asignaban a Eloísa Reyes, unida a una serie inobjetable de detalles reveladores de intimidad y trato sexual; el hecho de pagarle casa en Girón; de atenderla en sus enfermedades; de pagarle la asistencia en

sus alumbramientos, y hasta los golpes, riñas y querellas relatadas por muchos declarantes; la fricción permanente que esta intimidad y convivencia producía en el seno de la familia de Jesús Valdivieso; y la creencia firme y general de todo un vecindario sobre la calidad de estas relaciones que tenían todos los caracteres de seriedad, permanencia y estabilidad, pueden ser interpretadas ni por asomo en forma distinta de claras relaciones sexuales ni mucho menos como actos de benevolencia, gratitud, etc., de un patrón para con su trabajadora, que pretende asignarle el doctor Uribe Prada (apoderado del demandado).

"Prescindiendo de los detalles íntimos de esta unión, que relatan varios de los testigos y sobre los cuales de manera exclusiva no podría basarse el Tribunal por razones antes expuestas, no es menos cierto que de los testimonios antes transcritos se deduce en forma clara, segura, objetiva, indubitable y precisa, la existencia de unas relaciones sexuales estables, continuadas y notorias, que no se han desvirtuado ni pretendido desvirtuar siquiera con pruebas que puedan llevar al ánimo del fallador ninguna duda.

"La casi totalidad de los declarantes pertenece a la población campesina del vecino municipio de Girón, notoriamente conocido como un núcleo social excepcionalmente sano y respetable, y donde el testimonio suele ser veraz y digno de confianza, al contrario de lo que suele acaecer en otros sectores del Departamento. Tales declarantes por su número, por su convicción, por el conocimiento de los hechos sobre que declaran, por su conexión, por la firmeza de sus declaraciones, por los hechos concretos sobre que deponen y por la armonía misma de tales testimonios, llevan una convicción profunda y segura al ánimo del fallador, sobre la existencia en forma seria, permanente y ostensible de las relaciones sexuales y estables entre don Jesús Valdivieso y la madre del demandante".

Y después de ponderar la prueba aducida, concluye el Tribunal de esta guisa:

"En el caso **sub judice** no son dos sino por lo menos ocho testimonios claros, precisos, perfectamente armonizados entre sí, de personas que tuvieron conocimiento directo y objetivo de tales hechos, que convivieron con el presunto padre en el mismo medio social, confirmados parcialmente por otro gran número de testimonios no infirmados por otras pruebas del proceso, y que llevan al ánimo del Juez la convicción indestructible de que no solamente en el lapso en que es presumible la concepción, sino desde muchos años antes y durante muchos años posteriores, existieron entre Eloísa Reyes y Jesús Valdivieso relaciones sexuales notorias, estables y continuadas, que son más que suficientes para dar como establecida la prueba que para estos casos exige la ley".

III. — Demanda de casación

El recurrente invoca la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial y presenta su acusación dentro de los siguientes términos:

"La sentencia recurrida es violatoria de los artículos 593 del C. J. y 4º (numeral 4º) de la ley 45 de 1936, por apreciación errónea de los testimonios de Luis Fernando Calderón, José Mercedes Mantilla, María Dolores Pico, Gregorio Roa, Benito Luna, Jesús Gómez, Ramón Serrano, Jorge Valdivieso Castillo y José A. Parra Valdivieso.

"En efecto, cada uno de los testigos ha manifestado que la madre del actor era cocinera de la hacienda del demandado. Todos unánimemente han acreditado en sus respectivos testimonios esa circunstancia. Sin embargo, aún habiendo afirmado los testigos que la señora Eloísa Reyes pasaba sus noches en Girón, puesto que solamente durante el día se encontraba en la hacienda, en sus quehaceres ordinarios, ante el hecho de que la señora mencionada tuvo varios hijos de paternidad desconocida, han manifestado su creencia de que posiblemente entre ella y el demandado en este juicio mediaran relaciones sexuales.

"Los testimonios ya citados, traduciendo un rumor, trasladaron al expediente hipótesis y no hechos percibidos mediante los cuales pudiera llegarse inequívocamente a la conclusión de que efectivamente entre el demandado y la madre del actor hubo otra clase de relaciones, distintas de las que existen entre una criada de confianza y su patrón.

"El juzgador tomó como hechos probados las creencias de algunos testigos, no fundadas directamente en hechos sino en rumores, y, sin estarlo, dio por demostradas las relaciones sexuales estables que sirven de fundamento a la declaración judicial de paternidad según el artículo 4º de la ley 45 de 1936.

"El H. Tribunal encuentra acertado el raciocinio con que el Juzgado desechó la petición sobre la posesión notoria del estado de hijo, diciendo que 'los numerosos testigos que declararon a ins-

tancia del actor se limitan a inferir que la educación, subsistencia y vestido de que éste (el actor) gozó en los primeros años de su vida fueron costeados por su madre con los dineros suministrados por don Jesús, haciendo este razonamiento: don Jesús sostenía a Eloísa; Bernabé vivía al lado de ésta, luego era don Jesús quien al fin y al cabo atendía a la subsistencia de ambos'.

"En mi concepto este mismo razonamiento ha debido emplearse para apreciar la clase de relaciones existentes entre el demandado y la madre del actor. Los testigos hacen inferencias fundadas en que ésta era la cocinera de la hacienda, y ese hecho, por su carácter equívoco, no puede suministrar certeza alguna en cuanto a la precisión de lo que se infiere, toda vez que, por esa misma vinculación laboral, era apenas natural que el patrón tuviera especiales consideraciones con su criada en el nacimiento de un hijo, por ejemplo. Y de tanta importancia puede ser esta observación que el mismo testigo Gregorio Roa, en que se funda el fallo, dice: 'Y la alimentación del niño se la daba ella de lo que ganaba y del mismo trabajo de ella, pues en la hacienda no se hacía mercado sino para los obreros; ni para ella ni para el niño. Y para comer ella comía de lo mismo de los obreros y muchas veces le tocaba llevar a ella de su bolsillo...'.

"Y si a todo esto se enfrenta la afirmación de Carlos Rodríguez, quien asegura no haberle conocido ninguna actividad a Eloísa para ganarse la vida, debe concluírse que don Jesús le pagaba los servicios de criada en su hacienda, y desde luego, le suministraba a ella y a su hijo la alimentación ordinaria de los peones, lo que acredita que ninguna otra relación distinta de la existente entre la criada y el patrón los vinculaba. Resulta acertado afirmar que el juzgador tomó como ciertas las inferencias que los testigos se hicieron, a la vez que rechazaba otras inferencias relativas a la posesión del estado civil, para llegar a la conclución equivocada de que sí existieron relaciones sexuales.

"De este modo, por haberse violado el artículo 593 del C. J. que dispone que toda decisión se funde en hechos conducentes de la demanda si su existencia y verdad aparecen plenamente demostradas, toda vez que se consideró por el juzgador suficientemente acreditadas las relaciones sexuales estables del demandado y la madre del actor, sin estarlo, porque los testimonios antes citados no las demuestran inequívocamente, se violó el artículo 4º de la Ley 45 de 1936".

IV. — Examen de la demanda

Como puede colegirse de la lectura de la demanda de casación, el recurrente ataca la sentencia del Tribunal por infracción indirecta de la ley a consecuencia de una errónea apreciación de las pruebas. En sentir del recurrente los testimonios examinados por el sentenciador no acreditan plenamente las relaciones sexuales estables y notorias de Jesús Valdivieso Ordóñez y Eloísa Reyes dentro de las cuales el actor sostiene haber sido concebido. Así, el fallo recurrido debería ser casado por violación del artículo 4º, ordinal 4º, de la Ley 45 de 1936, o sea, por haber declarado la filiación natural demandada con base en dicha causal, como consecuencia de una errada apreciación de la prueba testimonial allegada a los autos.

Se considera:

Según el inciso 2º del numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial, cuando el quebranto de la ley sustantiva invocada en casación "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".

Ha dicho esta Sala:

a) "El recurso extraordinario de casación no es una tercera instancia. A la Corte no le corresponde como tribunal de casación ponderar las pruebas y contrapruebas del proceso para decidir sobre la verdad de los hechos controvertidos, que es la tarea propia de los juzgadores en instancia. En casación no se estudian las pruebas sino para deducir error de hecho manifiesto o de derecho, cometido por el Tribunal en su apreciación, como medio conducente de violación de la ley sustantiva y en presencia de cada caso concreto". — (Casación, marzo 5 de 1954, LXXVII, 72).

b) "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 estima-

ción 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". (Casación, junio 27 de 1955, LXXX, 475).

c) "El recurso de casación no es una nueva instancia en el juicio, en donde no se puede hacer un libre examen probatorio del proceso. En este recurso extraordinario, es preciso señalar concretamente las pruebas que se estiman mal apreciadas, alegando y demostrando un error de hecho manifiesto o uno de derecho en su estimación por parte del sentenciador e invocando la consecuencial violación de la ley sustantiva, tal como lo manda el numeral 1º del artículo 520 del C. J. y lo ha reiterado en numerosos fallos la jurisprudencia de la Corte". (Casación, junio 13 de 1952, LXXII, 435).

d) "Cuando la violación de la ley tiene por origen la mala apreciación de las pruebas, el recurrente está obligado a puntualizar la clase de error en que cree incurrió el sentenciador, bien de derecho o ya de hecho, y demostrar que existe ese error y que es evidente, si él es de hecho. La Corte no puede cambiar los términos de la acusación, declarando por ejemplo, error de hecho, cuando el alegado es de derecho, o viceversa". (Casación, junio 24 de 1946, LX, 705; julio 7 de 1953, LXXV, 520; marzo 5 de 1954, LXXVII, 72).

La aplicación de estas doctrinas, reiteradamente expuestas por la Corte, impone a la Sala rechazar de plano la demanda de casación formulada en el presente negocio, ya que el recurrente no puntualiza la clase de error en que incurriera el sentenciador al apreciar las pruebas, ni intenta demostrar error de derecho o error evidente de hecho en la estimación de aquéllas. Las alegaciones del recurrente se reducen a comentar parcialmente algunas declaraciones y a criticar en forma global las conclusiones del fallo después del pormenorizado y cuidadoso examen que hizo el Tribunal de los distintos testimonios allegados al proceso, procedimiento que en manera alguna autoriza a la Sala para revisar en casación el juicio del Tribunal de instancia sobre los hechos controvertidos.

No se admite la acusación.

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 Bucaramanga, de fecha 21 de mayo de 1955, 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.

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

Ernesto Melendro Lugo, Srio.

RECURSO DE HECHO

El Tribunal, en el caso, consideró que la acción principal era la de restitución de un inmueble y no la del estado civil y que por no reunirse el requisito en cuanto a la cuantía necesaria para la procedencia del recurso, éste debía negarse.

La Corte considera que la acción por medio de la cual el actor reclama la restitución del inmueble no sólo es conexa sino que está subordinada a la de estado civil, de suerte que la procedencia de aquélla depende de la prosperidad de ésta. En tales condiciones, es forzoso decir que el recurrente tiene interés jurídico en los resultados de la sentencia contra la cual recurre, y siendo así, la cuantía no juega el papel que le correspondería si la acción principal no versara sobre estado civil.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

El apoderado de Reinel Dorado recurre de hecho ante la Corte para que se le conceda el recurso de casación que le denegó el Tribunal Superior de Cali contra la sentencia de 3 de agosto de 1955, dictada por esa entidad.

Se trata del juicio ordinario de **Ernestina Acosta**, como representante de sus menores hijos Ruth María y Héctor Manuel Acosta, contra **Margarita Quijano, Ricaurte Rengifo y Reinel Dorado.**

Se tiene en cuenta:

I.—Ernestina Acosta, como representante legal de sus hijos naturales Ruth y Héctor, demandó en juicio ordinario a Margarita Quijano, Ricaurte Rengifo y Reinel Dorado, para que se hicieran seis declaraciones, a saber:

1ª—Que los citados menores "son hijos naturales del señor Pedro Pablo Rengifo, concebidos en la señora Ernestina Acosta, en relaciones sexuales estables";

2ª—Que "la señora Margarita Quijano no tiene derecho alguno en la sucesión del señor Pedro Pablo Rengifo";

3ª—Que Ricaurte Rengifo y Reinel Dorado deben restituir a la sucesión de Pedro Pablo Rengifo el inmueble señalado en el hecho 7º de la demanda;

4ª—Que los demandados deben pagar los frutos naturales y civiles producidos por el inmueble;

5ª—Que es nula la inscripción en el registro de la escritura número 1871, de 9 de julio de 1951, de la Notaría 3ª de Cali; y

6ª—Que se condene en costas a los demandados si se oponen a la demanda.

II.—Como hechos de la demanda se enumeran diez, que se resumen así:

1º—Ernestina Acosta mantuvo relaciones sexuales estables con Pedro Pablo Rengifo, durante más de veinte años;

2º—"Durante dichas relaciones sexuales la señora Acosta y Rengifo procrearon dos hijos";

3º—El padre de los menores hizo la denuncia correspondiente de su nacimiento y firmó las boletas de bautismo y las actas de inscripción en el registro civil "en calidad de padre natural de los mencionados menores";

4º—El padre convivía con la madre de los menores, "atendía a las necesidades de la familia y de sus hijos y presentaba a éstos ante todos sus relacionados, amigos y vecindario en general como a sus hijos naturales";

5º—Tal presentación tuvo lugar hasta el día de su fallecimiento;

6º—El fallecimiento ocurrió el 6 de febrero de 1951;

7º—Al morir dejó un inmueble, cuyos linderos se señalan;

8º—Fallecido el señor Rengifo, se presentaron en la casa donde Ernestina Acosta había vivido siempre con aquél, los sujetos de nombre Reinel Dorado, Marcos Ramírez, Ricaurte Rengifo y N. Castillo y despojaron a la mentada señora de la propiedad, pues se apropiaron violentamente del inmueble y destruyeron la mejora;

9º — Margarita Quijano, "diciéndose viuda de Pedro Pablo Rengifo", vendió el inmueble refe-

rido a Ricaurte Rengifo, por escritura número 1871, de 9 de julio de 1951, de la Notaría 3ª de Cali, y todavía se pretende poseedor inscrito y material de la finca, junto con Reinel Dorado; y

10º—Pedro Pablo Rengifo no había contraído matrimonio con mujer alguna, ni dejó más herederos que sus hijos naturales.

III.—El Juzgado del conocimiento, que lo fue el 5º Civil del Circuito de Cali, hizo las seis declaraciones pedidas en la demanda, esto es, declaró que Ruth María y Héctor Manuel Acosta son hijos naturales de Pedro Pablo Rengifo; que la señora Margarita Quijano no tiene derecho alguno en la sucesión de éste; que Reinel Dorado debe restituir a la sucesión de Rengifo el inmueble de que trata y los frutos del mismo; que es nula la inscripción de la escritura de venta; y condena en costas a la parte demandada.

IV. — El Tribunal, en la sentencia recurrida, confirmó la de primera instancia y condenó en costas a la parte apelante, que lo fue la demandada, pues consideró demostrados plenamente los hechos que le sirven de base a las peticiones de la demanda.

En efecto, la calidad de hijos naturales de los actores respecto de Pedro Pablo Rengifo aparece con plenitud de documentos y prueba testimonial; está probada igualmente la propiedad del inmueble por parte del causante, así como aparece la demostración de que Margarita Quijano le vendió el inmueble a Ricaurte Rengifo por la escritura citada antes, en su calidad de cónyuge sobreviviente de Pedro Pablo Rengifo, calidad que no aparece acreditada.

V.—Contra esta sentencia interpuso el recurso de casación solamente Reinel Dorado, por intermedio de representante legal (f. 8 v.).

El Tribunal, en providencia de 3 de octubre último, lo concedió por haber sido interpuesto oportunamente y por tratarse de un juicio que versa sobre estado civil, según la parte final del artículo 519 del Código Judicial (f. 9).

Pero en providencia de 15 de octubre el Tribunal revocó la anterior y negó el recurso de casación (f. 10), diciendo que lo perseguido por los actores era la declaración de "un mejor derecho de éstos al inmueble enajenado por la señora Margarita Quijano, invistiéndose de la calidad de cónyuge sobreviviente del difunto propietario", con base, eso sí, en la calidad de hijos naturales por parte de aquéllos; no se trata —prosigue el Tribunal— de una acción general para hacer reconocer un estado civil, pues la calidad de hijos naturales del causante ya había sido "reconocida por los medios legales consagrados al efecto, a fin de que sirva de fundamento al reclamo restitutorio del bien inmueble comprendido en la litis".

Se considera:

La lectura desprevenida de las peticiones y de los hechos de la demanda dice claramente que se trata de un juicio ordinario que versa sobre estado civil, como lo establece el artículo 319 del Código Judicial, ya que la primera petición es la de que se declare que los actores "son hijos naturales del señor Pedro Pablo Rengifo", que, por tanto, tienen derecho preferencial a su herencia; y los hechos de la demanda van encaminados directamente a obtener esa declaración con fundamento en relaciones sexuales estables entre el aludido Rengifo y Ernestina Acosta y en posesión notoria del estado de hijos naturales.

Puede que no hubiera sido necesario pedir la declaración de filiación natural, como el Tribunal lo afirma, pero lo cierto fue que se pidió y no en cualquier forma, sino de manera principal, hasta el punto de que la restitución del inmueble de que trata el juicio es apenas accesoria o consecuencial de la acción sobre estado civil. La sentencia, de otro lado, declara la posesión de ese estado civil. Y siendo una la parte demandada, si bien formada por varias personas, cualquiera de ellas podía interponer el recurso de que se trata, porque así lo requiere la unidad o continencia de la causa: si se llama parte el litigante o grupo de litigantes que en juicio sostienen las mismas pretensiones, si figura el recurrente como demandado y, sobre todo, si dicho recurrente resulta afectado por la sentencia, no se ve la razón por la cual no pueda atacar en casación dicha sentencia.

Dicho de otro modo, la acción por medio de la cual se reclama la restitución del inmueble no sólo es conexa sino que está subordinada a la de estado civil, de suerte que la procedencia de aquélla depende de la prosperidad de ésta. En tales condiciones, es forzoso decir que el recurrente tiene interés jurídico en los resultados de la sentencia contra la cual recurre, y siendo así, la cuantía no juega el papel que le correspondería si la acción principal no versara sobre estado civil.

Aunque no está hoy vigente el artículo 60 de

la ley 100 de 1892, resulta aplicable la doctrina de la Corte expuesta en fallo de 6 de mayo de 1911, a saber: que cuando a la acción principal que se ejerce se acumula una por reconvención, es indispensable, para que sea exequible el recurso de casación, respecto de ambas, que concurran en la una y en la otra, los requisitos que la ley exige para todo recurso. De lo contrario, sólo prospera aquel que los reúne, pues la circunstancia de la acumulación no es bastante por sí sola para que el recurso se surta respecto de todas las acciones acumuladas, dado su carácter especial. Pero la casación puede extenderse a todas las acciones acumuladas, cuando tienen tal conexión que el fallo que recaiga a la una comprenda, o modifique, o afecte a las otras, aunque respecto de una falten los requisitos que la ley exige. (G. J. Tomo XIX, números 976-77, página 312).

Así, pues, habiéndose llenado las demás exigencias para la interposición del mencionado recurso de casación contra la sentencia del Tribunal de Cali, debe admitirse y así habrá de resolverse.

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, CONCEDE el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de tres de agosto último, proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el juicio ordinario de Ernestina Acosta, como representante de sus hijos menores Ruth María y Héctor Manuel Acosta, contra Margarita Quijano, Ricaurte Rengifo y Reinel Dorado.

Comuníquese al Tribunal para que remita el expediente, previa citación de las partes.

Notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese lo actuado en este recurso.

Manuel Barrera Parra— Agustín Gómez Prada. Ignacio Gómez Posse — José J. Gómez R.—José Hernández Arbeláez — Luis Felipe Latorre—Julio Pardo Dávila — Alberto Zuleta Angel — Ernesto Melendro Lugo, Srio.

ACCION RESOLUTORIA DE UN CONTRATO DE PROMESA DE VENTA

1.—La dinámica contractual en la promesa de compraventa, como en todos los negocios bilaterales, está regida por el principio de la SIMULTANEIDAD: deben cumplirse al mismo tiempo las obligaciones recíprocas de las partes, a menos que en casos especiales la ley, el acuerdo de voluntades o la naturaleza misma de la cosa conforme a la equidad, prescriba el orden necesario para ser satisfechas las prestaciones de los contratantes.

2.—Para que sea viable la acción resolutoria no basta que el otro contratante no haya cumplido: es necesario también que el demandante se hubiera allanado a cumplir en la forma y tiempo debidos, si de su parte no ha procedido ya el pago de la obligación.

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

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez)

En 5 de noviembre de 1941, Julia Sáenz Rodríguez prometió transferir a título de venta en favor de Segundo Adolfo Piza ocho fanegadas con dos mil trescientos metros cuadrados de terreno, como parte de la hacienda de "La Vanguardia", en la fracción de Coralina, Municipio de Moniquirá, por los linderos descritos en el respectivo documento. Del precio de $ 1.150.00, la prometiente vendedora declaró recibidos $ 400, y para el saldo se convinieron plazos, así: hasta el 15 de los mismos mes y año, para abonar $ 150; y hasta el 5 de mayo de 1942, o sean seis meses, para los $ 600 restantes, "día en que la vendedora (sic) le otorgará la escritura correspondiente". Desde aquella misma fecha, 5 de noviembre de 1941, el prometiente comprador recibió el inmueble, y por vía de pena se estipuló la suma de $ 500.

A base de que el prometiente comprador Piza no cumpliera con lo de su cargo, la prometiente vendedora Julia Sáenz Rodríguez le instauró juicio ordinario ante el Juez Civil del Circuito de Moniquirá, por medio de libelo que contiene las súplicas siguientes:

Primera.—"Que está resuelto el contrato de promesa de venta celebrado entre la señorita Julia Sáenz Rodríguez y Segundo Adolfo Piza, contenido en el documento privado suscrito en Moniquirá entre los mismos, el día 5 de noviembre de 1941 y que tiene por objeto un lote de terreno que hace parte de la hacienda de "La Vanguardia", ubicado en la vereda de Coralina de la jurisdicción de Moniquirá...

Segunda.—"Que como consecuencia de la declaración anterior, se ordene la devolución del lote de terreno anteriormente alinderado en favor de mi mandante señorita Julia Sáenz, entrega que debe hacerla el demandado Segundo Piza dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria del fallo que ponga fin al juicio y de conformidad a la alinderación dicha (sic).

Tercera.—"Que se condene al demandado Piza a pagar a mi mandante los frutos civiles y naturales producidos por el inmueble aludido en esta demanda, desde cuando dicho lote le fue entregado en tenencia al presunto comprador hasta cuando se realice la entrega.

Cuarta.—"Que se condene al mismo demandado a pagar en favor de mi mandante la suma de $ 500 m. c., estipulada como cláusula penal, de conformidad con lo dicho en una de las partes del respectivo contrato de promesa.

Quinta.—"Que se condene al demandado en las costas del juicio, caso de oposición.

Sexta.—"Que se ordene la inscripción de esta demanda en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos".

El Juez del conocimiento puso término a la primera instancia en fallo del 13 de septiembre de 1954, plenamente absolutoria para el demanda-

do, providencia que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja confirmó el 11 de febrero de 1955.

Está surtido el trámite correspondiente al recurso de casación interpuesto por la parte actora, y es por ello la oportunidad de fallar.

Dice el recurrente:

"Acuso la sentencia del H. Tribunal de Tunja de fecha 11 de febrero de este año dictada en el juicio de la referencia, por violación directa de la ley sustantiva, o lo que es lo mismo por un absoluto desconocimiento de las reglas y principios que rigen la promesa de contrato, y por aplicación e interpretación errónea de algunas disposiciones civiles; y finalmente por errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas".

Estima que el Tribunal, para deducir el incumplimiento del actor como base del fallo, tomó en cuenta "dos declaraciones sin significado jurídico alguno frente a la prueba que debe dar el demandado del incumplimiento, y el hecho de que no se hubiera presentado por la parte actora el certificado notarial de haber estado lista a otorgar la escritura de venta respectiva". Alega que cuando el acreedor rehusa recibir, el deudor, para eximirse de los efectos del incumplimiento y obtener su liberación, no le basta ofrecer el pago, sino que está en el deber de hacerlo por consignación, para que el Juez reconozca jurisdiccionalmente la oportunidad y suficiencia del mismo pago. Cita, como olvidados por el Tribunal, los artículos 1656, 1660 y 1661 del Código Civil y 975 y siguientes del Código Judicial, sobre pago por consignación, para agregar: "El sentenciador, consideró que había cumplido su obligación con dos declaraciones, cuando la ley exigía una específica prueba, y los artículos 979 y 980 del Código Judicial exigían previa declaración del pago en cuanto a su eficacia y validez". Y resume así:

"El error puede sintetizarse en considerar que es suficiente la prueba testimonial cuando la ley exige prueba especialísima al caso y en estimar que dos declaraciones con aplicación del artículo 697 del Código Judicial sirven para acreditar el cumplimiento de una obligación como la de que trata el presente juicio. Y también en estimar que el demandante debía hacer o ejecutar acto distinto del que hizo, sujetarse a que el demandado cumpliera de su parte lo que a ella correspondía, ya que no se le podía obligar a otorgar una escritura sino a la vez (sic) no se había realizado el pago".

En seguida se detiene el recurrente en consideraciones acerca de que no era posible exigir de la actora el certificado notarial sobre el hecho de que hubiese estado lista a otorgar la escritura de venta, como requisito de su acción judicial, por tratarse de un intercambio de prestaciones y porque el juzgador debió limitarse a saber si el demandado adeuda real y efectivamente la prestación exigida por el actor y nada más; "y si consta que la deuda —agrega— es deber del juez de hacerla ejecutar, porque del pago del precio es que puede surgir la obligación de otorgar la escritura". E insiste así:

"No era posible legalmente exigirle al demandante que otorgara su escritura de venta con anterioridad al pago del precio. Tratándose de contrato bilateral o sea de un acto jurídico que implica intercambio de prestaciones, no es posible exigirle a una de las partes que adelante su prestación. En estas condiciones, no es jurídico sostener que el demandante por no haber otorgado la escritura, no había cumplido y carecía de derecho para exigir su cumplimiento, o demandar los efectos jurídicos del incumplimiento". De donde concluye:

"El Tribunal violó así el artículo 632 del Código Judicial porque no le dio al contrato el valor probatorio que tenía, y con ello desconoció el derecho indicado en el artículo 1546 del Código Civil, y aplicó indebidamente al caso el artículo 1609 del Código Civil, ya que reconoció como excepción un hecho cuya existencia no aparecía en autos, constando precisamente uno contrario, y todo por una valoración probatoria indebida. Desconoció el mérito probatorio de la confesión no aplicando así el artículo 606 del Código Judicial, en donde consta que el demandado no pagó el precio en la oportunidad convenida, aceptando una explicación y una prueba inconducente dejando sin relevancia jurídica los artículos 593 a 596 del citado Código Judicial y como consecuencia dando por probado el incumplimiento de la parte actora. Naturalmente en virtud de no haberse tenido en cuenta esos elementos de juicio en su significado jurídico dejaron de aplicarse e interpretarse debidamente los artículos 1546 y 1609 del Código Civil, no decretando la resolución pedida y con ella la restitución, o sea desconociendo una de las causales de extinción de los contratos y con ello el derecho de mi mandante como víctima de la inejecución a desligar-

se de sus compromisos originarios del contrato objeto de la litis".

Por el aspecto de que el demandado recibió el inmueble prometido en venta, se alega que si el prometiente comprador "no cumplió su obligación de pagar el precio y no tiene derecho al otorgamiento de la escritura pública, no se ve con base en qué se niega la restitución del terreno, porque aún aceptando la tesis del sentenciador del incumplimiento mutuo, tampoco existe base legal alguna para negar la restitución, porque el título opuesto por aquél es la misma promesa, y consta que ella es ineficaz entonces frente a los dos contratantes". Y añade:

"En estas condiciones aparece nítidamente que Piza tiene el inmueble prometido en venta por la señorita Sáenz, reconociendo el dominio de ésta, y que en consecuencia no puede otorgársele derecho alguno para retener o mantener esa posesión que en virtud del vencimiento del plazo y de la inejecución recíproca del contrato como lo plantea el Tribunal, ya que la extinción de la causa original de esa tenencia o posesión impide la continuación legal de esa tenencia. Aparece de autos que la posesión no ha continuado en concepto de dueño, y por consiguiente que hay detentación, y con todo la sentencia dice que no hay lugar a la restitución pedida porque es una petición consecuencial.

"El error está en no ver que es una petición independiente a pesar de los términos empleados en la demanda, ya que si se pide como consecuencia de la ineficacia de la promesa y ésta se reconoce, pero no se decreta con fundamento en el instituto jurídico de la resolución, es obvio que debe decretarse porque el motivo fundamental para reclamarla ha sido reconocido por el sentenciador: la ineficacia de la promesa entre los mismos que la otorgaron por el incumplimiento mutuo o por el incumplimiento de la parte demandada como lo sostiene el presente recurso".

En este orden de ideas, el recurrente sostiene que por no haber decretado la restitución el Tribunal desconoció los artículos 762, 946, 950, 952, 961 del Código Civil, y remata así:

"La acción restitutoria ha debido decretarse ya que se había pedido en la demanda y el demandante había probado sus extremos: el dominio del demandante y la posesión injusta del demandado. Al no hacerlo así, violó las normas mencionadas sobre posesión y propiedad y el derecho a la restitución, y como consecuencia de no haberle dado el significado verdadero a la prueba en que se fundamentaba dicho derecho. La restitución así demandada tenía por finalidad amparar el derecho de la demandante a la posesión, y al negarse como lo resuelve la sentencia, desconoce el derecho de mi mandante. Por eso debe desestimarse la sentencia y una vez invalidada dictarse en instancia la correspondiente restitución".

Para sustentar el fallo en derecho, dijo el Tribunal:

"Se ejercita en el presente juicio la llamada **acción resolutoria**, tendiente a dejar sin efectos los contratos bilaterales, a petición de una de las partes, por el incumplimiento de las obligaciones de la otra.

"Ya este Tribunal en varias y recientes sentencias, que no es necesario citar, ha recordado cuáles son los requisitos o presupuestos necesarios para la prosperidad de la acción, a saber:

"1.—Que se trate de un contrato bilateral;

"2.—Que el demandado haya incumplido sus obligaciones totalmente, o sólo en parte, pero en una parte de tal importancia que el equilibrio de la convención quede destruído; y

"3.—Que, por su parte, el actor haya cumplido sus obligaciones, o se haya allanado a cumplirlas en la forma y tiempo debidos.

"4.—Estos son los principios que se derivan del artículo 1546 del Código Civil, que consagra la acción.

"Ahora bien: en el caso en estudio, se cumplen los dos primeros requisitos enunciados, pero no el tercero, porque, como ya se dijo, el actor no cumplió las obligaciones nacidas para él de la promesa de venta, ni se allanó a cumplirlas en la forma y tiempo debidos. No tiene, pues, derecho a pedir la resolución del contrato, porque el equilibrio contractual (fundamento último de la resolución por incumplimiento), no se ha destruído, y porque en virtud de lo dispuesto por el artículo 1609 del Código Civil, el demandado no se halla en mora.

"Contra lo anterior, no vale alegar que debía cumplirse primero la obligación de pagar el precio, y luego la de otorgar la escritura, porque claramente se estipuló en la promesa que estas prestaciones debían satisfacerse simultáneamente: '...el resto o sean **seiscientos pesos** ($ 600) los pagará dentro del plazo preciso de seis meses contados desde hoy, día en que la vendedora le otorgará la escritura correspondiente...'.

"Tienen exacta aplicación en este caso, las siguientes doctrinas:

" 'En caso de que todas las partes que celebraron el contrato sean negligentes en el cumplimiento de sus obligaciones, para las cuales ni la ley ni el contrato señalan orden de ejecución, caso no especialmente previsto por la ley, la solución de la doctrina, no pudiéndose considerar como morosa a ninguna, es la improcedencia, para todos, de las acciones que alternativamente concede el inciso 2º del artículo 1546, situación esta de involuntaria y estéril anormalidad contractual, o hasta cuando la prescripción ponga término a las indicadas acciones'. (GACETA JUDICIAL, Tomo LV, pág. 70).

" 'Como las prestaciones recíprocas pueden ser o no simultáneas, esto es, susceptibles de satisfacerse a un mismo tiempo, el examen del punto relativo al cumplimiento por parte de cada uno de los contratantes de las obligaciones a su cargo, o de ese allanamiento a pagarlas, implica la definición previa del orden en que debe tener lugar el cumplimiento. El orden de ejecución de los contratos puede resultar de la ley, de la propia convención, o de la naturaleza misma del contrato. Si en la ley no se determina otra cosa, si entre las partes no se conviene en ese sentido, ninguno de los contratantes estará obligado a adelantar su prestación, porque en tal caso el cumplimiento debe ser recíproco y simultáneo'. (Colin y Capitant, Derecho Civil, Tomo III, pág. 678).

"Aunque ello no era necesario, se han transcrito las anteriores opiniones de autoridad, para rechazar la tesis expuesta como fundamento del recurso de apelación, según la cual era primero la obligación de pagar y después la de otorgar la escritura. Aunque esto fuera cierto (y no lo es, como ya se demostró al trascribir la cláusula pertinente), para que la prometiente vendedora pudiera ejercer la acción resolutoria, el demandado debía ser colocado en mora, y para esto se requería que aquélla cumpliera su obligación o se allanara a cumplirla en la forma y tiempo debidos.

"Obtenida esta primera conclusión fundamental, la de que no puede prosperar la petición principal de la demanda, no es el caso de estudiar los demás aspectos planteados por el recurrente, que dicen relación a las peticiones accesorias (tales como la condena a la restitución del inmueble, al pago de frutos, perjuicios y costas, etc.)".

Por cuanto hace a la cuestión de hecho, expresó el sentenciador, entre otras cosas, lo siguiente:

"Piza pagó parte del precio en el momento de la celebración del contrato de promesa ($ 400), y se obligó a pagar $ 150 pocos días después, y el resto, o sean $ 600, al vencimiento de un plazo de seis meses contados a partir de la misma fecha. Está aceptado por ambas partes que el contado de $ 150 se pagó oportunamente. Está también aceptado que el resto ($ 600) no los ha pagado Piza a la señorita Sáenz. Esta falta de pago, es la que motiva la acción que dio lugar al pleito.

"Por su parte, la prometiente vendedora se obligó a otorgar la escritura de compraventa a favor de Piza, en la misma fecha del pago del último contado, es decir, seis meses después de la firma de la promesa. La señorita Sáenz no cumplió en ninguna forma su obligación. Por el contrario, con las declaraciones de Juan Cristancho y Eutimio Moreno (transcritas atrás), se demuestra plenamente que la prometiente vendedora, ante la solicitud del aquí demandado, se negó a otorgar la escritura, alegando que el terreno prometido en venta estaba gravado con una hipoteca. Además el apoderado de la actora ni siquiera ha insinuado que ella hubiera concurrido oportunamente a una Notaría con el fin de cumplir su obligación, ni ha presentado el certificado correspondiente, que sería la plena prueba del cumplimiento o de la voluntad de cumplir.

"Las mismas declaraciones citadas en el numeral anterior, sirven de plena prueba de que Piza estuvo dispuesto a cumplir su obligación oportunamente, lo cual no fue aceptado por la prometiente vendedora. El Tribunal ha dado completo valor a estas declaraciones, por la forma en que aparecen redactadas las respuestas, especialmente las del contrainterrogatorio formulado a los testigos. Lo único que se ha dicho contra ellos, es que se trata de 'extraños': pero esto, precisamente, les da mayor valor, porque indica que no tienen ningún interés en el pleito. También ha pedido el apoderado de la parte actora, que se desestimen tales declaraciones, por estar en contradicción con lo declarado por el propio demandado al absolver posiciones; se hace consistir la supuesta contradicción, en que en tanto que Piza afirma haber hecho la oferta de pago 'donde la Srita. Julia Sáenz quien vivía en esta población en la casa de la señora María Rojas', los declarantes dicen haber presenciado que la misma oferta se hizo 'en la casa de la señorita Julia Sáenz'. En realidad, de esta pequeña disparidad no puede deducirse contradicción sobre ninguna de las circunstancias que rodearon el hecho de la oferta

de pago. En las tres declaraciones, se parte de la base de que la oferta se hizo en el sitio donde vivía la demandada (sic), y el actor agrega a lo anterior que la propiedad de tal habitación pertenecía a una persona distinta. La afirmación de los testigos se explica plenamente porque en el lenguaje común es frecuente decir 'la casa de fulano' por su habitación o residencia, no porque se sepa que la edificación es de su propiedad. Sirve la breve disquisición que antecede, para rechazar las observaciones formuladas contra los testimonios que vienen comentándose, porque aplicando los principios legales, el Tribunal estima que ellos merecen plena credibilidad".

Se considera:

En los pactos sinalagmáticos conmutativos la justicia requiere no sólo que prestación y contraprestación se muevan en plano de equivalencia, sino también que los correlativos vínculos jurídicos se sirvan mutuamente de causa, tomando esta palabra en su sentido más amplio. De esta suerte, la dinámica contractual en la promesa de compraventa, como en todos los negocios bilaterales, está regida por el principio de la **simultaneidad**: deben cumplirse al mismo tiempo las obligaciones recíprocas de las partes, a menos que en casos especiales la ley, el acuerdo de voluntades o la naturaleza misma de las cosas conforme a la equidad, prescriban el orden necesario para ser satisfechas las prestaciones de los contratantes. Así, "en los contratos bilaterales— dice el artículo 1609 del Código Civil— ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos". Y si sucede en concreto, como en el caso de autos, que la ejecución simultánea impera tanto por ley como por el expreso querer de las partes, no puede remitirse a duda que la prosperidad de la acción resolutoria impetrada, envuelve como presupuesto necesario que el actor, cuando menos, se hubiera allanado a cumplir lo de su cargo en la forma y tiempo debidos. Tal es el medio adecuado en derecho para poner en movimiento la obligación correlativa a través de la causa y para que el contratante cumplido ocupe la posición favorable organizada en beneficio suyo por el régimen jurídico. Primeramente, para que pueda tomar la iniciativa y exigir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios en ambas hipótesis. (Artículo 1546, ibidem).

Aparece, sin embargo, que la prometiente vendedora no estuvo allanada a cumplir su obligación de vender el prometiente comprador el terreno materia de la promesa. Más bien el último manifestó su voluntad de pagar $ 600 como saldo insoluto del precio.

Por los medios legales pudo, ciertamente, cualquiera de las partes poner a la otra en mora de recibir y, por lo mismo, colocarse en posición que la capacitara jurídicamente para tomar la iniciativa. Pero es incuestionable que ninguna persona puede fundar acción resolutoria en el hecho de no haberse allanado al cumplimiento de lo que prometiera por obra de su voluntad expresa en el contrato, y menos aún entender que por ese medio desaparezca judicialmente la existencia de la obligación desconocida por el deudor. Para que sea viable la resolución no basta que el otro contratante no haya cumplido: es necesario también que el demandante se hubiera allanado a cumplir en la forma y tiempo debidos, si de su parte no ha procedido ya el pago de la obligación.

No ha pedido el prometiente comprador que el contrato se resuelva por incumplimiento de la prometiente vendedora, por lo cual quedan al margen los argumentos concernientes al pago por consignación. Y en cuanto a la súplica restitutoria, es muy claro que en la demanda inicial viene envuelta como efecto inmediato de la acción resolutoria, cuya suerte debe seguir, y, en consecuencia, no estaba llamada a prosperar.

No está, pues, fundada la acusación.

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 Tunja pronunciada en el presente juicio el 11 de febrero de 1955.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

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

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

ACCION DE SIMULACION DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA. — CASO DE SIMULACION ABSOLUTA. —CONFESION

El calificar si el hecho confesado y el añadido como explicación del principal es o no separable de éste, pertenece al análisis probatorio de los falladores de instancia, sin que pueda desecharse su estimación si no se demuestra que se ha incurrido en error manifiesto o evidente.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

El juzgado sexto civil del circuito de Medellín, en sentencia de 12 de marzo de 1954, después de desechar las excepciones propuestas por la parte demandada, declaró inexistente, por simulación, el contrato contenido en la escritura número 2507, de 18 de agosto de 1947, de la Notaría 3ª del mismo circuito, por la cual Horacio Muñoz P. y Esperanza Escobar de Muñoz le vendieron a Luis Alejandro Muñoz Maya un lote de terreno, con casa de habitación, ubicada en el barrio de "La Aserradera", de la nombrada ciudad, delimitado como en dicho instrumento se dice. Ordenó, en consecuencia, la cancelación del registro, la entrega material del inmueble a los actores y el pago de los frutos desde la contestación de la demanda (f. 38 del c. 1).

El Tribunal Superior de Medellín, en sentencia de 23 de noviembre de 1954, confirmó la del juzgado, pero la adicionó en el sentido de declarar que Horacio Muñoz debe pagarle a Luis Alejandro Muñoz el valor del segundo piso construído en el inmueble y la mitad del valor del primero, que se fijarán mediante el procedimiento del artículo 553 del código judicial, y que tiene el derecho de retención.

Contra este fallo interpuso la parte demandada el recurso de casación.

Antecedentes. — I. Según cuentan los hechos de la demanda, por medio de la escritura arriba citada, o sea, la número 2507 de 18 de agosto de 1947, Horacio Muñoz P. y su esposa Esperanza Escobar le vendieron al padre del primero, Luis Alejandro Muñoz Maya, un lote, con la casa que estaba construyendo, con cabida de 291.70 varas cuadradas, por la suma de $ 5.000.00. El lote lo había adquirido Muñoz P. por escritura número 2057, de 7 de julio anterior, lo estaba pagando por cuotas y, edificada la planta baja de la dicha casa, se pasó a vivir a ella con su mujer, su padre y sus hermanas, hasta que, según dice, su padre y comprador los echó del inmueble, una vez firmada la mentada escritura.

La compraventa se llevó a cabo, prosigue la demanda, porque Luis Alejandro Muñoz le prometió a su hijo Horacio que terminaría de construir la casa, pero con la condición de que le hiciera escritura de confianza de venta del inmueble, con el fin de conseguir dinero y con la promesa de que, una vez cancelada la deuda, le devolvería la propiedad. Pero la escritura no es verdadera: ni los vendedores tuvieron la intención de vender, ni el comprador de comprar; la esposa vendedora era entonces menor de edad; no hubo precio, ni hubo pago; el comprador ha sido siempre un hombre pobre que nunca ha dispuesto de la suma que figura en la escritura como precio; en juicio anterior, que terminó con la declaración de una excepción perentoria temporal de petición de modo indebido, el presunto comprador declaró al contestar la demanda y en posiciones que no había dado ni un centavo y que la escritura no respondía a la verdad.

Por tales razones solicitan los esposos Muñoz-Escobar: que se declare que es inexistente por simulación el contrato contenido en la escritura número 2507, de 18 de agosto de 1947 y por la cual dijeron aquéllos venderle a Luis Alejandro Muñoz Maya el inmueble de que se trata; que se ordene la cancelación del registro y de la matrícula de la propiedad; que se ordene entregar el citado inmueble; que se condene al pago de los frutos naturales y civiles desde la fecha de la escritura, considerando al comprador como poseedor de mala fe; y que se le condene al pago de los perjuicios y las costas del juicio. En sub-

sidio pide que se declare que es nula la compraventa consignada en la escritura citada, por haber intervenido una menor; y, como consecuencia, que se dispongan las cancelaciones y entrega aludidas. Las declaraciones se piden en favor de los actores, personalmente, o en favor de la sociedad conyugal.

II. El juzgado sexto civil del circuito de Medellín, en la sentencia citada, hizo las declaraciones anotadas al principio, o sea, la de inexistencia por simulación del contrato contenido en la escritura número 2507, de 18 de agosto de 1947, para lo cual tuvo en cuenta las posiciones del demandado en el juicio anterior, algunos recibos a favor de la parte actora, declaraciones de testigos y una certificación de la Caja Colombiana de Ahorros, a pesar de que hay un grupo de testimonios que afirman que el demandado estuvo adelantando una construcción en el referido lote.

III. El Tribunal, en la sentencia que se revisa, como ya se anotó, confirmó el fallo del juzgado, con apoyo en las pruebas que se trajeron al proceso. Pero como encontró también establecido que Luis Alejandro Muñoz había suministrado dineros para la construcción de la casa —el primer piso entre las dos partes y el segundo por cuenta del demandado— ordenó como prestaciones mutuas que se pagara a éste el valor de la mitad del primer piso y el valor total del segundo, que habrán de determinarse mediante el procedimiento del artículo 553 del código judicial.

Como ya se advirtió también, contra la sentencia del Tribunal interpuso el demandado el recurso de casación.

Demanda de casación.—Cinco cargos hace el recurrente a la sentencia del Tribunal, que la Corte enuncia en el orden en que la lógica aconseja estudiarlos así:

1º Hay incongruencia entre lo pedido y lo fallado, puesto que lo que se demandó fue una simulación relativa o de medio y lo que se declaró fue una simulación absoluta o una nulidad absoluta.

2º El Tribunal interpetró erradamente las posiciones del demandado, tomando de ellas lo desfavorable y desconociendo lo favorable, o sea, desconociendo la indivisibilidad de la confesión.

3º El Tribunal desconoció el pleno efecto probatorio de la escritura número 2507 y le dio preeminencia a la prueba testifical.

4º El Tribunal interpretó erradamente la cláusula de la escritura número 2507 en que se dice que "la construcción del primer piso se hizo a expensas de ambas partes". Y,

5º El Tribunal interpretó erradamente los recibos de materiales de construcción y las declaraciones de testigos que hablan de la misma construcción, pues tuvo como demostrado el hecho de que ambas partes habían intervenido en la edificación de la casa, sin estarlo en forma plena o completa.

Como se ve, uno de los cargos se basa en la causal segunda del artículo 520 del código judicial, o sea, en no estar el fallo en consonancia con las pretensiones de las partes, y los otros cuatro en la causal primera del mismo artículo, esto es, en violación de ley sustantiva, ocasionada por errada apreciación de algunas pruebas.

PRIMER CARGO—**Incongruencia entre lo pedido y lo fallado.**—"La incongruencia estriba en que el Tribunal declaró una nulidad absoluta, una simulación absoluta, cuando lo pedido era una simulación relativa o de medio", dice el recurrente.

Arguye en favor de su tesis diciendo que en la demanda se afirma que el demandado haría o terminaría la construcción de la parte alta y le pidió al actor que le hiciera escritura en confianza con ese fin; y que en el alegato de segunda instancia dijo el demandante que el demandado debía sanear la propiedad, que reconoce que está hipotecada.

El demandado fue instituído, pues, como mandatario para conseguir dinero prestado y construir otra planta o edificación, esto es, se afirmó por el actor la existencia de un mandato para construir o hipotecar. Ello no obstante, el Tribunal declaró una nulidad o simulación absoluta, o sea, la ausencia total de contrato oculto: incurrió, por tanto, en ultrapetición, por la discordancia inconciliable entre lo pedido y lo concedido. No habiendo probado el actor el contrato secreto, que denunció, ha debido el Tribunal absolver al demandado, pero "no declarar la inexistencia que no había sido alegada ni demostrada".

También hay incongruencia entre lo pedido y lo fallado porque los interesados piden para ellos personalmente o para la sociedad conyugal y, sin embargo, la sentencia condena solamente a Horacio Emilio Muñoz a pagar las mejoras puestas por Luis Alejandro, a reconocer que la mitad de la casa era del mismo Luis Alejandro y, no obstante la restitución del inmueble y la simulación

absoluta están decretados en favor de Horacio Emilio y su mujer, o sea, de los dos demandantes en forma conjunta: "Si la restitución se ordenó en favor del litisconsorcio activo, también las mejoras debería pagarlas conjuntamente ese mismo grupo de demandantes".

Se considera:

Como ya se anotó, es cierto que en los hechos de la demanda se dice que el demandado le pidió al actor que le hiciera escritura de confianza del inmueble "para conseguir dinero con ese fin y atender el servicio de la deuda" y que una vez cancelada ésta le devolvería la propiedad. Pero lo que en la demanda se solicita que se declare es una simulación absoluta: "que es inexistente, por simulación, el contrato que dice contener la escritura pública número 2507, de 18 de agosto de 1947"; que se ordene la cancelación de su registro; que "como consecuencia de la declaración de simulación o inexistencia por simulación" el demandado está obligado a entregar materialmente el inmueble de que se trata; y que está obligado a pagar los frutos y a indemnizar los perjuicios por la retención de la propiedad.

El Tribunal, confirmó la sentencia del juzgado que declara "inexistente por simulación, el contrato contenido en la escritura número 2507 de 18 de agosto de 1947", ordena la cancelación de su registro, la "entrega material" del inmueble, el pago de "los frutos naturales y civiles" del mismo producidos desde la contestación de la demanda hasta que la entrega se verifique y no hace "otras declaraciones".

Ya se ve, pues, que no hay incongruencia entre lo pedido en la demanda y lo decidido en la sentencia.

El otro cargo de incongruencia tampoco existe, pues se ordenó hacer la entrega material y el pago de los frutos a los esposos Muñoz-Escobar, porque así lo solicitaron: "las anteriores declaraciones —se dice en la demanda— se harán en nuestro favor personalmente, o en favor de la sociedad conyugal formada entre nosotros por el matrimonio católico y como administradores conjuntos de los bienes patrimoniales de dicha sociedad".

Y la condena a pagar al demandante las mejoras, proferida sólo contra Horacio Muñoz, no está en desacuerdo con la demanda, puesto que en los hechos se afirma que en el terreno edificó dicho Muñoz la casa de que se trata (hecho 2º) y, sobretodo, porque el bien lo adquirió el marido y los recibos están expedidos en su favor. Además, declarado inexistente el contrato de venta a Luis Alejandro Muñoz, el único titular del bien es Horacio Emilio Muñoz quien, por tanto, debe responder de las prestaciones de que se viene hablando.

En consecuencia, se desecha el cargo.

SEGUNDO CARGO—**Errada interpretación de las posiciones del demandado.**—Dice el recurrente que la escritura número 2507 hace plena fe en cuanto a las declaraciones hechas en ella, respecto de los otorgantes, y que si una de las partes confiesa en posiciones que ese contrato se celebró con determinadas modalidades, las agregaciones que lo favorecen no pueden desconocerse para tomar únicamente de ellas lo que favorece a la contraparte.

"El Tribunal —prosigue el recurrente— aceptó en las posiciones que no había habido pago de precio, pero no aceptó sino en parte la agregación de que se trataba de una dación en pago, o sea, de que los vendedores satisficieron una obligación preexistente. El demandado no declara que el contrato hubiera sido simulado en forma absoluta, sino en forma accidental. Y como el Tribunal le exigió dar la prueba de esta modalidad, violó, por errada interpretación, el artículo 609 del código judicial y quebrantó los siguientes artículos del código civil: el 1602, que da efecto probatorio a las declaraciones de las partes en los contratos; el 1880, que fija los derechos del comprador; el 1882, que señala las obligaciones del vendedor; y el 740, el 741 y el 752, pues el Tribunal resta eficacia al contrato de compraventa y a la tradición. Además, quebrantó el artículo 1740 del código civil, porque desplazó la carga de la prueba sobre el demandado.

Se considera:

Se le preguntó al demandado, en las posiciones de que se trata, en síntesis, si es cierto que Horacio Muñoz fue quien compró el lote y que la escritura que se hizo entre hijo y padre fue de confianza con el objeto de que éste consiguiera un préstamo hipotecario. Cuestionario al cual respondió el demandado diciendo, en resumen, que la escritura fue simulada, mas no con el objeto de que el confesante Luis Alejandro consiguiera dinero con hipoteca y pudiera terminar la construcción que estaba haciendo, sino que el inmue-

ble lo había comprado él, Luis Alejandro, pero que había hecho figurar como dueño a su hijo para que éste pudiera sacar su cesantía: "Fue un convenio que se hizo entre los dos —dice— porque Horacio me tenía que volver a hacer la escritura después de que recibiera la cesantía en Colombiana de Tabaco" (fls. 76 y v. del c. 2).

"Es decir, que en el fondo —explica el Tribunal— según el demandado, el contrato ficticio fue el primero, o sea, el de julio de 1947, ya que debiendo hacerse a su favor la escritura del lote, se otorgó, por confianza y asuntos de familia, a nombre de su hijo el demandante".

De todos modos resulta de tales posiciones, prosigue el Tribunal, "que no se verificó realmente el contrato de compraventa contenido en la escritura de agosto de 1947, una vez que no hubo ni consentimiento ni precio para ese contrato, por alegar el demandado que solamente se trataba de que su hijo le devolviera la escritura de propiedad de aquel inmueble".

Y más adelante aryuge el Tribunal que "en estos asuntos corresponde al actor solamente demostrar que es ficticio el contrato de compraventa... contenido en el instrumento, aportando las pruebas de confesión, etc., pertinentes, y si logra hacerlo, debe serle favorable la sentencia, a menos que el demandado alegue la celebración de otro pacto oculto, en determinadas condiciones y demuestre que existió". Y concluye que el demandante acreditó que el contrato de compraventa aludido es ficticio, pues que así lo reconoce el demandado en posiciones y, en cambio, ésta no demostró que el lote de terreno lo adquirió para sí y que hubo el convenio secreto a que se ha venido haciendo mención.

Al respecto se anota que de conformidad con el artículo 609 del código judicial, la confesión hay que admitirla como se hace, con sus modificaciones y explicaciones, pero **referentes al mismo hecho,** de suerte que si el confesante agrega hechos "distintos y separados que no tengan íntima relación con el primero, constituyen verdaderas excepciones que tiene obligación de probar". Así, pues, que para que la confesión se estime como indivisible o divisible, el criterio legal es el de definir si el hecho agregado tiene relación íntima o no la tiene con el hecho principal.

La tesis del recurrente no puede prosperar en el caso de este juicio, porque la confesión del demandado de ser simulado el contrato de compraventa contenido en la escritura 2507 es absoluta, en el sentido de que Luis Alejandro Muñoz acepta que no hubo precio ni pago de su parte en la escritura por la cual aparece que le compra a su hijo el inmueble, porque la casa era suya y porque éste sólo trataba de devolverle la propiedad. Pero eso de que la casa era suya, pues en la escritura anterior hizo figurar a su hijo como comprador del lote para que pudiera sacar una cesantía, es cosa distinta que no afecta la confesión del demandado.

De todos modos, el calificar si el hecho confesado y el añadido como explicación del principal es o no separable de éste, pertenece al análisis probatorio, que la ley ha dejado al criterio de los falladores de instancia, sin que pueda desecharse su estimación si no se demuestra que se ha incurrido en error manifiesto o evidente, lo que no ha ocurrido en el caso de que se trata.

En consecuencia, se desecha el cargo.

TERCER CARGO — **El Tribunal desconoció el valor probatorio de la escritura pública y le dio preeminencia a la prueba testifical.**

Con ello incurrió el Tribunal en errores de hecho y de derecho y quebrantó los artículos 1759 del código civil y 91 de la ley 153 de 1887, que dan valor de plena prueba a la escritura pública y le dan preeminencia sobre la prueba testifical. Se quebrantaron, además, indirectamente, los artículos 1880, 1882, 741 y 742 del código civil. En síntesis, arguye el recurrente, el Tribunal hizo dos apreciaciones erradas de las pruebas.

Primero, porque le dio valor a los recibos expedidos a favor de Horacio Muñoz contra lo dicho en la escritura número 2507, por la cual compró el demandado. Y,

Segundo, porque el Tribunal le dio pleno efecto probatorio a la constancia que se dejó en la dicha escritura de que el actor compró el lote disputado con el valor de la cesantía que recibió. Esta constancia no puede reputarse como prueba escrita, porque no emana de la parte demandada, sino apenas como un testimonio.

Se considera:

Dice el ordinal 1º del artículo 520 del código judicial que si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se demuestre haberse incurrido por el Tribunal en error que aparezca de modo manifiesto en los autos. Y, co-

mo el opositor lo observa, la alegación peca de vaga y genérica, motivo suficiente para rechazar el cargo.

Sin embargo, procediendo con criterio amplio, se anota: que los recibos o constancias son los acostumbrados en tratándose de construcciones; que tales recibos o constancias los hace valer el Tribunal en favor y no en contra del demandado para efecto de prestaciones mutuas o mejoras hechas en el lote; que esta prueba no es la única que desvirtúa lo aseverado en la escritura pública de venta, comoquiera que el Tribunal comienza su análisis trayendo a cuento la escritura número 2507, de julio de 1947, por la cual Horacio Emilio Muñoz compró el lote; y que la constancia de dicha escritura de que parte del valor del lote lo cubrió éste con el auxilio que habría de pagarle la Compañía Colombiana de Tabaco, está confirmado por la confesión del demandado.

Se rechaza, pues, el cargo.

CUARTO CARGO—**Error de hecho en la apreciación de la cláusula de la escritura número 2507, que dice: "...la construcción del primer piso se hizo a expensas de ambas partes" (subraya la Corte).** Lo que la cláusula quiso expresar —alega el recurrente— es que los vendedores, que son dos (ambos) "estaban construyendo la casa", y, esto no obstante, entendió el Tribunal que "comprador y vendedor habían dicho que la construcción la estaban realizando entrambos". De lo cual dedujo que Alejandro Muñoz había confesado en la escritura que había compartido con Horacio Muñoz "los costos de la primera planta o edificación".

Sin embargo —prosigue el recurrente— Luis Alejandro Muñoz no reconoció copropiedad con los demandantes, sino que ha venido afirmando una exclusiva propiedad a su favor, y como el Tribunal entendió la cláusula que se comenta en el sentido arriba indicado, hizo una interpretación errada y violó los artículos 1759 y 2507 del código civil y 632 del código judicial.

Se considera:

Como ya se ha dicho antes, la ley exige que el error de hecho tiene que ser manifiesto o evidente, y no aparece como tal el alegado aquí.

En efecto, se admite que el Tribunal se equivocó al interpretar la cláusula de la escritura, pues ella lo que dice es que el terreno es de los vendedores por haberlo adquirido por escritura número 2507 "y la casa por estarla construyendo ambos exponentes a sus propias expensas". Y se equivocó el Tribunal, porque los exponentes, "ambos exponentes", son los dos vendedores, Horacio Muñoz y su mujer, que eran los que hasta entonces estaban hablando ante el Notario, ya que el comprador sólo es exponente al final del instrumento citado, cuando se dice: "presente el comprador... expuso: que acepta esta escritura y la venta que por ella se le hace".

Pero esa equivocada apreciación no hace evidente el error sobre todas las pruebas que acreditan el hecho que el Tribunal estudia en ese punto, que es el de saber quiénes habían hecho la construcción del primer piso de la casa. El hecho es uno solo y las pruebas son varias, de suerte que demostrado el error en la apreciación de una no podría invalidarse el fallo en lo referente a otras que no han sido atacadas.

Así, en una parte de la sentencia dice el Tribunal al respecto: "hay numerosas pruebas en el proceso, entre ellas, confesiones del demandante y las cláusulas del instrumento público de agosto de 1947, en que se reconoce que la construcción del primer piso se hizo a expensas comunes".

Y en otra parte:

"Se allegaron numerosos comprobantes o recibos dados por varias casas comerciales y por trabajadores, expedidos unos a favor de Horacio Muñoz y otros de don Luis Alejandro Muñoz, por artículos de construcción, o por trabajos efectuados en la edificación de la casa; también declaraciones de varios testigos que afirman unos que el actor pagaba dichas obras y otros que el demandado, y que aquélla se hacía por su cuenta; y finalmente, testimonio de Alberto Zea que expone que Luis Alejandro Muñoz es deudor de la señorita Sofía Vélez por la cantidad de cuatro mil pesos, con garantía hipotecaria sobre el inmueble litigado, y que ese dinero se prestó para atender a la construcción de la casa, según manifestación del demandado (artículo 6977 del C J.).

"De tales pruebas se desprende que la construcción del primer piso se hizo a expensas de ambas partes, y esto mismo consta en la escritura de agosto de 1947, en que se dice que la casa fue adquirida 'por estarla construyendo ambos exponentes a sus propias expensas' ".

En consecuencia, se desecha el cargo.

QUINTO CARGO—Alude el recurrente al primer párrafo transcrito en el aparte anterior, para decir que el Tribunal erró en la apreciación de las pruebas al optar por la solución salomónica de ordenar el pago de la construcción del primer piso de la casa por mitad al demandante y por mitad al demandado.

Por ello quebrantó los artículos 593 y 601 del código judicial y el 91 de la ley 153 de 1887.

Así, desconoció o dejó de apreciar las posiciones de Horacio Muñoz, que dice que fue el demandado quien contrató, vigiló y dirigió la construcción, con lo cual violó el artículo 606 del código judicial e, indirectamente, los artículos 762 y 765 del código civil.

Además, no apreció las declaraciones de Germán Casas, Luis Jiménez y Alberto Alvarez: el primero "es empleado de la oficina municipal que regula los permisos para edificar"; y los otros dos estuvieron en condiciones de "testificar las gestiones realizadas por Alejandro Muñoz, desde sus preliminares o cimientos". Con ello violó el artículo 697 del código judicial y los artículos 762 y 981 del código civil, que tratan de la posesión.

Tampoco apreció el Tribunal la relación de los pagos hecha por la empresa comercial que vendió más tarde el solar a Horacio Emilio Muñoz, relación en que aparece "Luis Alejandro Muñoz como el suscriptor del lote disputado", ni apreció "la carta dirigida a dicha casa", que aparece en copia auténtica, de 6 de junio de 1947, "ni apreció finalmente los recibos sobre pagos del solar y materiales de construcción extendidos en favor del señor Muñoz, demandado".

Estas probanzas tienen valor de prueba testifical y al desconocer tales escritos violó el Tribunal los artículos 762, 981 y, particularmente, el 1602 del Código Civil. "El Tribunal no ve en aquellos pagos —concluye el recurrente— en aquella intervención directa del señor Luis Alejandro Muñoz, en la orden que dio de que la escritura primera se hiciera a Horacio Emilio, actos positivos de posesión y dominio, contrariamente a lo sentado en tales disposiciones".

Se considera:

Como se ve, el recurrente ataca la apreciación del Tribunal de que, habiéndose allegado "numerosos comprobantes o recibos", expedidos por casas comerciales y por trabajadores, unos en favor de Horacio y otros en favor de Luis Alejandro Muñoz, ya por artículos de construcción o por trabajos efectuados en la edificación de la casa, así como testimonios de que la obra se hacía, ya por cuenta del uno, ya por cuenta del otro, y de que el demandado había hipotecado el inmueble por cuatro mil pesos, lo equitativo era considerar que "la construcción del primer piso se hizo a expensas de ambas partes", o sea, por mitad.

Pero de la argumentación que hace no se puede llegar a la conclusión de que haya de preferirse las pruebas a que alude a las otras que el Tribunal cita, pues no se sabe por qué tengan mérito las que invoca y no lo tengan las que la sentencia tiene en cuenta. La casación, como innúmeras veces se ha repetido, no es una tercera instancia en que puedan revisarse libremente las cuestiones debatidas provocando un nuevo análisis de las pruebas. El error de hecho en su análisis tiene que aparecer de modo manifiesto y es indispensable que se demuestre haberse incurrido en él por el Tribunal. Y para concluir que de ese modo no aparece en este caso, basta con repetir lo dicho al principio, esto es, que el recurrente cita algunas pruebas que considera que el Tribunal no apreció debidamente, pero omitiendo decir por qué no han debido tenerse presentes las que tuvo en cuenta para tomar la decisión que se ataca.

Aquí cabe observar que el recurrente no alega que la condena debía haberse limitado a ordenar el pago de lo realmente invertido por cada uno de los interesados, sino que la argumentación se endereza a demostrar que el dueño único del inmueble es el demandado recurrente, con exclusión del demandante, y en tal sentido y por lo que se deja dicho no puede aceptarse.

En consecuencia, se desecha el cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida de que se ha venido hablando.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, 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 Lugo, Srio.

REIVINDICACION.—PRUEBA DEL DOMINIO. — LA OMISION DE LA AUTORIZACION JUDICIAL A QUE SE REFIERE EL ARTICULO 1.379 DEL CODIGO CIVIL ACARREA UNA NULIDAD RELATIVA

1—Reiteradamente ha dicho la Corte que al dueño que quiere demostrar propiedad le toca probar su derecho, pero exhibiendo el título no hay por qué exigirle la prueba del dominio de su antecesor, cuando la fecha del registro de tal título es anterior a la posesión del reo y que el demandado en juicio de reivindicación no puede defenderse eficazmente sino demostrando sus propias pretensiones de dominio, pero no alegando que la propiedad reivindicable pertenece a terceros.

2—La omisión de la autorización judicial, a que se refiere el artículo 1.379 del C. C., daría lugar a una nulidad relativa saneable por las personas en cuyo favor se establecen estas medidas protectoras de sus intereses patrimoniales. Legalmente nada podría impedir que cuando los menores lleguen a la mayoría de edad ratifiquen expresa o tácitamente lo hecho por su representante legal.

Como se deduce del artículo 1741, la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración no a la naturaleza de ellos sino a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, constituye nulidad relativa y por lo tanto no declarable de oficio.

3—Para que opere el fenómeno de la prescripción a que se refiere el artículo 12 de la ley 200 de 1936 es necesario no solamente que se posea a base de explotación económica determinada porción durante cinco años continuos, sino que es esencial que quien pretenda usucapir crea de buena fe que se trata de tierras baldías.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse).

Se define el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal de Pereira en el ordinario de Tulio Peláez Gómez contra Fidel Ocampo.

ANTECEDENTES:

Peláez Gómez demandó a Fidel Ocampo para que se hicieran las siguientes declaraciones:

a) Que es de su propiedad exclusiva el inmueble que se alindera y determina en el hecho primero del libelo, con todas sus mejoras, anexidades, y dependencias;

b) Que como consecuencia de la súplica anterior, Ocampo está obligado a restituír al actor el mencionado bien con las consiguientes prestaciones, considerándolo como poseedor de mala fe;

c) Que debe pagar las costas del juicio.

Como hechos fundamentales se anotaron:

1º—Mediante escritura pública Nº 197 - Notaría de Quimbaya - de 19 de abril de 1942, debidamente registrada, Tulio Peláez Gómez compró a Jesús María Martínez M., un lote de terreno denominado "LA UNION", situado en el paraje del mismo nombre del Municipio de Quimbaya, con todas sus mejoras y alinderado como se expresa en la demanda;

2º—Martínez M. había adquirido el inmueble referido en virtud de la partición de bienes verificada con la señora Rosalía Hurtado por medio de escritura pública Nº 309 de 25 de julio de 1938. Martínez M. había adquirido el derecho objeto de la partición por compra que hizo a la señora María Antonia Martínez, según escritura Nº 9 de 15 de enero de 1936. A María Antonia Martínez se le adjudicó lo vendido en la sucesión de Jesús María Martínez, según partición verificada ante el Juzgado del Circuito de Filandia el 21 de octubre de 1935; a su turno el causante Jesús Martínez adquirió el mismo inmueble en mayor extensión así: parte por compra a José María Martínez mediante escritura Nº 480 el 12 de agos-

to de 1923; y parte por compra que en asocio del mismo Martínez había hecho a Celso Valencia, por escritura Nº 210", pasada ante el secretario del Concejo de Filandia el 25 de noviembre de 1907.

3º—Con posterioridad a la compraventa hecha por Peláez Gómez, éste le entregó el inmueble adquirido a Manuel Antonio Peláez, en administración, quien a su turno lo entregó a Gerardo Martínez y éste "prevalido de la tenencia que le había confiado Peláez y aprovechando la ausencia de éste, se apoderó del inmueble, con pleno conocimiento de que era ajeno, se quiso hacer titular y se negó a devolver el mismo inmueble a su dueño como también al señor Manuel Antonio Peláez de quien lo había recibido".

4º—Martínez transfirió a título de venta a los señores Antonio J. Arango y Jaime Llano Escobar unas mejoras en el mismo bien que había adquirido el actor y otras que éste había plantado, transferencia que se verificó por escritura pública Nº 100 de febrero de 1946. Arango la vendió a Clementina Valencia de M., la mitad de esas mejoras por escritura Nº 247 de 13 de junio de 1946 y ésta se las transfirió al demandado Ocampo el 1º de julio de ese mismo año por escritura Nº 338.

5º—Jaime Llano Escobar, por título escriturario Nº 333 de 28 de julio de 1946 le vendió al mismo Ocampo las mejoras que había adquirido por medio de la escritura Nº 100 citada.

6º—Con base en los títulos que se acaban de reseñar, el señor Ocampo vino a ser poseedor material del inmueble especificado que pertenece en pleno dominio con sus mejoras a Tulio Peláez Gómez.

El demandado se opuso a las pretensiones del actor y afirmó que es poseedor "inscrito y material del bien litigioso de modo regular y con buena fé; y que esa posesión la tiene en virtud de un contrato oneroso".

LAS SENTENCIAS:

El Juzgado **a quo** desató la litis declarando que Peláez Gómez es dueño absoluto del inmueble cuestionado; que como consecuencia el demandado debe restituírlo a su dueño con todas sus mejoras y anexidades. Reconoció que el demandado Ocampo "tiene derecho a que se le cubra el valor de las mejoras establecidas en el lote, excepción de la de pasto, valor que asciende a la suma de $ 1.696 y que mientras no se le cubra esa cantidad podrá retener el inmueble". Condenó al demandado a pagar al actor el valor de los frutos naturales percibidos a partir de la contestación de la demanda en lo atinente a las mejoras de pasto lo mismo que al valor total de los frutos civiles (arrendamientos) a partir de la misma fecha; esta tasación se hará de acuerdo con el art. 553 del C. J. Asímismo lo condenó al pago de las costas.

En segunda instancia se confirmó la providencia del inferior.

LA DEMANDA DE CASACION

Dos cargos formula el recurrente contra la sentencia. El primero apoyado en la causal primera del art. 520 del C. J., lo hace consistir en que "el sentenciador dio como suficientemente demostrada en cabeza del actor la calidad de titular del dominio del terreno que se reivindica, sin estarlo, y ese manifiesto error de hecho y de derecho en la apreciación de los títulos aducidos lo condujo a aplicar indebidamente al caso del pleito los preceptos que gobiernan la reivindicación y a violar las disposiciones citadas en la demanda".

Para sustentar el cargo dice la parte recurrente que el actor Tulio Peláez Gómez presentó como título de dominio la escritura Nº 197 de 19 de abril de 1942 en virtud del cual adquirió el bien objeto del juicio por venta que de él le hizo Jesús María Martínez y que en la cláusula segunda se expresó que Martínez había adquirido el inmueble por adjudicación que se le hizo en la partición formal de bienes verificada con la señora Rosalía Hurtado, por escritura Nº 309 de 25 de julio de 1938; que "la indicación de la procedencia del dominio dada en esta escritura, al menos tenía que conducir al comprador Peláez Gómez a observar el título de su causante. Y ese examen tenía que conducirlo a la convicción de que iba a tratar de adquirir de quién no era verdadero dueño porque el título del tradente Martínez M. es la partición amigable que efectuó por la escritura 309 con Rosalía Hurtado viuda de Gregorio Martínez M., para dividirse varios lotes que poseían en común éste y Jesús María Martínez en el aludido paraje de "LA UNION". Cita en efecto las siguientes cláusulas de esa escritura: "PRIMERA. Que la señora Hurtado es esposa legítima del señor Gerardo Martínez quien falleció en este municipio el 26 de mayo del año en curso y madre legítima de los menores Jesús M. Martínez y María Nidia Martínez M. SEGUNDA. Que los citados señores Jesús M. Martínez, compareciente y el señor Gerardo Martínez, causan-

te, poseían en común y en proindiviso los siguientes inmuebles... CUARTO. Que los exponentes obrando en su propio nombre y en representación de los menores Jesús M. Martínez y María Nidia Martínez H., sobre quienes ejerce la patria potestad han resuelto dividir dicha finca en varios lotes más o menos iguales y de un mismo valor así..." al final aparece adjudicado a Jesús María Martínez H. el lote materia de este pleito, dice el recurrente.

De lo anterior se deduce, dice el recurrente, que no se ventiló juicio de sucesión de Gerardo Martínez M., y que su viuda procedió a partir bienes con el comunero de los cuales no podía disponer por sí sola, ya que había necesidad de liquidar la sucesión y la sociedad conyugal; que obró a nombre de sus hijos que eran impúberes, sin autorización judicial y sin llenar formalidad ni solemnidad alguna, violando ese título mandatos y prohibiciones legales. Que la viuda dispuso de bienes que no le pertenecían sino a la sociedad conyugal que no se había liquidado. Agrega el recurrente que al proceder a la partición de la herencia en que tenían parte menores impúberes se violó el art. 1379 que dispone que los tutores y curadores, y en general los que administran bienes ajenos, por disposición de la ley no podrán proceder a la partición de las herencias o de los bienes raíces en que tengan parte sus pupilos, sin autorización judicial, con desconocimiento del art. 303 del C. J., y 1º de la Ley 67 de 1930. Que en esta forma hubo objeto ilícito en la disposición de los bienes a que se refiere la escritura 309 al tenor de los arts. 6º y 1523 del C. C. y que por lo tanto la partición es absolutamente nula según el artículo 1741 del C. C., nulidad cuya declaración ha debido hacer el Juzgador, aún de oficio de conformidad con el artículo 2º de la ley 50 de 1936, tanto más cuanto que parte interesada, el apoderado del demandado la alegó, al sostener la invalidez de la tal partición, cuando ha debido tener en cuenta el fallador de instancia las partidas con las cuales se acredita el matrimonio Martínez-Hurtado, el nacimiento de los impúberes y la defunción del nombrado Martínez; afirma el recurrente que también se omitió la consideración del art. 766.

Se concluye esta parte del cargo declarando que "quien deduce su derecho de dominio de un título que no es justo, no puede tener preferencia sobre quién ocupa el terreno por sí y por sus antecesores desde diez años antes de la demanda, con las actividades propias de una explotación económica para beneficio propio y de la sociedad en general".

Se considera:

Para precisar los límites dentro de los cuales puede ser viable en casación el cargo formulado por el recurrente, se estima indispensable determinar qué fue lo que en realidad dio motivo al debate en instancias. Al efecto, en el único alegato presentado por la parte demandada en el juicio, y ya ante el Tribunal, se atacó la partición a que se contrae la escritura 309, pero únicamente porque el demandado creyó que se trataba de venta de cosa ajena, y así lo dijo expresamente: "El vendedor del señor Tulio Peláez, Jesús María Martínez, había adquirido como 'cuerpo cierto' el lote objeto de esta acción, mediante partición que se llevó a efecto con la señora Rosalía Hurtado v. de Martínez después de la muerte de su esposo. Esta señora había adquirido sus derechos en el bien indiviso que poseía con Jesús María Martínez y otros durante la vigencia de la sociedad conyugal. Gerardo Martínez había muerto en fecha 24 de mayo de 1938, de manera que con su muerte la acción y derecho de su esposa en la comunidad con Jesús María Martínez, pasó a ser del dominio de una sociedad conyugal disuelta e ilíquida sobre la cual no podía disponer per-se y en su exclusivo beneficio la cónyuge sobreviviente. Como consecuencia la partición efectuada por dicha señora y Martínez constituye una partición y una tradición de dominio de cosa ajena, insuficiente para dotar de un título válido al actor señor Peláez".

Véase, pues, cómo el medio de defensa adoptado consistió en sostener la invalidez de la partición contenida en la escritura 309 porque ella se realizó sobre bienes ajenos que pertenecían a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida Martínez-Hurtado y la sucesión de aquél.

Sobre estos antecedentes la Corte Suprema observa:

1º) La nulidad absoluta del contrato recogido en la escritura Nº 309 de 25 de julio de 1938 cuya declaratoria por la Corte es solicitada implícitamente por las razones que se exponen en la demanda de casación, constituye un medio nuevo y de consiguiente no puede prosperar en el recurso; adelante se examinará, además, que tampoco tiene fundamento legal el recurrente al fundamentar esta parte del cargo.

2º) Cuando el recurrente sostiene, como lo hace y lo afirma en el juicio la parte demandada, que el inmueble objeto del litigio pertenecía a una sociedad conyugal disuelta e ilíquida y que a la partición de la comunidad existente con el vendedor Jesús María Martínez M. antecesor en

el dominio del comprador y reivindicante Tulio Peláez Gómez se procedió con violación de normas legales porque había menores de edad, se está destruyendo la presunción de dominio que a favor del poseedor se establece en el art. 262 del C. C., al declarar que el bien que se reivindica no pertenece al demandante porque el título que ha presentado carece de eficacia legal ya que ese bien pertenece a otra u otras personas, es negar el ánimo de dueño exclusivo que debe tener quien se dice poseedor.

3º) Reiteradamente ha dicho la Corte que al dueño que quiere demostrar propiedad le toca probar su derecho, pero exhibiendo el título no hay porqué exigirle la prueba del dominio de su antecesor, cuando la fecha del registro de tal título es anterior a la posesión del reo y que el demandado en juicio de reivindicación no puede defenderse eficazmente sino demostrando sus propias pretensiones de dominio, pero no alegando que la propiedad reivindicable pertenece a terceros.

4º) No es exacto, como lo afirma el recurrente, que las trece declaraciones que ha citado recibidas en el juicio estén demostrando una posesión anterior a la escritura Nº 197 de 19 de abril de 1942 porque todas esas declaraciones dicen con sorprendente uniformidad que "el señor Fidel Ocampo viene poseyendo en forma quieta y pacífica desde el mes de julio de 1946" y nó 1936 como lo dice él en la demanda de casación.

5º) No es exacto que el contrato recogido en la escritura 309 sea absolutamente nulo, porque la partición a que el contrato se refiere tiene un "objeto ilícito" ya que ella ha debido realizarse de acuerdo con las normas del art. 1379 del C. C. y no habiéndose tenido en cuenta esta disposición dice el recurrente, le son aplicables al contrato los mandatos de los artículos 1523 y 1741 ibidem. El art. 1379 no prohíbe a los tutores y curadores y en general a los que administren bienes ajenos "proceder a la partición de las herencias o de los bienes raíces en que tengan parte sus pupilos", sino que sujeta estos actos a la autorización judicial; se trataría, como lo dice algún autor, de una "incomercialidad relativa" muy distinta de la absoluta a que alude el art. 1523 y que establecen varios preceptos del Código, entre otros, en los casos de los arts. 424, 878 y 1942

La omisión de la autorización judicial, en el caso de autos, daría lugar a una nulidad relativa saneable por las personas en cuyo favor se establecen estas medidas protectoras de sus intereses patrimoniales. Legalmente nada podría impedir que cuando los menores lleguen a la mayoría de edad ratifiquen expresa o tácitamente lo hecho por su madre legítima en ejercicio de la representación legal.

Como se deduce del art. 1741 invocado por el recurrente, la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración nó a la naturaleza de ellos sino a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, constituye nulidad relativa y por lo tanto no declarable de oficio.

6º) Habla el recurrente que la nulidad absoluta ha debido ser declarada de oficio por los falladores de instancia. En el supuesto de que existiera esa nulidad y su alegación fuera procedente en casación, tampoco habría podido llegarse a ese extremo porque las personas que intervinieron en la escritura 309 no son partes en el juicio y mal podía hacerse una declaratoria de nulidad sin audiencia de esas personas que vendrían a resultar perjudicadas como consecuencia de tal declaración, sin haber sido oídas y vencidas en juicio.

7º) La misma parte demandada en el juicio se encargó de aducir a los autos copias de las siguientes escrituras públicas: "Nº 100 de 19 de febrero de 1946 y por medio de la cual Gerardo Martínez (citado en los hechos de la demanda) le vende a Antonio J. Arango y Jaime Llano Escobar las mejoras que allí se especifican" plantadas sobre terrenos de propiedad del señor Manuel Peláez (también citado en la demanda inicial). Nº 247 de 13 de junio de 1946, Arango le vende a Clementina Valencia la mitad de las dichas mejoras; Nº 338 de 1º de junio de 1946 doña Clementina le vende al demandado Fidel Ocampo las mismas mejoras; Nº 33 de 28 de julio de 1946, Llano Escobar le vende al nombrado señor Ocampo las mejoras que había adquirido por la escritura Nº 100. En todos estos títulos se dejó expresa constancia de que las mejoras se hallan en terrenos de Manuel Peláez. Sobre estas comprobaciones se puede afirmar que la posesión que sobre el inmueble tiene el demandado se realiza con conocimiento de que es dueño exclusivamente de las mejoras que le fueron reconocidas pero no del terreno en el cual se hallaban planteadas, y que con ese conocimiento las adquirió como quedó consignado en la escritura respectiva.

No prospera el cargo.

Segundo cargo. Lo expone el recurrente manifestando que la sentencia del Tribunal no está en consonancia con las pretensiones oportuna-

mente deducidas por los litigantes y lo fundamenta diciendo que la parte demandada invocó la excepción se prescripción que no fue considerada por el fallador. En efecto, en el alegato de segunda instancia el apoderado de Fidel Ocampo expuso: "Mi mandante suma a su posesión material e inscrita, la de sus tradentes inmediatos y mediatos, conforme a los títulos que se han acercado a los autos. Sus tradentes y él pusieron a sus propias expensas las mejoras estables de café y plátano, pastos y casa de habitación, existentes en el bien objeto de esta acción, bien que tiene la calidad de baldío. En apoyo de la prescripción invoco la legislación de baldíos existente, en especial la ley 200 de 1936, y sus decretos reglamentarios".

En casación, el señor apoderado del recurrente estima que está demostrada en el juicio la prescripción adquisitiva del bien objeto del juicio de conformidad con lo estatuído por el art. 12 de la ley 200 de 1936 y que a esa conclusión se llega teniendo en cuenta entre otras cosas, las declaraciones a que antes se ha hecho referencia ya que el terreno cuestionado ha sido reputado como baldío y que las mejoras que ha hecho Ocampo las ha realizado en la convicción de que el inmueble tiene esa calidad.

La Corte considera:

Por orden lógico hubiera de examinarse este ataque primeramente, pero, como tampoco puede prosperar, se entra a su examen atendiendo a la forma como ha sido presentado.

Es cierto que el Tribunal no estudió ni consideró la prescripción que el demandado le presentó como excepción; por este aspecto el cargo podría prosperar contra la sentencia, pero al estudiar la Corte en el fondo, como fallador de instancia, no podría aceptar la tesis de prescripción a que alude el recurrente, llegando, por lo tanto, a las mismas conclusiones del Tribunal.

Dice el art. 12 invocado: "Establécese una prescripción adquisitiva del dominio en favor de quien, creyendo de buena fé que se trata de tierras baldías, posea en los términos del art. 1º de esta ley durante cinco años continuos, terrenos de propiedad privada no explotados por su dueño en la época de la ocupación ni comprendidos dentro de las reservas de la explotación, de acuerdo con lo dispuesto en el mismo artículo. Para los efectos indicados, no se presume la buena fé si el globo general del cual forma parte el terreno poseído está o ha estado demarcado por cerramientos artificiales o existen en él señales inequívocas de las cuales aparezca que es propiedad particular..." Para que se opere, pues, el fenómeno de la prescripción a que alude esta disposición es necesario no solamente que se posea a base de explotación económica determinada porción durante cinco años continuos, sino que es esencial que quien pretenda usucapir crea de buena fe que se trata de tierras baldías. Puede elseñor Ocampo afirmar la existencia de esa buena fe, de esa creencia de que el bien reivindicable pertenece al Estado, cuando los títulos escriturarios que él mismo ha llevado al juicio, le están indicando paladinamente que la propiedad sobre la cual se hallan las mejoras pertenece a una persona natural claramente individualizada? ¿Cómo después de esta cláusula escrituraria puede sostenerse seriamente que el señor Ocampo creía de buen afe que el terreno era tierra baldía?

Es suficiente lo dicho para declarar que este ataque no puede prosperar.

En mérito de lo 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 del Tribunal Superior de Pereira de fecha once de mayo de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954).

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

Sin costas porque no se causaron.

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

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS.—PRUEBA PERICIAL. —CUANDO NO ES INDISPENSABLE ESTA PRUEBA PARA DETERMINAR LA CAUSA DE LA MUERTE DE UNA PERSONA.— PRUEBA DE TESTIGOS

1.—La ley ha establecido la prueba de peritos "para la comprobación de hechos que exijan conocimientos o prácticas especiales" como se establece en el artículo 705 del código judicial. La naturaleza de esta prueba, señalada en el aludido precepto, indica, por tanto, los casos en que es indispensable y aquellos en que apenas puede ser conveniente. Si, como ha dicho la Corte, el perito es un auxiliar técnico del juez, su concurso será tanto más o menos necesario cuanto mayor o menor grado de especialización científica distinga el punto concreto sometido a dictamen: si este punto es totalmente ajeno a los conocimientos ordinarios, la prueba de peritos será indispensable; pero si, como con frecuencia sucede, el punto no requiere conocimientos especiales, si las circunstancias de hecho son comunes y apreciables por la ordinaria percepción sensorial, esto es, si no hay necesidad de hacer deducciones o abstracciones basadas en principios técnicos de determinada ciencia o arte, la prueba de peritos puede ser suplida por otra que dé bases seguras de convicción al juez.

2—La argumentación del recurrente tiende a demostrar, que la causa de la muerte de una persona por electrocución no puede acreditarse sino por medio de la prueba pericial, y no por otra distinta: ninguna consideración permite afirmar, dice, "que los testigos puedan PERCIBIR por alguno de sus sentidos externos LA CAUSA de la muerte de una persona"; "la causa de la muerte, por ser asunto en extremo complejo, que requiere conocimientos especiales, de aquellos cuya adquisición es exigencia de largos años de preparación y constituyen una profesión de las más antiguas del mundo, no puede ser establecida por prueba testimonial, sino por prueba de expertos".

Sobre el particular la Sala considera que en ocasiones sólo un perito médico podrá decir cuál es la causa de la muerte de una persona, mientras que en otras la deducción no escapa al conocimiento común por las circunstancias que rodean al hecho. Es verdad que los testigos no deben hacer deducciones, pues el juez es quien debe hacerlas sobre los datos proporcionados por aquéllos. Pero eso no significa que sea necesario para definir la causa de la muerte de un sujeto que los declarantes la hayan presenciado, pues es suficiente que expongan en qué circunstancias vieron su cadáver, por ejemplo, para que el juez pueda concluir con seguridad a qué se debió el fallecimiento, si, la muerte puede atribuirse, por conocimientos comunes a determinada causa. Desde luego no puede sentarse una regla general al respecto, pues sólo caso por caso podrá decirse si es necesaria la prueba pericial o si es suficiente la de testigos, la de inspección ocular u otra análoga.

Una línea de alta tensión, que está caída, y conectada con una cerca de alambre y un cadáver con quemaduras recostado sobre las cuerdas de alambre, electrizadas, puesto que los empleados de la energía tuvieron que venir a aislarlas. Para hacer tal deducción no se necesita de conocimientos especiales de los que sólo pueden aportar los peritos. Un concepto técnico hubiera sido conveniente al efecto, pero no aparece como indispensable.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Procedente del Tribunal Superior de Medellín, y en virtud del recurso de casación interpuesto contra el fallo de segundo grado, por el apoderado de la entidad demandada, vino a la Corte el juicio ordinario adelantado por María Dolores

Restrepo v. de Restrepo, en su propio nombre y como representante de sus hijos Javier de Jesús, María Ofelia, Jorge Iván y Francisco Antonio Restrepo, contra el Municipio de Salgar.

Antecedentes

I.—Ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Andes, María Dolores Restrepo v. de Restrepo, en su propio nombre y como representante de sus menores hijos arriba nombrados, instauró juicio ordinario contra el Municipio de Salgar, para que se hicieran en sentencia definitiva las siguientes declaraciones: que el municipio de Salgar es civilmente responsable de la muerte por electrocución del señor Lorenzo Restrepo, ocurrida el 26 de septiembre de 1950; que como consecuencia de la declaración anterior, el Municipio debe indemnizarle a la viuda y a los hijos, que nombra, **los perjuicios morales** que se les causaron con ocasión de dicha muerte; y que debe pagarles a los mismos **los perjuicios de orden material** ocasionados con la muerte del señor Restrepo, según tasación de peritos, más los intereses de las sumas a que fuere condenado a partir de la fecha del fallecimiento.

En apoyo de su demanda enumera doce hechos, que se enuncian así en forma sumaria: que Lorenzo Restrepo contrajo matrimonio con María Dolores Restrepo, el 4 de marzo de 1942, y de esa unión nacieron los cuatro hijos nombrados; que el distrito de Salgar es dueño de la planta de energía eléctrica de la población, así como de todas las instalaciones, canalizaciones, postes de madera, tanto en el área urbana como en la rural; que la canalización y red de distribución se construyó sin técnica y no se ejerce sobre ella ninguna vigilancia en la práctica, ni en las partes donde se tienen colocadas líneas primarias hay avisos o prevenciones a los vecinos; que el 26 de septiembre de 1950, en las horas de la madrugada, en el sitio denominado "El Mango" o "La Aurora", del citado Municipio, en las afueras, falleció electrocutado el mentado Restrepo, al tratar de cruzar un alambrado existente a inmediaciones de su casa de habitación, el cual estaba haciendo contacto con la red conductora de energía que pendía de un poste caído sobre el citado alambrado, no siendo ello directamente visible, hecho éste presenciado por varios testigos y certificada la electrocución de Restrepo por el Médico Legista de la zona; que de ésta es responsable civilmente el citado Municipio de Salgar; por último, que Restrepo tenía a la sazón unos treinta y siete años de edad y que percibía un jornal diario de cuatro pesos moneda corriente (fls. 18 a 20 del c. 1).

El Personero Municipal de Salgar contestó la demanda manifestando que evidentemente el Municipio era el propietario de la planta de energía eléctrica, lo mismo que de las instalaciones y canalizaciones de la parte urbana, pero no así de las de la parte rural; negó los demás hechos y se opuso a que se hicieran las declaraciones pedidas en el libelo; finalmente propuso como excepciones las de ilegitimidad de la personería sustantiva en la parte actora, ilegitimidad de la personería sustantiva y adjetiva en la parte opositora, prescripción, y cualquiera otra que aparezca demostrada (f. 28 ibidem).

II. Terminó el negocio de primera instancia con el fallo de 27 de noviembre de 1954, cuya parte resolutiva dice, en resumen:

1º—Se condena al Municipio de Salgar a pagar a cada uno de los demandantes la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00), por concepto de perjuicios morales ocasionados por la muerte de Lorenzo de J. Restrepo Jaramillo, ocurrida el día y en el lugar citados.

2º—Condena igualmente al municipio mentado a pagar a los mismos demandantes la suma de veinte mil treinta pesos con cuarenta centavos ($ 20.030.40), de acuerdo con el dictamen pericial de 31 de mayo de 1954, "sin aceptar la deducción que posteriormente hicieron los peritos, porque el suscrito juez —dice —considera un hogar como un todo indivisible, sin poderse adjudicar cuotas a cada uno de sus componentes".

3º—Declara no probadas las excepciones de ilegitimidad de personería sustantiva de los demandantes, ilegitimidad de la personería sustantiva del demandado y prescripción.

4º—Condena al demandado a pagar una multa de cien pesos ($ 100.00), por la temeridad en el cargo de dolo hecho a los peritos Daniel Jiménez P. y Gustavo González R.

5º—No condena en costas, por tratarse de una entidad de derecho público. Y,

6º—Los pagos mencionados deberá hacerlos el municipio seis días después de la ejecutoria de la sentencia (fls. 15 y ss. del c. 8º).

III. Remitido el proceso al Tribunal Superior de Medellín, en consulta del anterior fallo, esta entidad, en sentencia de 21 de abril último, la reformó así: "el valor de los perjuicios materiales es el de la suma de diez y seis mil seiscientos

noventa y dos pesos ($ 16.692.00) y no la de veinte mil treinta pesos con cuarenta centavos ($ 20.030.40) que fija la sentencia consultada; se revoca el numeral 4º de la parte resolutiva de la providencia consultada y en su lugar se resuelve que no es el caso de imponer sanción alguna, por el concepto allí indicado" (fls. 35 y ss. del c. 8º).

El Tribunal tiene como probados los siguientes hechos en la sentencia:

a) Las relaciones de parentesco entre Lorenzo Restrepo y los demandantes, con partidas de origen eclesiástico y de origen civil;

b) La muerte del mencionado Restrepo, el 26 de septiembre de 1950, con la partida de defunción, con copia de la autorización de inhumación del cadáver y con declaraciones de testigos.

c) De los mismos documentos aparece que el fallecimiento fue debido a electrocución, lo cual está corroborado con varios testimonios.

d) Varios testigos y el Personero Municipal certifican que el Municipio de Salgar es dueño de la empresa de energía eléctrica que produjo la electrocución del señor Restrepo.

e) Están probados los perjuicios materiales sufridos por los demandantes, avaluados por peritos, sin tener en cuenta el monto de primera instancia, pues no se aceptó la aclaración de los expertos "bajo el pretexto de indivisibilidad del hogar". Los perjuicios de orden moral deben presumirse, dados los vínculos de parentesco entre los demandantes y la víctima.

f) No están probadas las excepciones de fuerza mayor o caso fortuito, ni la de prescripción, ni la de ilegitimidad de la personería de las partes.

g) La condena a pagar la multa debe revocarse, pues no es oportuno decidir un problema semejante en el fallo definitivo, si en el auto que estudió las objeciones al peritazgo, cuando sí lo era, nada se decidió sobre el particular.

Como ya se dijo, contra la sentencia de que se viene hablando interpuso la parte demandada el recurso de casación.

Demanda de casación

El Municipio de Salgar, en una esmerada demanda de casación, presentada por medio de apoderado, y que en seguida se resumirá, ataca la sentencia con base en la causal 1ª del artículo 520 del código judicial, por haber incurrido el Tribunal en evidentes errores de hecho y de derecho al apreciar las siguientes pruebas:

a) Las declaraciones de Manuel Tiberio Quiceno y otros que señala;

b) Las copias de la boleta de autorización para la inhumación de Lorenzo María Restrepo y la copia del acta de defunción.

c) Las declaraciones de Esteban Londoño y otros trece deponentes, que señala.

Con estos errores quebrantó el Tribunal los artículos 663 a 668, 689, 705, 722 y 723 del código judicial, 1768 del código civil, a consecuencia de lo cual violó, por indebida aplicación, los artículos 2341, 2343, 2356 y 2357 del código civil.

Consideró el Tribunal en la sentencia —prosigue el recurrente— "que con la declaración de los Quicenos, Restrepo y Ceballos y con la copia de la autorización para la inhumación del cadáver, y del acta de defunción, aparece debidamente demostrada la causa de la muerte de Lorenzo María Restrepo", apreciación que es errónea, por cuatro razones:

Primera, porque si la muerte es hecho perceptible por los sentidos y los hechos perceptibles por los sentidos son los que constituyen el objeto de la prueba testimonial, la causa de la muerte de una persona es asunto en extremo complejo que no puede ser establecida por medio de dicha prueba, sino por prueba de expertos (artículo 705 del C. J.).

Segunda, porque si en determinados casos bien puede llegarse a la deducción de la causa de la muerte por indicios, como cuando a un sujeto su enemigo le separa el tronco de la cabeza, en combate singular, presunción que estaría gobernada por los preceptos de los artículos 663 y siguientes del código judicial, por ningún motivo puede afirmarse que los testigos puedan percibir la causa de la muerte de una persona.

Tercera, porque sería absurdo atribuírle valor probatorio de la causa de la muerte de Restrepo, ya a la boleta en que autorizó la inhumación del cadáver, ya al acta notarial de defunción, porque no lo tienen.

Cuarta, porque contraría elementales principios probatorios la afirmación del Tribunal de que no hizo falta la diligencia de levantamiento del cadáver en que conste la causa del fallecimiento y la identificación respectiva, porque ello se debió a omisión, ignorancia o descuido de las autoridades. Y los contraría, porque se da a entender que la falta de la prueba obra contra la parte demandada y no contra la parte demandante y porque establece la presunción de

que si no se comprobó la causa de la muerte, ella se debió a electrocución.

El recurrente alega cuatro razones en favor de su tesis, así: de la omisión de la diligencia pericial no puede deducirse que la víctima murió electrocutada; la omisión tampoco invertiría la carga de la prueba; el hecho de que la causa de la muerte no hubiera sido establecida antes de la demanda, no impide que se hubiera practicado la prueba respectiva o pericial durante el término de pruebas del juicio, sobre los datos del proceso; y el sentenciador no dedujo la causa de la muerte de Restrepo de presunciones o indicios, sino de la partida de defunción, del certificado de inhumación y de las declaraciones de algunos testigos.

En cuanto a los declarantes, cabe agregar que no hubo testigos presenciales de la muerte de Restrepo y los que afirman que murió electrocutado lo hacen por inferencias no muy precisas ni suficientes. Después de citar un aparte de la declaración de alguno de ellos, concluye que las afirmaciones que hacen de que el citado señor murió por electrocución, puesto que vieron su cadáver con estigmas de quemaduras y renegrido, no pueden admitirse. En efecto, se pregunta el recurrente si la corriente eléctrica produce esos estigmas y "renegrimiento"; si las quemaduras eran graves o leves; qué intensidad de corriente se necesita para ocasionar la muerte; cuál estaba transmitiendo la línea; cuál es el proceso de la muerte por electrocución; qué signos permiten deducirla en el cadáver; y si los signos que presentaba el cadáver de Restrepo eran prueba de haber fallecido a causa del contacto con la corriente eléctrica.

De todo lo cual concluye que no es posible darle el valor de prueba de la causa de la muerte del señor Restrepo a las afirmaciones de algunos campesinos ignorantes a los cuales no puede atribuírse el rigor lógico y la serie de inferencias necesarias para afirmar que una persona murió electrocutada.

Termina el recurrente haciendo un análisis de los testimonios de Bernardo Ceballos, Manuel Tiberio Quiceno, Tiberio Quiceno y Jesús María Restrepo, con el cual destaca la circunstancia de que ninguno presenció el momento de la muerte de Lorenzo Restrepo, trayendo a colación algunas doctrinas de la Corte sobre los puntos cuestionados y haciendo un resumen de su demanda, que se transcribe en seguida:

"El fallo violó los textos citados que se refieren al régimen probatorio, con errores de derecho, al estimar indebidamente pruebas del juicio, así:

"1º—Al estimar que la causa de la muerte puede probarse por prueba testimonial;

"2º—Al estimar que la copia de la boleta de inhumación y del acta notarial de defunción son pruebas de la causa de la muerte;

"3º—Al estimar que la falta de prueba pericial sobre la causa de la muerte puede imputarse al demandado;

"4º—Al estimar que los testigos en que se funda el fallo declaran sobre la muerte y su causa, cuando en realidad hacen deducciones, es decir, reemplazan al juez en la tarea de aplicar las normas procesales sobre el valor de los indicios, sin tener en cuenta que esta apreciación indiciaria que los testigos hacen no se somete a los principios establecidos por la ley.

"El fallo comete un evidente error de hecho al estimar las declaraciones analizadas, en cuanto les atribuye el carácter de testigos presenciales a personas que no estuvieron presentes cuando la muerte de la sedicente víctima se produjo.

"Si el Tribunal no hubiera apreciado indebidamente los documentos y declaraciones indebidamente apreciadas, e incurrido con ello en los errores de derecho y de hecho que se puntualizan en este escrito, no habría aplicado los textos del código civil relativos a indemnización de perjuicios por culpa, ya que esta aplicación exige la demostración de un hecho fundamental: que la culpa atribuída al demandado fue la causa del daño cuya reparación se demanda".

Consideraciones de la Corte

La argumentación del recurrente tiende a demostrar, como puede deducirse del resumen que de ella se ha hecho, que la causa de la muerte de una persona por electrocución no puede acreditarse sino por medio de la prueba pericial, y no por otra distinta: ninguna consideración permite afirmar, dice, "que los testigos puedan percibir por alguno de sus sentidos externos la causa de la muerte de una persona"; "la causa de la muerte, por ser asunto en extremo complejo, que requiere conocimientos especiales, de aquellos cuya adquisición es exigencia de largos años de preparación y constituyen una profesión de las más antiguas en el mundo, no puede ser establecida por prueba testimonial, sino por prueba de expertos". Desde luego, las otras pruebas que cita y

analiza, tampoco permiten concluir en concepto del recurrente, cuál fue la causa del deceso de la víctima.

Viniendo, pues, a la prueba de peritos, que el recurrente reclama como necesaria, es conveniente advertir que la ley la ha establecido "para la comprobación de hechos que exijan conocimientos o prácticas especiales" como se establece en el artículo 705 del código judicial. La naturaleza de esta prueba, señalada en el aludido precepto, indica, por tanto, los casos en que es indispensable y aquellos en que apenas puede ser conveniente. Si, como ha dicho la Corte, el perito es un auxiliar técnico del juez, su concurso será tanto más o menos necesario cuanto mayor o menor grado de especialización científica distinga el punto concreto sometido a dictamen: si este punto es totalmente ajeno a los conocimientos ordinarios, la prueba de peritos será indispensable; pero si, como con frecuencia sucede, el punto no requiere conocimientos especiales, si las circunstancias de hecho son comunes y apreciables por la ordinaria percepción sensorial, esto es, si no hay necesidad de hacer deducciones o abstracciones basadas en principios técnicos de determinada ciencia o arte, la prueba de peritos puede ser suplida por otra que dé bases seguras de convicción al juez.

"El Juez debe acudir al perito —dice Framarino— no ya cuando él sea incapaz de juzgar una cosa dada, sino cuando se trate de cosa que no cae bajo la percepción común. No debe olvidarse que no basta que las pruebas provoquen una certidumbre individual en el juez; deben ser tales que la provoquen en todo hombre razonable; lo exige el carácter a que antes nos referíamos del convencimiento judicial. Es preciso, pues, acudir al perito cuando todo hombre razonable en las condiciones de cultura ordinaria, sea incapaz de juzgar. Aunque el juez tenga accidentalmente una cultura especial para el caso, no le dispensa esto del perito".

En sentencia de la Corte, de 24 de mayo de 1946, refiriéndose a lo sostenido por un Tribunal de que para acreditar una muerte por electrocución era necesaria la intervención de facultativos o personas versadas sobre la materia, y de que era forzoso probar que la **única causa** que originó la muerte "fue la fuerza eléctrica que conducía el cable o alambre tendido en el suelo en el lugar que dicen los autos", expresó esta entidad:

"La conveniencia de que obre en un proceso una prueba tan completa como indica el Tribunal, es indiscutible, entre otras razones, como primaria, por la certeza que suministra; pero de ahí no puede deducirse que el sentenciador, a pretexto de no disponer de ese preciso elemento probatorio, esté autorizado para desoír los restantes que se hallen en un expediente. Por el contrario, está obligado a estudiarlos, a apreciarlos como manda el artículo 601 del C. J. y a recordar cuál es el objeto de los procedimientos y cuál el fundamento de las decisiones judiciales según los artículos 472 y 593 ibidem... No hay disposición legal que exija como prueba **sine qua non** la intervención de facultativos y su deposición técnica, tanto para aceptar la muerte de una persona por cierta causa, cuanto para analizar ésta en sí. Aquí el Tribunal echa menos el dictamen médico sobre la muerte, la autopsia y peritación sobre si la corriente eléctrica conducida por los alambres tenía la intensidad necesaria para producir aquel resultado.

"En las mismas causas criminales por homicidio llega la ley a prescindir de la necropsia como elemento indispensable al fallador. Bien se ve cuán absurdo sería que el homicida hubiera de ser absuelto en cuanto no medie esa diligencia, por más que el proceso brinde otras pruebas acerca de que el difunto fue víctima de un delito.

"En el presente juicio obra la declaración de un número plural de testigos, de cuyo dicho no puede prescindirse sin desobedecer el artículo 697 del C. J. .....

"El funcionario de Policía que en seguido ocurrió al levantamiento del cadáver, lo encontró con señales de quemadura en los puntos de contacto del alambre con el cuerpo y ordenó la inhumación con prescindencia de toda otra gestión de la autoridad".

Hay casos en que, "por concurrir factores múltiples, sobreviene una justa duda sobre el alcance de cada uno de ellos y su consecuencial determinación o mera participación en el suceso ocurrido, como, por ejemplo, el del jinete arrojado al suelo por su cabalgadura y que al caer choca con los alambres conductores de una corriente eléctrica. Muerto así, no se puede **prima facie** conceptuar si esto se debió a ambas causas o a sola de ellas y cuál, en este último evento.

"Aquí no hay lugar a complejidad de esa índole, pues se trata exclusivamente del alambre conductor de la corriente tendido por el suelo en vía pública por la cual transitaba un niño sano que la contacto con él y enredado por él, sin que

lo pudieran desprender, murió. No hubo la concausa de otro agente de daño. Tal como los testigos declaran dando cada uno la razón de sus percepciones y coincidiendo todos en las circunstancias de modo, tiempo y lugar, el sentenciador puede y debe reconocer lo que así queda comprobado sin necesidad de certificado médico, ni de autopsia, ni de medición técnica del espesor del alambre y del voltaje de una corriente que demostrara su capacidad de ultimar a quien ultimó". (G. J. Tomo LX, números 2032-2033, págs. 495, 496 y 497).

Ya en el caso particular de este proceso, resume la Sala los principios doctrinarios expuestos, diciendo que en ocasiones sólo un perito médico podrá decir cuál es la causa de la muerte de una persona, mientras que en otras la deducción no escapa al conocimiento común por las circunstancias que rodeen el hecho. Es verdad que los testigos no deben hacer deducciones, pues es el juez quien debe hacerlas sobre los datos proporcionados por aquéllos. Pero eso no significa que sea necesario para definir la causa de la muerte de un sujeto que los declarantes la hayan presenciado, pues es suficiente que expongan en qué circunstancias vieron su cadáver, por ejemplo, para que el juez pueda concluir con seguridad a qué se debió el fallecimiento, si, se repite, la muerte puede atribuírse, por conocimientos comunes, a determinada causa. Desde luego, no puede sentarse una regla general al respecto, pues sólo caso por caso podrá decirse si es necesaria la prueba pericial o si es suficiente la de testigos, la de inspección ocular u otra análoga.

El Tribunal dice sobre la causa de la muerte de Lorenzo Restrepo:

"Para establecer la muerte de su esposo y ascendiente, aportó la parte actora las siguientes piezas: Copia de la autorización para la inhumación respectiva (f. 11, c. 2), y testimonios de: Manuel Tiberio Quiceno (padre), Tiberio Quiceno (hijo), Jesús María Restrepo y Bernardo Ceballos, en que constan que el señor Lorenzo Restrepo J. murió electrocutado (fls. 11 y ss. c. 2). Sin que obste para esta demostración la falta de la diligencia sobre levantamiento del cadáver, en que conste la causa del fallecimiento y la identificación respectiva, porque en los autos hay constancia de que dicha diligencia no se llevó a efecto o no se dejó constancia de ello, por omisión voluntaria, ignorancia o descuido de las autoridades de Salgar, obligadas a ello, pues no otra cosa se deduce del exhorto auxiliado que obra a fls. 9 del c. 2. La identificación del cadáver se desprende igualmente de los testimonios indicados.

"Implica lo expuesto en los párrafos precedentes que está plenamente satisfecha una de las formalidades propias para hacer el estudio de la acción deducida, es decir, la llamada legitimación en causa.

"Consta de los autos como ya se expresó que el finado Lorenzo Restrepo J. falleció el 26 de septiembre de 1950, pues así lo demuestra la correspondiente partida de defunción y orden de inhumación (fls. 15 vto. y 16 C. P. y fls. 11 c. número 2), igual que las declaraciones de los Quicenos, Restrepo y Ceballos, ya indicados.

"En tales documentos aparece que el fallecimiento fue debido a electrocución, lo que está corroborado por los testimonios de Josafat Londoño, Benigno Londoño, Samuel Londoño, Rafael Araque, Gabriel Gómez, Moisés González y otros (fls. 44 y ss. c. número 2 y fls. 25 y ss. c. número 3)".

Y más adelante:

"Todos los testigos de cargo y algunos de los presentados por la misma entidad demandada, afirmaron que la línea conductora de energía eléctrica se había reventado y permanecía en el suelo electrizando la cerca de púas que existe cerca a la casa de Restrepo J., ofreciendo serio peligro para todas las personas, en la fecha del insuceso, lo cual bastaría para afirmar la culpa de la entidad demandada, sin recurrir a la presunción que se aplica cuando se trata de actividades denominadas peligrosas" (fls. 37 v. y 38 v. del c. 8º).

Como se ve, el Tribunal infiere la causa de la muerte por electrocución, no propiamente de la boleta de inhumación ni de la partida de defunción, sino de las exposiciones de los declarantes. Para hacer ver que el Tribunal hizo sus deducciones de ellas, se reproducen las frases de algunos de los testigos citados en lo pertinente:

Manuel Tiberio Quiceno: "Me tocó verlo (a Lorenzo Restrepo) tendido sobre las líneas eléctricas ya dichas... lo ví tallado (sic) de las líneas que lo mataron y renigrido (sic) o carbonizado pues las líneas le arrancaron pedazos del cuero por la espalda pues Restrepo cayó de espaldas y lo rayó todo" (f. 31 del c. 2).

Tiberio Qunceno: "Yo me dí cuenta de la muerte de Restrepo, porque me tocó verlo tendido y ya muerto sobre las líneas primarias de la planta, y también me tocó ver cuando los empleados

de la planta recogieron y aislaron dichas líneas para evitar mayores peligros en tal sitio... Yo ví muerto al señor Lorenzo de J. Restrepo y constaté que estaba tallado (sic) por las líneas y renegrido y las líneas le arrancaron pedazos de la piel por la espalda pues él cayó de espaldas" (f. 32 del c. 2).

Jesús María Restrepo: "Lo ví muerto tendido sobre la línea eléctrica y los empleados de la energía tuvieron que ir al citado paraje 'La Aurora' a desconectar las líneas y a recogerlas. Yo ví muerto al señor Restrepo muy quemado pues le pude ver zanjas en los brazos producidas por la línea y también por la espalda y quedó renegrido la piel" (f. 34 ibidem).

Estas declaraciones están confirmadas por otras.

Ahora bien, en los electrocutados se observan quemaduras perceptibles a simple vista, de manera que las circunstancias antecedentes, concomitantes y subsiguientes al hecho de la muerte permiten afirmar a cualquier persona que ella se debió a la acción de la electricidad, como se dice en los textos de medicina legal: "En las autopsias que he practicado en individuos electrocutados —dice el profesor Guillermo Uribe Cualla— he comprobado quemaduras en la región palmar de los dedos de las manos, que corresponden a la acción local de la electricidad sobre la piel. Estas quemaduras tienen los caracteres generales ya descritos de las quemaduras eléctricas". "Las corrientes eléctricas —dice Balthazard— manifiestan su acción sobre el organismo por síntomas locales, que son las quemaduras eléctricas, y por síntomas generales". Y añade que "las quemaduras no faltan completamente sino cuando se trata de corrientes de voltaje débil, que producen la muerte por tetanización de los músculos respiratorios", pero que, "en cualesquiera ocurrencias convendrá proceder a una averiguación de las circunstancias que precedieron o acompañaron la muerte para dilucidar cuáles son las causas de la muerte".

Como se ve de las transcripciones de los dichos de unos pocos testigos, hechas antes, propiamente no contienen inferencias, sino que dicen cómo vieron el cadáver de Restrepo. El juez las hizo sobre los datos que los declarantes ofrecen: una línea de alta tensión, que está caída y conectada con una cerca de alambre y un cadáver con quemaduras recostado sobre las cuerdas de alambre, electrizadas, puesto que los empleados de la energía tuvieron que venir a aislarlas. Para hacer tal deducción no se necesita de conocimientos especiales de los que sólo pueden aportar los peritos. Así, pues, un concepto técnico hubiera sido conveniente al efecto, pero no aparece como indispensable.

De esta suerte no puede decirse que el Tribunal hubiera incurrido en error de derecho ni de hecho manifiesto en la apreciación de la prueba de testigos sobre la causa de la muerte de Lorenzo Restrepo y, en tal virtud, no puede prosperar el cargo de fondo hecho en la demanda sobre el particular.

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.

Sin costas (artículo 576 del C. Judicial).

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

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



RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. — ACTIVIDADES PELIGROSAS.—CONCURRENCIA DE CULPAS. — PERJUICIOS MATERIALES Y MORALES. — TECNICA DE CASACION CUANDO EL RECURSO ES DOBLE

1. — Disponen los artículos 537 y 538 del Código Judicial que la Corte debe examinar en orden lógico las causales aducidas y si encuentra fundada alguna, no considera las restantes, infirma el fallo y dicta en su lugar la resolución que corresponda.

Cuando el recurso es doble, o sea, interpuesto por ambas partes, generalmente el orden lógico indica que se examinen en primer término los cargos hechos por el recurrente demandante, pero en casos como el presente en que la aspiración de aquél es la de agravar la condena pronunciada, y las del demandado persiguen la plena absolución, o, al menos, que se reparta la carga de la indemnización por intervenir concurrencia de culpas, si es que alguna puede imputarse al Municipio, el orden lógico no coincide con el cronológico procesal de fundamentación de los recursos, porque nada se lograría con casar la sentencia por encontrar fundados los cargos que hace el demandante para agravar la condena, con base en la responsabilidad deducida, si al fallar la Corte en instancia llega a la conclusión de que debe absolver o, en subsidio, reducir la condena, si estima que debe aplicar el artículo 2357 del Código Civil, por considerar que la víctima del accidente incurrió también en culpa.

2.—La presunción de culpa que se encuentra consagrada en el artículo 2356 del C. C., opera en favor de la víctima pasiva del daño ocasionado por el manejo de cosas caracterizadas por su peligrosidad, la cual releva de la prueba de la culpa en el acaecimiento del accidente, a la víctima, quien demostrando el daño y la relación de causalidad entre éste y el perjuicio, vierte sobre el autor de aquél la obligación de acreditar una causa eximente de culpa, si aspira a liberarse de toda responsabilidad.

3.—La presunción de respensabilidad consagrada en el artículo 2356 del Código Civil, estriba en la ACTIVIDAD peligrosa, no en la cosa.

Un cable metálico, intrínsecamente, por sí solo, no es peligroso, pero cuando está sirviendo en la actividad de conducir una corriente eléctrica, es más peligroso que un rifle de repetición disparando continuamente.

4.—Hace poco más de 33 años (fallo de julio 21 de 1922), la Corte le dio cabida a la acción indemnizatoria por perjuicios morales, en el juicio que León Villaveces promovió contra el Municipio de Bogotá, por el quebranto espiritual que le produjo el descuido o equivocación culposa del administrador del Cementerio Central, quien, hallándose ausente del país el señor Villaveces, creyó que la bóveda que desde hacía varios años ocupaba el cadáver de la esposa de dicho señor, era del Municipio, hizo exhumar los restos que fueron a dar al osario común.

Propuesto el juicio y surtidas las dos instancias, la Corte, en casación, pronunció fallo condenatorio en abstracto; y luego sobrevino el señalamiento, en concreto, de la indemnización debida, mediante el dictamen de peritos.

Observando el legislador la gran dificultad con que se tropezaba en la apreciación de perjuicios de esa clase, al expedir el nuevo Código Penal en 1936, vigente desde el 1º de julio de 1938, incluyó una norma que ha servido para tasar los daños ocasionados por un delito, y también los procedentes de una culpa civil extracontractual. Esa norma (artículo 95 de dicho estatuto), señaló un máximum de $ 2.000 para el damnificado, y sostenidamente la jurisprudencia en muchos fallos ha sentado la doctrina de que cuando el damnificado moralmente, es uno solo, la reparación pecuniaria indicada por el artículo 95, le corresponde a él; y si son dos, cinco, nueve, etc., otro tanto a cada uno, más no que los $ 2.000 previstos

por aquella norma se repartan entre todos. Así, si son diez, y se hallan en condiciones semejantes, no serían $ 200 para cada uno sino $ 2.000 para cada damnificado. Esto porque si se trata de varios hijos que perdieron al padre, el dolor o la pena moral de cada uno no se divide entre todos, no disminuye porque sean varios los dolientes, pues el mal de muchos no es consuelo para nadie, ni la pena aumenta porque sean menos los afectados; al contrario, siendo varios, el dolor propio de cada uno se aumenta por el ajeno, por la vinculación de sentimientos, al paso que el perjuicio material o pérdida patrimonial sí disminuye a mayor número de damnificados. Así, en el caso de que la muerte de la víctima haya ocasionado una pérdida patrimonial de $ 40.000, si son dos los sucesores, cada uno habría sufrido un menoscabo de $ 20.000, pero si son diez, el perjuicio para cada uno sería de $ 4.000.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U.)

A mediados del año de 1952, el señor Roberto Restrepo Castro levantaba en la ciudad de Medellín, carrera 41 entre calles 59 y 60, números 59, 101 y 107, una edificación que el 7 de julio de ese año alcanzaba ya a la segunda planta, en cuya estructura se empleaban varillas de hierro, de 8 metros o más de longitud, que los trabajadores subían por la parte interior de la obra "como medida de seguridad, dado que por la parte exterior, a la misma altura de la plancha del segundo piso y a una distancia horizontal de un metro y medio aproximadamente, pasan varias líneas conductoras de energía eléctrica a alta tensión (6.600 voltios) desprovistas de toda envoltura de material aislante" (palabras del demandante).

En esa operación se ocupaba el trabajador Gerardo Yepes. En un momento, el señor Restrepo intervino en la maniobra para ayudar al trabajador, con tal mala suerte que el extremo de la varilla, que había salido al exterior, hizo contacto con el cable conductor de la corriente eléctrica, recibiendo los dos: Restrepo y Yepes, la descarga que les causó la muerte.

Este suceso dio origen al juicio que contra el Municipio de Medellín iniciaron la viuda de Restrepo y los hijos del mismo, a fin de obtener la correspondiente indemnización de perjuicios materiales y morales, juicio que culminó en primera instancia con sentencia condenatoria, en lo general, confirmada, con una reforma referente al monto de los perjuicios morales, por el fallo de 21 de octubre de 1954, pronunciado por el Tribunal Superior de Medellín y que ha venido a la Corte por virtud del recurso de casación interpuesto por ambas partes, empeñadas, cada cual en obtener una decisión más favorable a sus intereses.

Situación actual

Tanto el Juez como el Tribunal consideraron que el único culpable y responsable del desgraciado accidente referido, era el Municipio, por falta de las precauciones que estaba obligado a adoptar como empresario en una actividad peligrosa: la del empleo de la energía eléctrica, a alta tensión, conducida por cables desnudos dentro de la ciudad.

En cuanto al monto de los perjuicios materiales y con apoyo en cómputos y dictámenes periciales y demás elementos probatorios, la condena pronunciada por el Juez y refrendada por el Tribunal, fue por $ 77.955.10.

Con respecto a perjuicios morales, el Juez declaró una obligación por $ 1.500, en total, para el grupo de personas demandantes. El Tribunal estimó que la indemnización debía ser discriminada, para cada interesado, así: $ 2.000 para cada uno de los demandantes María Maya viuda de Restrepo, Néstor, Gladys y Silvina Restrepo M. $ 1.500 para cada uno de los demandantes Alvaro y Roberto Restrepo M.; y $ 1.000 para cada uno de los demandantes Gloria, Ruth, Juan Fernando y César Restrepo M., por tratarse, en cuanto a los últimos, de niños de corta edad.

Los recursos

El apoderado de los demandantes en el juicio, sucesores del señor Restrepo, conforme, naturalmente con la decisión condenatoria en contra del Municipio, considera que ha debido ser más comprensiva, más rígida por monto más alto: $ 173.726.10 en lugar de $ 77.955.10, cantidad esta última señalada como indemnización por perjuicios materiales.

Con la finalidad de conseguir ese resultado más favorable a la viuda e hijos de Restrepo, formula tres reparos a la sentencia recurrida:

Primer cargo

Violación indirecta de los artículos 2341, 2356, 1613 y 1614 del Código Civil, a causa de indebida aplicación de los artículos 1625, numeral 5º, 1714, 1715 y 1716; todo por "error evidente de hecho" al acoger los cálculos y razonamientos del Juez de circuito, siendo la principal equivocación la de deducir de la suma de $ 1.013.02 que Restrepo recibía mensualmente, de la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares, la cantidad de $ 530.47 que la familia de dicho señor seguiría recibiendo después de la muerte de aquél, de conformidad con la Ley 2ª de 1945.

Segundo cargo

Violación de las mismas disposiciones precitadas por errónea interpretación, a causa del recorte de la indemnización por haberse compensado parte de ella con la cantidad que mensualmente seguía recibiendo la familia de la víctima.

Tercer cargo

Violación, por aplicación indebida de los artículos 1625, numeral 5º, 1714, 1715 y 1716 del Código Civil; y por tal causa, infracción indirecta de los artículos 1613, 1614, 2341 y 2356 del mismo estatuto.

El pretendido desacierto lo deriva el recurrente, de "errores de hecho evidentes", en la apreciación de varias pruebas: el dictamen pericial y su ampliación y el certificado expedido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, elementos en que equivocadamente se apoyaron Juez y Tribunal para reducir el monto de la indemnización, que debía ser de $ 146.882.25, a la de $ 77.955.10.

El representante del Municipio, a su vez, ha planteado cuatro cargos contra la sentencia recurrida, enderezados así:

Primer cargo.—Con la acusación que en él se hace, de errores de hecho en la apreciación de pruebas y consiguiente violación indirecta de disposiciones sustantivas sobre responsabilidad por culpa, se pretende descargar por completo al demandado, por estimarse que él no incurrió en culpa alguna y debe ser absuelto totalmente, porque toda la culpa fue de la víctima.

Segundo y tercer cargos.—Con ellos se persigue, en subsidio la aplicación del artículo 2357 del Código Civil sobre concurrencia de culpas, a fin de repartir la responsabilidad en la indemnización.

Cuarto cargo.—Este se encamina a obtener reducción, por otros conceptos y mediante cálculos diferentes de los que hizo el Juez y acogió el Tribunal, sobre valor de los perjuicios.

Casación

Disponen los artículos 537 y 538 del Código Judicial que la Corte debe examinar en orden lógico las causales aducidas y si encuentra fundada alguna, no considera las restantes, infirma el fallo y dicta en su lugar la resolución que corresponda.

Cuando el recurso es doble, o sea, interpuesto por ambas partes, generalmente el orden lógico indica que se examinen en primer término los cargos hechos por el recurrente demandante, pero en casos como el presente en que la aspiración de aquél es la de agravar la condena pronunciada, y las del demandado persiguen la plena absolución, o, al menos, que se reparta la carga de la indemnización por intervenir concurrencia de culpas, si es que alguna puede imputarse al Municipio, el orden lógico no coincide con el cronológico procesal de fundamentación de los recursos, porque nada se lograría con casar la sentencia por encontrar fundados los cargos que hace el demandante para agravar la condena, con base en la responsabilidad deducida al Municipio, si al fallar la Corte en instancia llega a la conclusión de que debe absolver o, en subsidio, reducir la condena, si estima que debe aplicar el artículo 2357 del Código Civil, por considerar que la víctima del accidente incurrió también en culpa.

Por tanto, la Corte examinará ante todo la acusación propuesta por el demandado, sin perjuicio de tener en cuenta en el presente fallo, los diferentes puntos de vista y razonamientos de las partes sobre las variadas cuestiones que han tratado.

Culpa de la víctima

Sin descartar la culpa del Municipio, que se examinará más adelante, al pronunciar la Corte la decisión de instancia, se pasa a considerar el reparo consistente en no haberse aplicado el artículo que contempla la concurrencia de culpas:

A este respecto, dice el recurrente (cargo tercero):

"La sentencia de octubre de 1954, dictada por el H. Tribunal de Medellín en el juicio ordinario de la referencia, es violatoria de la ley sustantiva al haber infringido directamente el artículo 2357 del Código Civil, lo cual se produjo por no haberlo aplicado al caso de autos, debiendo haberlo hecho y haber aplicado en forma exclusiva los artículos 1613, 1614, 2341 a 2344, 2347, 2349 a 2351, 2355, 2356 del C. C. y 95 del C. P., los cuales también violó al no relacionarlos y ponerlos en concordancia con el citado artículo 2357 del C. C. Invoco pues, como motivo de casación el consagrado en el numeral primero del artículo 520 del Código Judicial. Solicito, en este cargo, que la H. Corte Suprema de Justicia case la sentencia acusada en sí misma, y en cuanto confirmó la del señor Juez 6º del circuito de Medellín, y que, como Tribunal de instancia aplique lo dispuesto por el artículo 2357 del Código Civil y demás normas concordantes y relacionados, en el sentido de establecer compensación de culpas y reducción del valor de los perjuicios materiales y morales".

Como fundamento de esta acusación, se reproducen en seguida y en resumen las razones, hechos y doctrinas expuestos en el cargo segundo. Para mayor claridad estimo conveniente transcribir los pasajes completos a que hace referencia el recurrente, sobre culpa de la víctima, cuyo texto reza:

"Resumo las faltas de conducta del Coronel, así: a) Existiendo una 'amplia área disponible para la ejecución de los trabajos', como se lee en la inspección ocular, área que es precisamente la fijada por el Código de Seguridad, zona situada en el frente de la calle, no la aprovechó para movilizar las varillas por dicho frente, lo cual hubiera podido perfectamente hacer levantándolas con ayuda de cuerdas u otros sistemas semejantes, en posición parelelas a la fachada, como es corriente. La H. Corte Suprema de Justicia ha estudiado casos concretos, en los cuales se ha juzgado que la utilización de los interiores para movilizar las varillas acrecienta el peligro en lugar de disminuírlo, y al respecto citaré posteriormente una clara sentencia al respecto dictada por esa alta entidad. Pero si se usaba el interior, ello forzosamente debía hacerse sin traspasar 'la amplia área' de un metro con cincuenta centímetros existente entre la fachada y la línea eléctrica, y empleando el natural cuidado, propio de personas a quienes el simple derecho natural indica que deben proteger su propia vida; b) El Coronel Restrepo Castro no estableció cerramiento, valla o separación de ninguna clase entre su construcción y las líneas situadas sobre la calle a bastante distancia, lo cual es de uso corriente en las construcciones en todas partes del país, y si esa precaución hubiera sido tomada por él, las puntas de las varillas no hubieran alcanzado las líneas. Hay que tener en cuenta que estas líneas son **fijas,** y desempeñaron por lo tanto, un papel enteramente pasivo en el accidente, mientras las varillas son elementos activos, que estuvo accionado por la víctima; c) Si el Coronel sabía que las líneas existían, y sabía que él no había colocado cerramiento alguno que impidiera a las varillas salir hacia el exterior de su propiedad, y si conocía la flexibilidad y la extensión de las varillas que estaba accionando, cometió ciertamente un acto imprudente en dirigirlas y accionarlas en forma tal que el contacto se produjese, y ese error de conducta está constituyendo la culpa concreta enteramente apreciable; d) El Coronel Restrepo Castro, no desempeñaba en la obra función material alguna que estuviera por sí misma, o circunstancialmente, expuesta a que se produjera un accidente de la índole del que es objeto de nuestro estudio, y en forma que no se explica sino como un acto de innecesaria imprudencia, se expuso a lo acontecido, al asumir funciones fuera de lo que corresponde a un director o supervigilante de obra material; e) Afirman unos testigos que el Coronel y sus trabajadores empleaban toda clase de precauciones para evitar un accidente, y que no tuvieron en él culpa alguna, correspondiendo ella íntegramente al distrito, pero al deponer así asumen funciones propias de peritos y se salen de la órbita que la ley señala al testimonio humano, porque no dicen cuáles son los hechos o los actos en los cuales consistían las excepcionales precauciones de que hablan, y se limitan a indicar como tal la circunstancia de que las varillas se movilizasen desde el interior, lo cual, al contrario, es más peligroso, desde que por falta de visibilidad no se podía controlar la

posición del extremo que se dirigía hacia el exterior; pero brilla por su ausencia toda referencia testimonial a que se hubiera apostado una persona que observara el movimiento de dichas varillas y advirtiera oportunamente, o que se hubieran aislado las puntas de las varillas con material aislante, o que se hubieran construído cerramientos que separaran la construcción del exterior, o se hubieran accionado desde el exterior; en fin, los testigos no mencionan ningún hecho concreto que pueda juzgarse razonablemente como una precaución adecuada por parte de la víctima, y aceptar sus testimonios en abstracto constituye un evidente error en la apreciación de la prueba, que aparece de manifiesto en autos, lo mismo que concluir en la ausencia total de culpa por parte del Coronel Restrepo Castro. El experticio concluye, como ya se transcribió antes, en que el accidente hubiera sido evitable con extrema prudencia por parte de la víctima, pero en parte alguna dice que hay ausencia total de culpa por parte de la víctima, y si lo hubiera dicho y con fundamento en ello el fallador hubiera exculpado plenamente al Coronel Restrepo Castro, hubiera cometido sin embargo manifiesto error de hecho ante las circunstancias en que los hechos ocurrieron y que quedan analizados.

"Dice la H. Corte Suprema de Justicia en casación del 19 de octubre de 1949 (G. J. número 2.077, pág. 634) lo que sigue: 'La culpa que el Tribunal tomando en cuenta las pruebas del proceso, le imputó a Tulio Benjamín Alzate para darle así aplicación al precepto del artículo 2357 del C. C., según el cual la apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente, no la hizo consistir en el hecho para ese efecto intrascendente de que la víctima condujera directamente o ayudara a otro trabajador a conducir en el momento en que ocurrió el suceso la varilla metálica que hizo contacto con los alambres transmisores de energía eléctrica, pues sea de ello lo que fuere, es lo cierto que lo que dá el sentenciador por demostrado es que el accidente 'ocurrió cuando aquéllos se ocupaban en subir varillas de hierro a uno de los pisos altos, lo que hacían por la parte interior del edificio en que trabajaban. Y esto es tan indiscutible, que hay que considerarlo como un punto que está colocado fuera del debate, como que constituye uno de los hechos fundamentales de la demanda, el séptimo que antes se dejó copiado, en el cual se dá la misma versión a los sucesos que el Tribunal acoge y que el recurrente pretende inútilmente desvirtuar en casación. Además, la actividad culposa de la víctima la desprendió el sentenciador de los siguientes hechos: 'Alzate y su compañero se empeñaron en subir a hombro las varillas por las escaleras', contrariando las órdenes o costumbres establecidas en la obra; que las varillas se levantaban 'por medio de lazos y por el lado de la calle', **con lo cual se eliminaba el peligro de contacto con los alambres transmisores** (subrayo) y que tanto Alzate como el otro trabajador determinaron sacar por una de las ventanas del edificio en construcción, una de las extremidades de las varillas, levantándola casi verticalmente, sin tomar ninguna precaución y en forma que hizo contacto con la corriente de la energía'.

"Es muy notable la similitud del caso de autos con el considerado por la H. Corte Suprema de Justicia en el cual se desecha el cargo propuesto contra la sentencia del fallador de instancia que había aceptado la reducción del daño con fundamento en lo que dispone el artículo 2357 del Código Civil.

"La misma H. Corte Suprema de Justicia dice en casación del 22 de junio de 1948 (G. J. número 2062, pág. 471) que 'En el accidente de Marsella está plenamente establecido el hecho que causó las lesiones a Triana se produjo por culpa exclusiva de la víctima, pues si ésta a sabiendas del peligro, no se arriesga imprudentemente a tocar las cuerdas de la canalización eléctrica, nada le hubiera pasado'.

"Los citados hermanos Mazeaud en su célebre obra invocada (Tomo II, pág. 24) dicen: 'Podemos afirmar, sin exageración, que en la inmensa mayoría de los casos la víctima participa en la realización del perjuicio que le afecta: el hecho de la víctima, trátese de una acción o de una abstención, figura entre las causas del perjuicio junto con la culpa del demandado, y hasta acontece que ese hecho constituye la única causa del perjuicio. Por eso el problema de la incidencia del hecho de la víctima en la responsabilidad del demandado desempeña un papel fundamental, especialmente en aquellos dominios en que, por haber establecido la ley una presunción de responsabilidad, el demandado, para exonerarse, está obligado a establecer una causa extraña. Sin duda el hecho de la víctima no es la única causa extraña que exonera al demandado".

La Corte considera que tiene razón el recurrente en cuanto al descuido o imprudencia imputable a Restrepo, por todos los hechos y cir-

cunstacias, cuya demostración en el proceso es completa, y que se acaban de relacionar.

Además, y sin cancelar la culpa del Municipio, que luego se examinará, otra circunstancia agrava la negligencia de Restrepo: haber dejado de avisar al Municipio la iniciación de la construcción, teniendo en cuenta que la licencia otorgada para realizar la obra se había dado casi dos años antes.

Todo lo expuesto, que es incontestable, justifica el cargo de violación del artículo 2357 del Código Civil, por no haberse aplicado siendo el caso de aplicarlo.

Por tal motivo, el fallo recurrido se casará.

Sentencia de instancia

Para pronunciar la Corte su decisión final, debe, como todo Juez contemplar los diversos aspectos del caso en estudio: hechos fundamentales; procedencia de la acción, en principio; culpas, localización de la responsabilidad; perjuicios, cómputo de los daños, monto de la indemnización.

- I -

Hechos fundamentales

Aparece acreditado en el proceso, con toda clase de pruebas adecuadas y conducentes, declaraciones de testigos dignos de crédito, dictámenes de expertos, documentos, etc., el suceso desgraciado ocurrido el 7 de julio de 1952, del cual fueron víctimas el señor Restrepo y el trabajador Yepes, las labores en que se ocupaban, consistentes en la construcción de una casa del primero, particularmente en la obra de estructura de la segunda planta, en que se empleaban varillas de hierro de 8 a 10 metros de longitud, la existencia de un cable metálico conductor de energía a alta tensión, en sentido paralelo al muro exterior del edificio en construcción y a una distancia de un metro y medio; el conocimiento que Restrepo y Yepes tenían de la existencia y peligrosidad del cable; el contacto que con éste hizo la extremidad de una varilla que los operarios trataban de colocar en la segunda planta, la descarga eléctrica que fulminó a las dos personas prenombradas, etc.

La personería sustantiva y adjetiva de las partes, la calidad que invocan y demás elementos necesarios para la prosecución del juicio aparecen acreditados.

- II -

Culpas y responsabilidad

Sin perjuicio de las consideraciones contenidas atrás, sobre la culpa de la víctima, y que condujeron a la casación de la sentencia recurrida, la Corte acoge las razones expuestas por el Tribunal en los siguientes pasajes de su fallo:

"Tres clases de responsabilidad civil extracontractual reglamenta el Título 34 del Libro 4º del C. Civil, como lo tiene admitido reiteradamente la jurisprudencia nacional, a saber: la proveniente del hecho personal (artículos 2341, 2345 del C. C.); la atinente al hecho de personas que dependen o están bajo el cuidado de otra (artículos 2346, 2347, 2348, 2349, 2352); y la que surge del hecho dañoso de cosas animadas o inanimadas (artículos 2350, 2351, 2353, 2354, 2355 y 2356, C. C.).

"Para que la responsabilidad en los casos anotados pueda deducirse, es preciso que se hallen plenamente demostrados los siguientes factores esenciales: a) la existencia del daño inferido a la víctima; b) culpa imputable al demandado, y c) relación precisa de causas a efecto entre la culpa y el daño sufrido.

"Sin embargo, tratándose del daño causado mediante el ejercicio de actividades peligrosas, y la explotación de energía eléctrica es una de ellas, establece la ley una presunción de culpa respecto del demandado, quien sólo puede exonerarse de la responsabilidad que se le imputa demostrando la existencia de un caso fortuito o fuerza mayor, o la intervención de un elemento extraño en la producción del accidente.

"A la víctima le basta demostrar los hechos que determinan el ejercicio de una actividad peligrosa y el perjuicio sufrido; y será el demandado quien deba comprobar que el accidente ocurrió por la imprudencia exclusiva de la víctima, por la intervención de un elemento extraño, o por la fuerza mayor o caso fortuito, ya que el ejercicio de una actividad peligrosa, por su naturaleza lleva envuelto el de culpa en caso de accidente.

"La doctrina de la Corte, expresada por sus dos Salas de Casación Civil y de Negocios Generales, es la de que la presunción de culpa que se encuentra consagrada en el artículo 2356, opera en favor de la víctima pasiva del daño ocasionado por el manejo de cosas caracterizadas por su peligrosidad, la cual releva de la prueba de

la culpa en el acaecimiento del accidente, a la víctima, quien demostrando el daño y la relación de causalidad entre éste y el perjuicio, vierte sobre el autor de aquél la obligación de acreditar una causa eximente de culpa, si aspira a liberarse de toda responsabilidad". (G. J. XLVI, 216-517; L, 446; LIV, 513).

"Frente a los principios legales y doctrinarios expuestos, procede estudiar si en el caso de autos se dan los requisitos básicos para el configurado de la culpabilidad que a la entidad demandada se le deduce en este proceso.

"Consta de autos que el siete de julio de 1952, entre las diez y once de la mañana, murió trágicamente el señor D. Roberto Restrepo Castro, en momentos en que se ocupaba con uno de sus trabajadores, en colocar una varilla de hierro de las que empleaba para la estructura de las planchas de concreto en una construcción de su propiedad que en esa época adelantaba, en la carrera 41 de esta ciudad, entre calles 59 y 60, distinguida con los números 59, 101, 107.

"Está plenamente demostrado también que el deceso obedeció a que uno de los extremos de la varilla accionada hizo contacto con las líneas conductoras de energía eléctrica a alta tensión, que por allí pasan a una distancia horizontal de metro y medio aproximadamente, lo que produjo al señor Restrepo, como a su ayudante, numerosas e intensas quemaduras a consecuencia de las cuales fallecieron en el acto. Así lo exponen de manera unánime los testigos Heriberto Román, Jesús Jaramillo, Carlos E. Guzmán, Fernando Ospina, Roberto Gallo, Francisco Gallo y Alberto Ramírez (fls. 8 y ss. c. 2º), varios de los cuales trabajaban en la misma construcción al momento del accidente.

"De la diligencia de necropsia practicada el mismo día del fallecimiento del señor Restrepo, por comisión del Inspector de Permanencia de esta ciudad (f. 31 vto. c. 2º), aparece indicada de manera clara por los señores peritos la causa eficiente de la muerte de éste, cuando dicen: 'Por lo anteriormente expuesto conceptuamos que la defunción de Roberto Restrepo Castro fue consecuencia natural y directa de la acción de una corriente de alto voltaje con la cual se puso en contacto'.

"De otro lado, no niega el Municipio demandado la certeza de este hecho, sólo que, a efectos de descartar la responsabilidad que se le imputa, lo atribuye a la propia imprudencia o negligencia del occiso. Luego no puede darse una más completa demostración de la existencia del primer elemento básico enunciado: un daño causado por la actividad peligrosa.

"Los daños causados por las cosas inanimadas responsabilizan a la persona bajo cuya diligencia o cuidado se encuentran, debiéndose acreditar por el perjudicado la culpa del autor, y siempre que ellas no hagan parte de una actividad o explotación (artículo 2341 del C. C.), porque en caso contrario, o sea cuando integran una actividad o explotación caen bajo las previsiones contenidas en el artículo 2356 del C. Civil que establece la presunción de culpa, sólo desvirtuable como atrás queda estudiado.

"Dicho mandato legal debe entenderse así, como acertadamente lo expone un conocido comentarista de nuestro estatuto sustantivo: 'Artículo 2356.—Se repararán los daños causados por intermedio de cosas empleadas en explotaciones o actividades. Son especialmente explotaciones peligrosas: 1º La explotación de las vías férreas; 2º Las de empresas dedicadas al transporte de personas o cosas, por tierra y agua; 3º Las de conducción de energía eléctrica, agua y demás fluídos'. (Curso de Derecho Civil Colombiano. Dr. Arturo Valencia Zea, pág. 276).

Está suficientemente demostrado en autos, que el Municipio de Medellín es propietario de la Empresa de Energía Eléctrica que suministra el alumbrado y calefacción en esta ciudad y varios Municipios vecinos; por medio de sus generadores instalados en Guadalupe y Ríogrande; la que distribuye, entre otros sistemas, por el de líneas aéreas a 6.600 voltios. Ello lo declaran, los señores Pedro Vásquez U. y Donato Duque P. (f. 5 y 10 c. 2º); propiedad y explotación que, por otra parte, ni siquiera discute la entidad demandada, lo que hace que no puede ser más clara su situación de sujeto pasivo de esta litis.

"Alega el Municipio, que su responsabilidad en el trágico accidente debe descartarse, si se tiene en cuenta que por parte del señor Restrepo hubo notoria imprudencia al exponerse temerariamente al peligro que a sabiendas corría, mayormente si se considera que se abstuvo de dar oportuno aviso a la Empresa, a fin de que por ésta se tomaran las medidas adecuadas a precaberlo. Tesis la anterior que en forma alguna acoge esta Sala, por lo que a continuación se expone:

"Obra en autos la certificación de que el Municipio expidió al señor Restrepo la respectiva licencia para levantar la edificación que proyec-

taba (f. 3 c. 1); luego es innegable que por este solo hecho quedó avisado el Distrito de los trabajos que allí habrían de realizarse, y tomaba sobre sí la permanente vigilancia de ellos a fin de que se observasen las prescripciones legales en su desarrollo. Y no se diga que son dependencias bien diferentes las encargadas de los diversos trámites relacionados con el ramo de construcciones y energía eléctrica, porque ello sería tanto como desconocer la necesaria unidad administrativa que entre tales empresas debe existir, de conformidad con claras normas legales al respecto. (Ley 4ª de 1913 y cdts.).

De forma que no era de rigor que el señor Restrepo hiciese saber a la Empresa de Energía Eléctrica este hecho, por cuanto ya la oficina del Plano Regulador, entidad igualmente oficial, había tomado sobre sí la obligación de hacerlo en virtud de las licencias números 1313 y 1292 expedidas al señor Restrepo. Tampoco se alegue que las más de las veces las edificaciones o reformas se empiezan con bastante posterioridad a la expedición de las licencias, lo que hace imposible saber cuándo se inician, porque la permanente vigilancia que dicha dependencia debe ejercer sobre las construcciones **todas para las** que expidió permisos, descarta la posibilidad de esta omisión.

Bueno es anotar también la ineficacia que resulta de poner en conocimiento de la Empresa de Energía Eléctrica un hecho de esta índole, caso de que fuera forzoso hacerlo, si se tiene en cuenta que ésta en ningún evento suspende la actividad peligrosa de que se trata. En efecto, certifica a folios 9 del cuaderno 3º lo siguiente el señor Gerente de dicha Empresa: 'La Empresa no puede, dentro del sistema ya indicado, que es el existente aislar circuitos por razón de edificaciones que se estén construyendo dentro de ellos, porque esto implicaría, como ya se dijo, suspender el servicio a todo el circuito. Y como las edificaciones se ejecutan en diversas partes de la ciudad, habría que suspender el servicio de energía en la mayor parte de ella, si se tomara tal medida'. Como se ve, ni aún el aviso oportuno a la Empresa tiene **operancia alguna** en tales casos; por lo que el Municipio ha destruído con su propio testimonio el argumento que trató de esgrimir en su beneficio.

Sobre este último punto es de advertir que, aun admitiendo que nada hubiera logrado Restrepo con dar aviso sobre el hecho de que iba a proceder ya a la construcción, sí habría mermado mucho su propia culpa. Pero la del Municipio no se elimina ni disminuye, al contrario, se agrava con la increíble declaración del Gerente, sabiendo, como no puede ignorar, que en otras ciudades, como Bogotá, al primer anuncio del constructor las Empresas de Energía Eléctrica proceden a aislar con una envoltura de caucho los cables desnudos que pasan por cerca del paramento de la edificación, sin costo alguno para el constructor y sin interrumpir el servicio en el correspondiente circuito. Eso lo observa el transeúnte que pasa por frente a los centenares de edificaciones que se levantan en las calles.

El representante del Municipio, que se ha esforzado en refutar el concepto del Tribunal sobre la peligrosidad de ciertas actividades, sostiene la tesis que las modernas doctrinas de los autores y de la jurisprudencia, particularmente en Francia, descartan la peligrosidad de las **cosas** por sí mismas. Refiriéndose a la opinión de Capitant, transcribe el siguiente párrafo:

"Pero lo que impide principalmente adoptar la noción de cosa peligrosa, derivándola de la naturaleza intrínseca de las cosas, es la circunstancia de que una cosa no es, por sí misma, peligrosa o inofensiva. Es o no peligrosa según las circunstancias; un automóvil estacionado o marchando a dos kilómetros por hora no es peligroso: un automóvil rápido es peligroso. Un fusil descargado no es peligroso, un fusil cargado es peligroso. Una bicicleta es peligrosa para un transeúnte, pero no lo es para un automovilista" (Pág. 475, ob. cit. arriba)".

Esto es así, indudablemente; las cosas, por sí mismas, intrínsecamente no poniéndolas en actividad, y aun empleándolas para efectos que no puedan causar daños, no son peligrosas. El uranio, el hidrógeno (elemento éste que se encuentra en el aire que respiramos y en el agua que bebemos), no son de por sí peligrosos, pero ya se sabe hasta dónde alcanza el peligro de la actividad encaminada a la desintegración de sus **átomos.**

Un cable metálico, intrínsecamente, por sí solo, no es peligroso, pero cuando está sirviendo en la actividad de conducir una corriente eléctrica, es más peligroso que un rifle de repetición disparado continuamente.

Y es que la presunción de responsabilidad de que se trata, estriba en la **actividad** peligrosa, no en la cosa. En el caso del pleito el peligro que implica la conducción (actividad) de energía eléctrica por cables desnudos, y la declaración del

Gerente de la Empresa Municipal, que no considera posible aislar los alambres provisionalmente.

Es verdad que entre la expedición de la licencia concedida a Restrepo y el comienzo de la construcción había transcurrido un lapso de casi dos años, pero no puede suponerse que el Municipio ignorara el adelantamiento de la obra que a la fecha del accidente llevaba como tres meses de trabajo, que el Municipio vigila para si se ajusta a la licencia.

La Corte estima que hay concurrencia de culpas de igual magnitud y que la carga de la indemnización debe pesar por iguales partes sobre demandantes y demandados, o sea, que la condena al Municipio debe reducirse a la mitad del valor de los perjuicios.

- III -

Perjuicios materiales.—Valor de los mismos.

A este respecto, la Corte como el Tribunal, encuentra convincente el razonamiento del Juez y los cómputos hechos en la sentencia de primera instancia, que dice:

"Sobra anotar que el señor don Roberto Restrepo Castro, al morir, dejó como herederos a su esposa señora María Maya y a sus hijos Néstor, Alvaro, Silvia, María Gladis, Ruth Amalia, César, Juan Fernando, Roberto Antonio y Gloria Restrepo Maya, quienes de acuerdo con disposiciones del Código Civil tienen derecho a la indemnización de los perjuicios ocasionados con la muerte de su esposo y padre.

"En cuanto al valor de tales perjuicios se tiene:

"Los peritos doctores Manuel José Vallejo y Manuel María Chavarriaga, determinaron la vida probable de D. Roberto Restrepo Castro tomando en cuenta las tablas utilizadas en nuestro país por las Compañías de Seguros de Vida, conducta ajustada a lo que ya en forma unánime tiene aceptado la jurisprudencia nacional en numerosos fallos. En consecuencia, bien fundada está la fijación de tal vida probable en diez y ocho (18) años, primer dato indispensable para la valoración de los perjuicios materiales.

"Para establecer la renta o entradas mensuales del finado, descartaron los peritos lo que pudo haber tenido origen en sus actividades de comisionista, dado que las pruebas allegadas a los autos ninguna base daban para la fijación de una cantidad determinada. En efecto, aunque los testigos Jorge Escobar, Antonio Mendoza y Pablo Ortega afirman que entre las actividades de don Roberto Restrepo Castro estaba la de comisionista, no indican qué clase de comisiones cumplía, con qué frecuencia, si eran de venta o de compra, qué suma aproximada ganaba por tal concepto, etc. El Juzgado encuentra, en consecuencia, razonable que no se valore el posible producido de dicha actividad.

"No tomará en cuenta el Juzgado, para fijar el monto de los perjuicios materiales, la suma calculada por los peritos, como producto de las actividades agrícolas y ganaderas del finado, porque está demostrado que a su muerte ya no era dueño de la finca en que ellas tenían lugar, la cual había vendido, y porque conforme a las razonables y prudentes observaciones del señor Personero Municipal no era ni siquiera probable que Restrepo volviera a adquirir una finca y dedicarse a su explotación ya que el dinero proveniente de la venta de la anterior lo invirtió en la construcción de las casas dichas. Los mismos peritos, se agrega, dejaron para el Juzgado la determinación sobre si debía o no tomarse en cuenta la suma calculada por los conceptos anotados.

"Al fallecer don Roberto Restrepo Castro, como plenamente ha sido demostrado con varios testimonios, su actividad principal estaba vinculada a la construcción de edificios, en lo cual, según se afirma, 'era bastante versado'. No hay en el expediente elementos que permitan concluir, con razón que don Roberto al terminar la construcción donde lo sorprendió la muerte abandonara esta actividad. Presumible es, por el contrario, que continuara en ella porque ya se había desligado de las labores agrícolas y ganaderas, y porque, como es sabido, suele ser fuente de pingües utilidades. Los peritos, con razones que el Juzgado acepta, fijaron la suma de cuatrocientos pesos mensuales como producto de tal actividad.

"De acuerdo con el certificado expedido por la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares, el señor Coronel Roberto Restrepo Castro devengaba líquido, el día de su muerte, la suma de $ 1.013.12, de la cual sólo se seguirá pagando a su cónyuge e hijos, según normas citadas por los peritos, la cantidad de quinientos treinta pesos con cuarenta y siete centavos ($ 530.47).

"Entiende el Juzgado que para la estimación de la cantidad que don Roebrto Restrepo Castro invertía en sus gastos personales y de subsistencia, con el objeto de saber la cantidad que efectivamente daba a su famliia, hay que tomar como base el ingreso de éste a su muerte y no lo que

su familia dejó de percibir por consecuencia de tal insuceso, es decir, se calculará el veinte por ciento señalado por los peritos sobre mil cuatrocientos trece pesos con dos centavos ($ 1.413.02). Se deducirá, pues, de esta suma la cantidad de doscientos ochenta y dos pesos con sesenta centavos ($ 282.60), lo cual arroja una diferencia de un mil ciento treinta pesos con cuarenta y dos centavos ($ 1.130.42) suma con la cual efectivamente ayudaba Restrepo Castro a su familia. Con la muerte de éste su familia deja de percibir, pues, la cantidad de quinientos noventa y nueve pesos con noventa y cinco centavos ($ 599.95) mensualmente, puesto que, como se dijo, la Caja de Sueldos de Retiro de los Militares le sigue pagando mensualmente la suma de quinientos treinta pesos con cuarenta y siete centavos ($ 530.47).

"Teniendo en cuenta la vida probable de don Roberto Restrepo Castro, y aplicando la misma fórmula que los peritos acogieron, siguiendo con ello lo que la jurisprudencia tiene uniformemente consagrado, la suma anterior se multiplica por doce para saber la renta anual, y el resultado de esta operación se multiplica por 10,828, indicado en la tabla del Ingeniero Garuffa. Hechas las operaciones matemáticas se obtiene que los perjuicios materiales sufridos por la familia del extinto Restrepo Castro, vale la cantidad de setenta y siete mil novecientos cincuenta y cinco pesos con diez centavos ($ 77.955.10).

"No se discute hoy que la indemnización de perjuicios ha de comprender tanto los materiales o patrimoniales como los extrapatrimoniales o morales, cuestión ésta aceptada en la doctrina y la jurisprudencia.

"Es indudable que la muerte de un ser querido causa a sus familiares, y principalmente en los vinculados por un parentesco tan cercano como el que existe entre cónyuges, padres e hijos, un gran sufrimiento moral, desde luego, como dicen los autores, casi imposible de valorar en cifras numéricas. Pero como no sería justo dejar a las víctimas de ese sufrimiento desprovistas de cierta reparación, y aunque no pueda ser compensado ni reparado, se ha optado por entregarles una suma de dinero con la cual puedan aliviar en algo su situación moral, porque, como se ha dicho, el dinero es útil para todo".

De todos los reparos que hace el representante del Municipio de Medellín a los cálculos hechos por el Juez, el más importante consiste en el descuento de la suma de $ 530.47 que, la familia de la víctima sigue recibiendo de la Caja de Sueldos de Retiro, para determinar el menoscabo sufrido **realmente** por la víctima o su familia al mermarse la entrada que representaba el sueldo total.

La Corte considera justificada la deducción, no **compensación,** como la llama el abogado de los demandantes, aunque en el proceso se hubiera empleado el segundo término. En efecto, lo que había que averiguar era a cuánto ascendía el valor del perjuicio en la línea del sueldo, cuál era la pérdida o daño real; y como no se perdió todo, era necesario saber cuánto se había salvado. Quedando la suma de $ 530.47, ésta no cabía en el menoscabo, había que descontarla en la indemnización, porque ésta no implica un negocio o especulación sino una reparación.

Otro reparo de cierta importancia que se hace a los cálculos de entradas que obtenía Restrepo es el de la inclusión de $ 400 mensuales como director o empresario de construcciones, actividad en que, como lo acreditan varios testigos, era bastante entendido o experto dicho señor, quien se había consagrado a ella, principiando por la dirección de la obra de su propiedad donde ocurrió el accidente desgraciado.

El cómputo de esa entrada mensual está respaldado en el concepto de peritos, suficientemente fundado, porque es innegable que Restrepo, al terminar la construcción en que estaba empeñado, seguramente continuaría en esa actividad, o en otra que le diera un rendimiento equivalente, ya que es imposible suponer que el Coronel Restrepo, por su posición, buena salud, educación, capacidades y conocimientos que su alta graduación implicaban, sus obligaciones familiares: esposa y ocho hijos menores, se cruzara de brazos, resignándose a vivir con el sueldo de retiro, sin lugar a que pudiera economizar o ahorrar un centavo, teniendo energías para trabajar.

Concurre una circunstancia que elimina el criterio de favoritismo o arbitrariedad en el cómputo de que se trata: el haber prescindido los peritos, el Juez y el Tribunal, de incluir en las entradas de Restrepo las pretendidas utilidades derivadas de ocupaciones agrícolas, ganaderas y de comisiones, porque en cuanto a las primeras, habían cesado desde cuando vendió la finca rural que poseía, y en lo referente a las demás, no se adujo prueba sobre ella ni sobre el producido.

También se ha glosado la liquidación en el sentido de que el Juez y el Tribunal no han debido deducir del monto de las entradas que tenía Restrepo el 20% por concepto de gastos per-

sonales, sino el 40%, calculándose para la familia el 60% y no el 80% que los fallos le atribuyen.

La deducción del 40% para gastos del marido y 60% para la familia, sería aceptable si la última estuviera integrada por la esposa y uno o dos hijos; pero siendo éstos ocho personas y nueve contando a la señora, las múltiples necesidades de este grupo reclaman, por lo menos el 80 %, contra el 20 % para una sola persona.

Todo esto patentiza la equidad, justicia y buen criterio que presidió la liquidación de los perjuicios materiales, de cuyo valor el Municipio no pagará, por su culpa, sino la mitad, perdiendo la otra mitad los sucesores de Restrepo, por la culpa de éste, o sea, que los $ 77.955.10 en que estimaron el Juez y el Tribunal, con base en dictamen de peritos el monto de los mencionados perjuicios, estimación que la Corte acoge, la condena se pronunciará por la cantidad de $ 38.977.55.

- IV -

Perjuicios morales

Hace poco más de 33 años (fallo de julio 21 de 1922) la Corte Suprema de Justicia le dio cabida a la acción indemnizatoria por perjuicios morales, en el juicio que León Villaveces promovió contra el Municipio de Bogotá, por el quebranto espiritual que le produjo el descuido o equivocación culposa del administrador del Cementerio Central, quien, hallándose ausente del país el señor Villaveces, creyó que la bóveda que desde hacía varios años ocupaba el cadáver de la esposa de dicho señor, era del Municipio, hizo exhumar los restos que fueron a dar al osario común.

Propuesto el juicio y surtidas las dos instancias, la Corte, en casación, pronunció fallo condenatorio en abstracto; y luego sobrevino el señalamiento, en concreto, de la indemnización debida, mediante el dictamen de peritos.

Observando el legislador la gran dificultad con que se tropezaba en la apreciación de perjuicios de esa clase, al expedir el nuevo Código Penal en 1936, vigente desde el 1º de julio de 1938, incluyó una norma que ha servido para tasar los daños ocasionados por un delito, y también los procedentes de una culpa civil extracontractual. Esa norma (artículo 95 de dicho estatuto), señaló un máximum de $ 2.000 para el damnificado, y sostenidamente la jurisprudencia en muchos fallos ha sentado la doctrina de que cuando el damnificado moralmente es uno solo, la reparación pecuniaria indicada por el artículo 95, le corresponde a él; y si son dos, cinco, nueve, etc., otro tanto a cada uno, mas no que los $ 2.000 previstos por aquella norma se repartan entre todos. Así, si son diez, y se hallan en condiciones semejantes, no serían $ 200 para cada uno sino $ 2.000 para cada damnificado. Esto porque si se trata de varios hijos que perdieron al padre, el dolor o la pena moral de cada uno no se divide entre todos, no disminuye porque sean varios los dolientes, pues el mal de muchos no es consuelo para nadie, ni la pena aumenta porque sean menos los afectados; al contrario, siendo varios, el dolor propio de cada uno se aumenta por el ajeno, por la vinculación de sentimientos, al paso que el perjuicio material o pérdida patrimonial sí disminuye a mayor número de damnificados. Así, en el caso de que la muerte de la víctima haya ocasionado una pérdida patrimonial de $ 40.000, si son dos los sucesores, cada uno habría sufrido un menoscabo de $ 20.000, pero si son diez, el perjuicio para cada uno sería de $ 4.000.

Por eso el cómputo realizado por el Tribunal en razón de perjuicios morales, es más jurídico, razonable y humano que el efectuado por el Juez, y la Corte lo acoge en uso de la amplia facultad que a este respecto otorgan a los jueces las disposiciones sustantivas que regulan la materia.

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, CASA la sentencia recurrida, pronunciada por el Tribunal Superior de Medellín, y en su lugar, RESUELVE:

Primero. — No están probadas las excepciones que se propusieron en el juicio;

Segundo.—Declárase que el Municipio de Medellín es civilmente responsable de la muerte del señor don Roberto Restrepo Castro, con la concurrencia de culpa en que incurrió igualmente la víctima, muerte acaecida el 7 de julio de 1952, como consecuencia del choque eléctrico recibido al hacer contacto con una de las líneas conductoras de energía eléctrica a 6.600 voltios una varilla de hierro que con el trabajador Gerardo Yepes se disponía a colocar en la estructura del segundo piso de una construcción de propiedad del señor Restrepo situada en la ciudad de Medellín, distinguida con los números 59, 101, 107 de la carrera 41;

Tercero.—Se declara que el Municipio de Medellín está en la obligación de pagar a la señora María Maya v. de Restrepo, cónyuge sobreviviente del señor Roberto Restrepo Castro y a sus hijos Néstor, Alvaro, Silvia, María Gladys, Ruth Amalia, César, Juan Fernando, Roberto, Antonio y Gloria María Restrepo Maya, la suma de treinta y ocho mil novecientos setenta y siete pesos con cincuenta y cinco centavos ($ 38.977.55), o sea la mitad del valor de los perjuicios materiales ocasionados por la trágica muerte del señor Restrepo.

Cuarto.—Se declara que el Municipio de Medellín está también en la obligación de pagar los perjuicios morales causados por el mismo suceso, a las personas ya mencionadas, en las siguientes cuantías: dos mil pesos ($ 2.000.00) para cada uno de los demandantes María Maya v. de Restrepo, Néstor, Gladys y Silvia Restrepo M.; mil quinientos pesos ($ 1.500.00) para cada uno de los demandantes Alvaro y Roberto Restrepo; y mil pesos ($ 1.000.00) para cada uno de los demandantes Gloria, Ruth, Juan Fernando y César Restrepo M.

Quinto.—El pago de las cantidades expresadas en los dos apartes que preceden deberá hacerlo el Municipio de Medellín dentro de los seis días siguientes al de la notificación del auto en que el Juez de primera instancia ordene obedecer y cumplir el presente fallo.

Sin costas.

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

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

OBJECIONES A UNA PARTICION

En el recurso de casación contra la sentencia aprobatoria de una partición no pueden proponerse cuestiones extrañas a las objeciones oportunamente formuladas y desechadas en la sentencia recurrida.

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

(Magistrado ponente: doctor Alberto Zuleta Angel).

Se decide el recurso de casación interpuesto por **Ignacio Pulido Campo** contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que aprobó la partición efectuada en el juicio de sucesión de **Isaac Pulido.**

ANTECEDENTES

El testamento. - **Isaac Pulido** otorgó testamento cerrado el 6 de mayo de 1943 ante el Notario Quinto de Bogotá. En la **cláusula cuarta** hace varia asignaciones a título singular entre ellas la siguiente: "g) Lego a María Josefa Campo de Pulido, viuda de mi hermano Fernando Pulido, y a los hijos de ese matrimonio, la suma de diez mil pesos ($ 10.000.00), por partes iguales y con derecho a acrecer sin excluir de esta asignación a Ignacio Pulido Campo, y dispongo que este legado s pague así: siete mil pesos ($ 7.000.00) o más en la casa que dejo mencionada en el numeral b) de la cláusula tercera de este testamento, la cual finca estimo para ese efecto en no menos de dicha suma..."; y en la **cláusula quinta** expresa: "En el remanente líquido de mis bienes, cubiertas mis deudas comprobadas existentes a mi muerte y los gastos todos imputables a mi causa mortuoria, y los legados y demás disposiciones de este testamento, instituyo como mi heredero universal a mi sobrino Ignacio Pulido Campo, hijo de mi finado hermano Fernando Pulido y de María Josefa Campo de Pulido"..

Reforma del testamento. — En el juicio promovido por **Soledad Pulido v. de Díaz** contra el heredero y los legatarios de **Isaac Pulido,** el juzgado 4º del circuito de Bogotá, en sentencia confirmada por el tribunal superior decidió: "...**Tercero.** Declárase que la demandante Soledad Pulido González de Díaz tiene la calidad de hija natural del causante señor Isaac Pulido J. **Cuarto.** Declárase que la mencionada Soledad Pulido González de Díaz, en su calidad de heredera del causante Isaac Pulido J. y de legitimaria de éste, tiene un derecho en la sucesión de dicho causante, equivalente a las tres cuartas partes de los bienes que forman el caudal hereditario. **Quinto.** Declárase que la misma demandante en su condición de hija natural del causante y de legitimaria de éste, **excluye** en el presente caso a todo otro heredero, por no haber dejado dicho causante ni descendientes legítimos, ascendientes ni cónyuge sobreviviente. En consecuencia, la heredera Soledad Pulido González de Díaz **excluye** al heredero universal instituído señor Ignacio Pulido Campo, en la respectiva memoria testamentaria del causante Isaac Pulido J. **Sexto.** Ordénase la **reforma** del testamento solemne otorgado por el causante Isaac Pulido J. ante el Notario Quinto del Circuito de Bogotá, con fecha 6 de mayo de 1943 y registrado en el Libro número Segundo el día 2 de julio de 1945, y protocolizado mediante la escritura pública Nº 2035 del 6 de julio de 1945, Notaría Primera del mismo Circuito de Bogotá, registrada en el Libro número Segundo el 29 de noviembre el mismo año de 1945. Al efecto **se declara** que a la heredera y legitimaria Soledad Pulido González de Díaz le corresponden las tres cuartas partes de los bienes de la sucesión de Isaac Pulido J. debiendo **repartirse** la cuarta parte restante, o cuarta de libre disposición, entre los legatarios por él instituídos en el testamento cuya reforma se decreta aquí, a prorrata de las cuotas allí mismo fijadas. Tales legatarios son:.." (aquí los legatarios de la cláusula cuarta del testamento). Se advierte que el recurso de casación propuesto por el albacea contra el fallo del tribunal no fue admitido por la Corte.

La partición. — En el juicio de sucesión de Isaac Pulido efectuó la partición el apoderado

de la heredera Soledad Pulido v. de Díaz. Dentro del término legal formularon objeciones **Ignacio Pulido Campo** y algunos legatarios. Para los efectos del recurso de casación sólo tienen interés las objeciones propuestas por el primero, único que recurrió contra el fallo del tribunal que aprobó la partición.

Objeciones a la partición. — Ignacio Pulido Campo, por medio de apoderado, objetó la partición en los términos siguientes: "**Primero.** La sentencia proferida por el juzgado hoy a su digno cargo en el juicio de filiación seguido por la citada señora de Díaz contra la sucesión del señor Isaac Pulido y la confirmatoria del Honorable Tribunal Superior del Distrito, providencias de las cuales deriva su derecho la señora Soledad v. de Díaz para actuar como heredera en esta sucesión, no modifica ni disminuye el legado dejado por el testador a mi poderdante Ignacio Pulido Campo, en bienes inmuebles. Por lo tanto la partición debe basarse en la respectiva cláusula testamentaria para el cómputo de dicha asignación. **Segundo.** Los bienes muebles de la finca "El Riachuelo" que se hacen figurar en el activo de la sucesión, son de propiedad exclusiva de mi poderdante. **Tercero.** En la partición presentada no se dice a quién debe corresponderle la cuarta de libre disposición. **Cuarto.** La legítima de la señora Soledad de Díaz, ya está cubierta".

Sentencias de instancia. — El juzgado, en fallo que, apelado por los objetantes fue confirmado por el Tribunal Superior de Bogotá, declaró infundadas las objeciones y aprobó, en consecuencia, la partición.

Motivos del tribunal. — En relación con la **primera objeción** expresa: "...La sentencia a que alude el objetante, proferida en el juzgado 4º del circuito de Bogotá, al fallar el juicio promovido por la señora Soledad Pulido de Díaz contra los herederos y legatarios del causante, sobre filiación natural y reforma del testamento que éste había otorgado, decidió en definitiva lo siguiente:..." (aquí transcribe las resoluciones 3ª, 4ª, 5ª y 6ª del mencionado fallo); y agrega: "En consecuencia, hizo bien el señor partidor al sujetar su trabajo a lo dispuesto en la sentencia cuya parte resolutiva se deja parcialmente transcrita. Si en éste se declaró con citación de todos los partícipes en esta sucesión, que la mencionada señora Soledad Pulido de Díaz es hija natural del causante y como tal heredera legitimaria del mismo, con mejor derecho que los demás; si en tal virtud se ordenó la correspondiente reforma del testamento, en el sentido de limitar las asignaciones allí efectuadas a la cuarta del caudal relicto de que el testador podía disponer libremente; y si, finalmente, a tales dictados acomodó el partidor su trabajo, mal puede prosperar la objeción en estudio... El señor Pulido Campo había sido instituído heredero universal del testador, pero quedo excluído por virtud de la aludida reforma, toda vez que la demandante en ese juicio fue declarada hija natural del causante y por consiguiente heredera legitimaria del mismo, única en ese carácter, según aparece de todo el expediente, por lo cual tenía derecho a su legítima efectiva, constituída por las tres cuartas partes de la herencia (artículos 1275 y 1239 del Código Civil y 23 de la ley 45 de 1936) la cuarta de libre disposición quedó para pagar los legados o asignaciones a título singular hechas en el testamento, disminuídos éstos a prorrata, tal como lo entendió y practicó el partidor al verificar su trabajo. En consecuencia, el objetante no podía recibir bienes algunos de la partición, salvo su legado. Por lo demás, se repite, el trabajo del partidor aparece ceñido estrictamente a la sentencia proferida en el juicio varias veces mencionado, en el cual fue también parte el actual objetante..." Anota además: que no está demostrada la segunda objeción; que la tercera carece de fundamento como quiera que en la partición objetada claramente se expresa que la cuarta de libre disposición se destina a cubrir a prorrata los legados hechos en el testamento reformado; y finalmente, que la aseveración de que la heredera ya recibió el valor de su legítima no permite objetar la partición, menos aun en la forma en que lo ha sido y sin prueba alguna que la respalde.

LA CASACION

El recurrente, con base en la causal primera, acusa el fallo como violatorio de las siguientes disposiciones legales:

a) Artículos 23 de la ley 45 de 1936 que señala las bases para la distribución de toda herencia y 1.127 del Código Civil que fija la voluntad del causante como norma suprema para la interpretación de las disposiciones testamentarias; b) artículo 1.155 del Código Civil, según el cual, el heredero representa al causante como continuador de su persona; c) artículo 1.157 del Código Civil, por cuanto, según esta disposición, el recurrente es heredero de cuota, calidad, dice, que el sen-

tenciador lo desconoce; d) artículos 1.274, 1.275 y 1.395, numeral 3º, del Código Civil, por cuanto se aprueba una partición que reconoce a un heredero un derecho superior al asignado por la ley con perjuicio de otro asignatario universal; e) artículos 1.176 y 1.185 del Código Civil, por cuanto el partidor no dispuso si los legatarios tenían o no derecho a los frutos de la parte proporcional adjudicada y desde cuándo tenían derecho a tales frutos.

La Corte considera:

a) Que en el recurso de casación contra la sentencia aprobatoria de una partición no pueden proponerse cuestiones extrañas a las objeciones oportunamente formuladas y desechadas en la sentencia recurrida.

b) Que, vistos el escrito de objeciones el fallo acusado y la demanda de casación, se encuentra que todos los cargos expuestos en ésta son notoriamente inconducentes como quiera que no versan sobre las objeciones ni se dirigen a impugnar los fundamentos del referido fallo. En efecto: la primera objeción se hace consistir en que la sentencia dictada en el juicio sobre filiación natural y reforma del testamento "no modifica ni disminuye el legado dejado por el testador a mi poderdante Ignacio Pulido Campo en bienes inmuebles", esto es, el legado de que trata la letra g) de la cláusula cuarta del testamento, ya transcrita, objeción respecto de la cual anotan juzgado y tribunal que conforme a la sentencia dictada en el referido juicio ordinario, todos los legados quedaron reducidos, entre ellos el de Pulido Campo, concepto fundamental del fallo que subsiste en casación ya que no aparece combatido por el recurrente. En cuanto a las demás objeciones, desechadas también en el fallo acusado, nada expone el recurrente. Todos los cargos formulados por éste se dirigen a tratar de demostrar que tal fallo le desconoce a Pulido Campo la calidad de heredero que le asignó la cláusula quinta del testamento.

c) Que, por otra parte, el fallo acusado rechaza las objeciones con fundamento en la muy clara consideración, no atacada en el recurso, de que la partición se encuentra estrictamente ajustada a lo resuelto en la sentencia dictada en el juicio ordinario de Soledad v. de Díaz contra los sucesores de Isaac Pulido. El recurrente, para impugnar eficazmente este fundamento del fallo tenía que demostrar —y no lo hizo— que existe disconformidad entre la partición aprobada y lo decidido en la mencionada sentencia.

d) Que, además, el recurrente para sostener la calidad de heredero que le atribuye a Pulido Campo, aduce las disposiciones contenidas en el testamento sin tener para nada en cuenta la reforma del mismo ordenada en una decisión judicial perfectamente clara a la cual, como se ha dicho, se ciñen la partición y la respectiva sentencia aprobatoria.

e) Que, en consecuencia, el fallo no quebranta las disposiciones legales invocadas por el recurrente.

En mérito de las anteriores consideraciones, 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 recurrida.

Costas a cargo del recurrente.

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

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



BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SOBRE SOCIEDAD CONYUGAL, SEGUN EL C. C. Y LA LEY 28 DE 1932 Y SOBRE LA LEY 68 DE 1946.—ADMINISTRACION DE LOS BIENES GANANCIALES ADQUIRIDOS POR EL MARIDO ANTES Y DESPUES DE LA PRIMERA DE LAS LEYES CITADAS.—EL ARTICULO 1806 DEL C. C. ES APLICABLE AL NUEVO REGIMEN

1—En tratándose de bienes gananciales adquiridos por el marido antes o después de entrar a regir la ley 28 de 1932, es el marido quien puede disponer libremente de ellos: si antes, en virtud del artículo 1º de la ley 68 de 1946; si después, por mandato del artículo 1º de la ley 28 de 1932. Por tanto, si los actos de disposición adolecen de algún vicio, en él se fijan las correspondientes acciones, a menos que excepcionalmente se configure un interés jurídico por parte de la mujer, cuya protección aparezca ligada necesariamente a la disolución de la sociedad. (V. Cas. de 17 de marzo de 1955, LXXIX, 757 y ss.).

2—Si fallece el marido y las acciones no han prescrito, éstas se transmiten en la universalidad hereditaria, a sus sucesores, entre los cuales puede figurar la viuda, a título universal como miembro de la sociedad conyugal disuelta, o como sucesora en los bienes del esposo.

3—Del hecho de no figurar la cónyuge en un contrato de venta de un bien común, adquirido por el marido antes o después de la ley 28 de 1932, no se concluye que la mujer carezca de las acciones de simulación, rescisión, nulidad, etc. originadas del mismo contrato, porque bien puede haber figurado y ello no le otorga las acciones mientras exista la sociedad conyugal, a menos, se repite, que se estructure un interés jurídico, en la cónyuge, vinculado a la disolución de la sociedad.

4—El actual régimen de bienes en el matrimonio, conserva de la comunidad tradicional la asociación económica, motivo por el cual, tanto en cabeza del marido como en cabeza de la mujer, pueden fijarse bienes sociales. El artículo 1781 del C. C. es aplicable cabalmente al sistema de la ley 28 de 1932. Si en el régimen del C. C., en el cual no había sino un administrador —el marido— se confundían ante terceros los bienes sociales con los suyos propios, en el de hoy, en el cual hay dos administradores —los cónyuges— se confunden los bienes comunes que cada cónyuge tenga en su cabeza, con los bienes propios que adquiera, y por ello el artículo 1806 del C. C. es aplicable al nuevo sistema, en relación con cada uno de los esposos. (V. casación 13 de abril de 1951. LXIX. 526).

5—Antes de la ley 68 de 1946 la jurisprudencia de la Corte había reconocido acción reivindicatoria a la cónyuge —aun existiendo la sociedad conyugal— para lograr la reincorporación al haber común de aquellos bienes sociales adquiridos antes de 1933, que el marido enajenara sin el consentimiento de la mujer. Al entrar en vigor la ley 68, que hizo sobrevivir el régimen del C. C. en relación con esos bienes, quedó eliminada dicha acción reivindicatoria.

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

(Magistrado ponente: Dr. José J. Gómez R.)

Se falla el recurso de casación intentado contra la sentencia del Tribunal Superior de Buga, de fecha 23 de septiembre de 1954, en juicio ordinario de Avelina Abadía de Ochoa contra Alejandro Ochoa y otros.

CAPITULO PRIMERO

LOS ANTECEDENTES

1—Avelina Abadía de Ochoa demanda a Alejandro Ochoa R. y a Carlos Echeverri Ochoa, para que se declaren simulados varios contratos de venta:

a) El celebrado por Alejandro Ochoa R., como vendedor y Carlos Echeverri Ochoa, como comprador, de un lote de terreno situado en el Municipio de Cartago y denominado "La Palma", mediante escritura número 895, de 27 de noviembre de 1946, de la Notaría de Anserma (Valle) y ratificado por la esposa del vendedor, Avelina Abadía de Ochoa, según instrumento Nº 115, de 3 de febrero de 1948, otorgado en la Notaría 2ª de Buga;

b) El celebrado por Alejandro Ochoa R. y Avelina Abadía de Ochoa, por una parte y Carlos Echeverri Ochoa, por otra, según escritura Nº 86, de 22 de enero de 1948, de la Notaría de Buga, de un lote de terreno también llamado "La Palma", ubicado en el Municipio de Cartago.

c) El celebrado por Alejandro Ochoa R. y Carlos Echeverri Ochoa, según instrumento público 1566, de 21 de septiembre de 1948, otorgado ante el Notario 2º de Pereira, de un lote de terreno, denominado "Rojas" y ubicado en el Municipio de Cartago.

En subsidio se solicita la rescisión de dichos contratos, por haber sufrido lesión enorme el vendedor o los vendedores.

2—La causa de esta demanda la hace consistir la actora en el hecho de que por la simulación de tales ventas —y, subsidiariamente, con la lesión enorme— se disminuyó notablemente el patrimonio de la sociedad conyugal constituída por ella y el demandado Alejandro Ochoa R.

3—La sentencia del Juez del Circuito de Cartago —fechada el 26 de mayo de 1952— hizo la declaración subsidiaria de lesión enorme; apelada por la parte demandada, la revocó el Tribunal Superior de Buga, y en su lugar declaró probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte actora.

Este fallo fue recurrido en casación por la parte actora. Admitido el recurso, fue fundado y replicado oportunamente y a resolverlo procede la Corte.

CAPITULO SEGUNDO

LA SENTENCIA RECURRIDA

Antes de entrar en el estudio de los cargos son indispensables algunas consideraciones generales sobre la sentencia.

4—La sentencia niega la acción rescisoria por distintas razones, según los contratos:

1º—En relación con las ventas que constan en los instrumentos Nos. 895, de 27 de noviembre de 1946, y 86, de 22 de enero de 1948, ratificada la primera por la esposa del vendedor (escritura Nº 115 de 3 de febrero de 1948), y celebrada la última por ambos cónyuges, porque "por no aparecer demostrada la época de la adquisición de los bienes de los referidos contratos, no es posible concluír si la demandante estaba en capacidad de ejercitar la acción de lesión enorme en su carácter de vendedora y para la sociedad conyugal", motivo por el cual "faltando el presupuesto procesal de la legitimación en causa de una de las partes contendoras, o sea su personería sustantiva para intentar la acción, precisamente por ignorarse cuándo entraron a formar parte de la sociedad conyugal Ochoa-Abadía los bienes enajenados por las escrituras 895 y 86, no hay lugar a entrar en el estudio a fondo relativo a la existencia de la lesión enorme".

2º—Respecto a la venta contenida en la escritura Nº 1566, de 21 de septiembre de 1948, de la Notaría 2ª de Pereira, del fundo denominado "Rojas", "porque sólo aparece como vendedor Alejandro Ochoa, único que pudiera intentarla" (la acción rescisoria), y contempla dos casos:

A) Si el inmueble fue adquirido antes del 1º de enero de 1933, fecha en que entró a regir la ley 28 del año anterior, sólo el marido podía ejercerla, en razón de la ley 68 de 1946, interpretativa de la ley 28 y según la cual los bienes sociales adquiridos antes de 1933 siguen sometidos al régimen de la sociedad conyugal del C. C., esto es, a la libre administración y disposición del marido, y por consiguiente, sólo el marido podía vender y ser titular de la acción rescisoria por lesión enorme, originada en el mismo contrato.

B) Si fue adquirido después, del mismo modo, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 28 de 1932.

Las ventas de los lotes de "La Palma"

5—Con respecto a las ventas celebradas por medio de las escrituras Nos. 895, de 27 de noviem-

bre de 1946, y 86, de 22 de enero de 1948, el fallo niega que concurra en la parte actora "el presupuesto procesal de legitimación en causa", "o sea su personería sustantiva para intentar la acción", por ignorarse **cuándo ingresaron los bienes** a que dichas ventas se refieren, y en consecuencia declara probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte actora.

Es oportuno, ante todo, rectificar la calificación que de presupuesto **procesal** da la sentencia a la personería sustantiva de las partes. La doctrina que incluía entre los presupuestos procesales la legitimación en la causa, fue rectificada en casación de 19 de agosto de 1954 (LXXVIII. 348), diferenciando claramente los presupuestos procesales, o condiciones previas indispensables para que la relación procesal se forme, desarrolle y concluya normal y regularmente, de los elementos de la acción, necesarios para que el debate produzca sus efectos sustanciales, y entre los cuales figura la **legitimatio ad causam,** o sea, la razón jurídica en virtud de la cual el demandante puede obrar contra el demandado, y éste está obligado a soportar la acción contra él encaminada.

6—El fallo admite respecto de los lotes de terreno de "La Palma", que ingresaron al patrimonio de la sociedad conyugal, pero niega que conste **cuándo ingresaron,** si antes o después de entrar en vigor la ley 28 de 1932, y por ello no es posible saber si el demandante tiene la acción, en su calidad de covendedora y para la sociedad conyugal, hecho que impide la legitimación en su causa.

Lo cual implica un error de orden jurídico, porque si al enajenar los esposos dichos inmuebles, éstos tenían el carácter de bienes gananciales, —y el fallo lo acepta— es indiferente, para saber si la mujer puede o no ejercer la acción rescisoria, que las adquisiciones del marido —para la sociedad conyugal— se hayan verificado antes o después de aquella fecha. Es indiferente, porque, según la ley 68 de 1946, el bien adquirido con anterioridad por el cónyuge, a título oneroso, está sometido al régimen de la comunidad del C. C., y por tanto, a la libre administración del marido, a menos que se hubiese liquidado provisionalmente la comunidad, con arreglo al artículo 7º de la misma ley 28 de 1932.

Y si después, habiendo sido adquirido por el marido, a título oneroso, es él quien puede disponer de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º de la citada ley 28.

Consiguientemente, si el marido era quien podía disponer del bien común adquirido antes o después del 1º de enero de 1933, no tiene significación ninguna el hecho de haber consentido la mujer en la enajenación.

7—El factor que sí juega decisivamente y que la sentencia no toca, es el hecho de haberse disuelto la sociedad conyugal constituída por aquélla y por el demandado Alejandro Ochoa R., debido a la muerte de este último, cuando aun no se había formado la relación procesal, en concepto de la demandante.

Durante la sociedad, en tratándose de bienes sociales adquiridos antes de 1933, por cualquiera de los cónyuges, o después, por el marido, es éste quien tiene poder de disposición sobre ellos Por tanto, si los actos celebrados adolecen de algún vicio, en él se fijan las corresspondientes acciones, a menos que excepcionalmente se configure un interés jurídico por parte de la mujer, cuya protección aparezca ligada necesariamente a la disolución de la sociedad.

Si fallece el marido y las acciones no han prescrito, se transmiten con la universalidad hereditaria, a sus sucesores, entre los cuales puede figurar la viuda, a título universal, como miembro de la sociedad conyugal disuelta, o como sucesora en los bienes del esposo.

La legitimación en la causa de la demandante dependía, pues, de la solución que se diera a la situación provocada por el fallecimiento del marido. El punto fue planteado en las instancias, y el fallo de la primera se refiere a él. El del Tribunal, en relación con los inmuebles mencionados como se ha visto, descansa en el hecho de no saberse cuándo ingresaron a la sociedad.

La venta del inmueble llamado "Rojas"

8—La sentencia niega la acción rescisoria por lesión enorme, por no haber comparecido la mujer a venderlo y considerando que si el predio fue adquirido antes o después del 1º de enero de 1933, sólo el marido podía enajenarlo, en el primer caso según la ley 68 de 1946, y en el segundo, de acuerdo con el artículo 1º de la ley 28 de 1932.

Tampoco trató la sentencia del punto relacionado con los efectos de la defunción del esposo, sobre la relación procesal, ocurrida antes de que se le hubiese notificado la demanda inicial.

9—Es erróneo afirmar —como lo hace el fallo— que por el hecho de no figurar la cónyuge en el contrato de venta que celebra el marido,

de un bien adquirido por él en cualquier tiempo, a título oneroso, no puede ella demandar la declaración de simulación, o la rescisión por lesión enorme, y cabe agregar, la de nulidad, de resolución del contrato, etc.

Dos factores se requieren, para que la mujer pueda ejercer tales acciones, auncuando no haya comparecido a autorizar la venta: 1º que se trate de un bien común; y 2º que la cónyuge pueda obrar en nombre de la comunidad conyugal.

1º—Sabido es que el actual régimen de bienes en el matrimonio, conserva de la comunidad tradicional la asociación económica, motivo por el cual, tanto en cabeza del marido como en cabeza de la mujer, pueden fijarse bienes sociales. El artículo 1781 del C. C. es aplicable cabalmente al sistema de la ley 28 de 1932. Si en el régimen del C. C. en el cual no había sino un administrador, —el marido— se confundían ante terceros los bienes sociales con los suyos propios, en el de hoy, en el cual hay dos administradores, se confunden los bienes comunes que cada cónyuge tenga en su cabeza, con los bienes propios que adquiera, y por ello el artículo 1806 del C. C. es aplicable al nuevo sistema en relación con cada uno de los esposos. (V. casación 13 de abril de 1951. LXIX. 526). De manera que el nuevo régimen presenta ese rasgo de la comunidad del C. C., de poder convivir tres haberes: el social o común, el exclusivo del marido y el exclusivo de la mujer.

Ahora bien: si el marido —o la mujer— celebra la venta de un bien **propio**, jamás podrá el otro cónyuge atacar el contrato, por simulación, lesión, etc., sino como sucesor del consorte enajenante, en caso de sucesión universal por causa de muerte.

Si se trata de un bien **común**, el otro cónyuge no podrá atacar la venta —celebrada por el marido o la mujer— mientras exista la sociedad conyugal, porque ninguno de los dos tiene personería para obrar en nombre de ella, invadiendo el campo del otro. En ejercicio la sociedad, cada cual tiene capacidad para actuar en el campo común o social, sin intervención del otro cónyuge, porque cada uno tiene capacidad para adquirir —para sí o para la sociedad— y para gozar y disponer de lo propio o de lo común. Si el otro cónyuge pudiese intervenir en estas funciones, quedaría herida la capacidad del actuante, y por eso mismo no puede ejercer acciones encaminadas a anular o afectar los contratos celebrados sobre bienes comunes, mientras la sociedad exista, salvo que, como antes se dijo, surja un interés actual en el otro consorte, estrechamente vinculado a la disolución de la sociedad conyugal.

2º—Mas, disuelta la sociedad, v. gr. por muerte del cónyuge vendedor, y subsistiendo las acciones correspondientes al vicio de que pueda adolecer el contrato, ellas harán parte de la universalidad, en cuyo favor podrán obrar los causahabientes, sirviéndose de las acciones que antes se hallaban activamente radicadas en el cónyuge vendedor.

En consecuencia, en tratándose de enajenaciones de bienes comunes, hechas por cualquiera de los esposos no podrá depender el ejercicio de tales acciones, por parte del otro, de la circunstancia de que haya figurado o no en el contrato.

CAPITULO TERCERO

LA CASACION. CAUSAL Y CARGOS

Con estas consideraciones generales sobre la materia del pleito, entra a estudiar la demanda formulada por la parte actora contra el fallo de instancia.

El recurrente concreta así su acusación:

"La sentencia del Tribunal Superior de Buga del 23 de septiembre de 1954 representa una clara violación de los siguientes textos legales: a) Interpretación errónea del artículo 1º de la ley 68 de 1946 e indebida aplicación de los artículos 1805 y 1806 del C. C.; b) violación directa de los artículos 1946 a 1954 del c. c.; c) Grave error de derecho, por una parte, que implica violación del artículo 1795 del C. C. y, error de hecho por otra parte, en virtud del desconocimiento de los artículos 661 a 667 del c. j. y de los artículos 1768 y 1781 del C. C.

"Estas violaciones quedan amparadas por la causal primera de casación. En un tercer capítulo examinaremos la cuestión relativa a la personería sustantiva de la demandante".

I CARGO AL RESPECTO DE LA LEGITIMACION EN LA CAUSA DE LA PARTE ACTORA

De los varios cargos se estudia, ante todo, por razón de lógica (a. 537 C. J.), el relacionado con la legitimación en la causa de la parte actora, expuesto en el Capítulo Tercero de la demanda bajo el título de "Personería sustantiva o legitimación en causa".

1º—Así lo sintetiza el recurrente:

"2—Habiendo precisado quién es demandante, quién demandado en sentido material y quién de-

mandado en sentido formal, veamos quiénes tienen interés jurídico actual en la prosperidad de las acciones instauradas.

"Dos momentos interesa distinguir en el presente juicio: a) El día de la presentación de la demanda al Juez del Circuito de Cartago que puede estimarse cumplido con el auto por el cual se ordena notificar a los demandados Alejandro Ochoa R. y Carlos Echeverri o sea el 8 de abril de 1949 (fol 14v. del cuaderno principal); y b) El día en que se surtió la notificación de la misma.

"Al respecto hay que advertir que la demanda no se notificó a Alejandro Ochoa R., sino a sus sucesores. Al folio 43 obra la partida de defunción de Alejandro Ochoa R., según la cual falleció el 25 de marzo de 1950. El Juez de Cartago mediante auto del 17 de agosto de 1950 ordena que "la notificación de la demanda y el traslado de la misma para contestarla, que se había ordenado con respecto al señor Alejandro Ochoa R. se surtirá con la señora Lesbia Ochoa v. de Echeverri... como continuadora de aquél, quien falleció...' (fol. 46 v. del cuaderno principal). El día 26 de septiembre de 1950 se hace la notificación a dicha señora (fol. 57).

"Ninguna duda, pues, podrá existir en que la demanda judicial se realiza en fecha posterior a la muerte de Alejandro Ochoa R. Es éste el momento que es necesario tener en cuenta para determinar la cualidad procesal de las partes y sobre todo el interés jurídico que tienen en el ejercicio de las acciones instauradas. Sobra recordar aquí que sólo hay demanda judicial cuando se notifica; ni menos que ese es el momento en que se determina la personería o legitimación en causa de los litigantes. En relación con este punto dijo la Corte Suprema en sentencia del 14 de marzo de 1946 (G. J. t. LX, p. 101); 'Puede suceder que con posterioridad a la demanda hayan ocurridos hechos que cambien la situación de las partes; pero los fallos de instancia tienen que ser examinados respecto de los hechos ocurridos antes de la demanda'.

"3—La demandante Avelina Abadía es **cónyuge sobreviviente** el día en que queda notificada la demanda; cualidad que adquiere precisamente el día en que muere su marido Alejandro Ochoa R., calidad que le es judicialmente reconocida según constancias que existen a los folios 67 v. y 68 del cuaderno principal.

"En consecuencia, Avelina Abadía v. de Ochoa tiene interés jurídico en la prosperidad de las acciones en su condición de cónyuge sobreviviente.

"4—Dijimos que el demandado en sentido formal o sea Alejandro Ochoa R. hubiera podido dentro del juicio asumir dos papeles: a) Oponerse a las pretensiones de la demandante o sea afirmar que los contratos no eran simulados; b) Coadyuvarlas diciendo que los contratos eran simulados.

"Murió sin haber recibido la notificación. Veamos qué papel asumen sus sucesores. Uno de ellos, la señora Lesbia v. de Echeverri se opuso a las pretensiones; los otros las coadyuvaron.

"En efecto, al folio 67 v. y 68 del cuaderno principal existen copias de los autos del Juez de Cartago que llevan fechas de abril 10, 14 y 20 de 1950 en virtud de los cuales se reconoce a mis actuales mandantes la calidad de herederos del causante Alejandro Ochoa R. en su condición de hijos legítimos; al folio 69 obra un memorial de estos herederos alegando su condición de subrogatorios de Avelina Abadía v. de Ochoa y la de herederos de Alejandro Ochoa R.; al folio 70 un auto del Juez por el cual se les reconoce su calidad de subrogatorios; en cuanto a la de herederos se dice que: 'una sola, será materia de estudio en el fallo definitivo de este asunto'.

"5—Consecuencia natural de lo dicho es que mis tres mandantes actúan en este juicio con una doble calidad jurídica: a) Son subrogatorios de Avelina Abadía en la calidad ya analizada de cónyuge sobreviviente como puede apreciarse al leer la escritura pública número 508 de abril 26 de 1950 (folios 6 ., especialmente cláusula 7ª); más exactamente cesionarios según la terminología del código; b) Sucesores a título universal de Alejandro Ochoa R.

"Estas cualidades o personerías sustantivas las tienen desde antes de surtirse la total notificación de la demanda".

11—El recurrente canaliza este razonamiento hacia la casación, así:

"De lo expuesto se deduce claramente que la verdadera razón de las pretensiones de la demanda o razón fundamental de este proceso se encuentra en que los cesionarios de Avelina Abadía y sucesores de Alejandro Ochoa R. tienen un legítimo interés en que no resulte perjudicada la masa herencia del causante; masa herencial que alcanzó a formarse antes de la total notificación de la demanda y que se encuentra confundida con los bienes gananciales que pertenece hoy a los cesionarios de la demandante.

"Esta razón fundamental del proceso no fue

descubierta por la sentencia del Tribunal de Buga en razón de haber faltado una interpretación racional de la demanda. Las demandas judiciales, como las leyes y los negocios jurídicos deben interpretarse en forma lógica, indagando los verdaderos intereses que se encuentran en juego, los principios esenciales que los informan.

"Por falta, pues de una interpretación racional de la demanda judicial con que se inició este juicio la sentencia del Tribunal de Buga no fue al fondo del asunto, sino que se perdió en una estéril distinción que forma el eje central de la sentencia y que está concebida en estos términos: a) En el contrato en que Avelina Abadía no aparece como covendedora (finca Rojas) por este hecho carece de personería; b) En los contratos en que aparece como covendedora también carece de personería porque entonces 'mal podría resultar como demandado en este juicio el vendedor Alejandro Ochoa al mismo tiempo que el comprador Carlos Echeverri' ".

12—Se sigue de lo anteriormente transcrito, que la repercusión en el proceso, de la muerte del demandado Alejandro Ochoa R., antes de que a éste se le notificara la demanda, configuró la necesidad jurídica de la rescisión, debido a la lesión enorme sufrida por la sociedad conyugal, y por lo mismo, la legitimación en la causa de la cónyuge supérstite para impetrarlo así, en provecho de la sociedad. Pero, en la hipótesis de que este razonamiento se ajustara a los principios y normas del Derecho Procesal, no sería eficaz, empero, en casación, porque el ataque que se formula a la sentencia, por el aspecto de no haber hallado la legitimación en la causa de la actora, una vez fallecido el esposo, se hace consistir **en la falta de una interpretación racional de la demanda.**

En primer lugar, la cuestión que suscita la legitimación en la causa de la actora, con motivo del fallecimiento de su esposo, es estrictamente jurídica, y no de error en la interpretación de una pieza del proceso, como al libelo inicial. Porque habiendo demandado la esposa, en favor de la comunidad conyugal, cuando no tenía personería para ello, saber si ésta surgió de la muerte de su consorte, a quien no se le había notificado la demanda, es materia de estudio a la luz de las reglas legales de carácter procesal y sustancial. No lo hizo el libelo del recurso, considerando que por no haber hecho de la demanda una interpretación racional, no halló el sentenciador el interés jurídico, la legitimación en la causa de la actora. En segundo lugar, en el supuesto de tratarse de apreciación de pruebas, una interpretación que no fuera **racional** de la demanda, habría de ser una estimación **errónea** de la prueba, para acomodar el recurso al léxico de la ley (art. 520 del C. J.), y una estimación errónea de la prueba —demanda, contrato, confesión, etc.— debe serlo en razón de un error de hecho o de derecho sufrido por el Juez, con la especificación precisa de la clase de error y la cita de las disposiciones legales quebrantadas, a consecuencia de la errónea apreciación.

En el mismo supuesto, cuál habría sido el error? El Tribunal falló sobre una demanda basada en el grave yerro de creer que, en relación con tales ventas, tenía la cónyuge las acciones referidas, vigente la sociedad. La misma demanda anotó este hecho paladinamente, puesto que el marido figuró como demandado. Es verdad que murió luego, como también que este hecho fue registrado en el juicio, pero no constaba, como no podía constar, en el libelo. De modo que por no haber tomado en cuenta un hecho posterior no incluído en la demanda, no pudo el sentenciador incurrir en ninguna especie de error en la apreciación o interpretación de la misma. La muerte, por sí, no la modificó; era necesario que la reformara la actora; habría podido hacerlo, pero no lo hizo, porque persistió en la equivocación inicial de que había comenzado la litis con plena personería.

Que haya podido incurrir el Tribunal en error, en lo que respecta a los efectos del fallecimiento, con quebranto de disposiciones legales de carácter procesal, se repite, sería motivo de casación distinto al que consiste en la interpretación o apreciación errónea de una prueba. Por lo expuesto, no prospera el cargo.

II - CARGO DE INFRACCION DE LOS ARTICULOS 1º DE LA LEY 68 DE 1946 Y 1805 Y 1806 DEL C. C.

13—El cargo por infracción de la ley 68 de 1946 y los artículos 1805 y 1806 del C. C., en relación con la venta del inmueble llamado "Rojas", en cuya celebración no figuró la cónyuge, tiene un apoyo, en principio.

Antes de la ley 68 de 1946 la jurisprudencia de la Corte había reconocido acción reivindicatoria a la cónyuge —aun existiendo la sociedad conyugal— para lograr la reincorporación al haber común de aquellos bienes sociales adquiridos antes de 1933, que el marido enajenara sin el consentimiento de la mujer.

Al entrar en vigor la ley 68, que hizo sobrevivir el régimen del C. C. en relación con esos bienes, quedó eliminada la dicha acción reivindicatoria; lo cual, como dice el recurrente, no hizo desaparecer las acciones de simulación, de lesión enorme, etc. que pudiese llegar a tener la cónyuge.

Mas, en primer lugar, la sentencia al negar la demanda incoada, no confunde estas acciones con aquella de reivindicación, consecuencia del tránsito a una legislación que reconoció a la mujer casada plena capacidad civil, aplicable lógicamente al patrimonio conyugal adquirido antes de la ley 28 de 1932; y en segundo lugar, si es cierto que la expresada acción reivindicatoria reconocida por la doctrina, quedó eliminada al entrar a regir la ley 68 de 1946, las otras acciones subsisten, en cabeza de la cónyuge y en favor de la sociedad conyugal, en los casos atrás contemplados.

Lo cual demuestra que no hay infracción ni del artículo 1º de la ley 68 de 1946, ni de los artículos 1805 y 1806 del C. C., y que el cargo refluye a la postre en el campo de la legitimación en la causa de la demandante, del cual ya se trató.

III - CARGO POR VIOLACION DE LOS ARTICULOS 1795 DEL C. C. Y 661 A 667 DEL C. J.

14—El cargo por infracción del artículo 1795, que consagra la presunción de que todo derecho que los esposos posean a la disolución de la sociedad, tiene el carácter de bien social, cargo que el recurrente expone en brillante exposición doctrinaria, carece de incidencia en el recurso, porque el fallo admite que los bienes **ingresaron** a la comunidad, es decir, que eran comunes, lo cual resta todo alcance a la acusación que pretende demostrar el quebranto de la ley con motivo de una negación que el fallo no hace. Lo que afirma la sentencia es que no se sabe cuándo ingresaron a la comunidad, punto que dejó desguarnecido el recurso y que por lo demás, no tiene importancia, pues, según se vio, adquiridos los bienes antes o después de la ley 28, a título oneroso, el régimen aplicable es el mismo, esto es, el del C. C.

IV - CARGO POR INFRACCION DE LOS ARTICULOS 1946 A 1954 DEL C. J.

Y el cargo por infracción de los artículos 1946 a 1954 sobre la rescisión por lesión enorme, tampoco tiene efecto en el recurso, por cuanto son los proceptos sustantivos básicos, cuya violación habría de resultar de existir en el proceso la legitimación en la causa de la parte actora.

No se condenará en costas a la parte recurrente, debido a que en razón de algunas de sus alegaciones, fue menester rectificar doctrinariamente, en algunos puntos la sentencia de instancia.

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 veintitrés (23) 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 Avelina Abadía de Ochoa contra Alejandro Ochoa y otros.

Sin costas.

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

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

SALA DE CASACION PENAL

LESIONES PERSONALES. — APLICACION DEL ARTICULO 374 DEL CODIGO PENAL

Si la lesión afecta alguno o algunos de los elementos anatómicos que integran el órgano, y, como consecuencia de ello, limita la función y el ejercicio propio de la actividad fisiológica del mismo, el hecho cae bajo las sanciones del artículo 374 del C. P. aunque el conjunto de tejidos de que se halla integrado el órgano o miembro no esté afectado en su totalidad sino parcialmente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, catorce de enero de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez)

Vistos:

A continuación de una especie de recuento histórico de las doctrinas —bien numerosas por cierto— encaminadas a fijar los requisitos que deben llenar las demandas que se destinan a pedir la invalidación de los fallos de los Tribunales Superiores, esto es: cargos concretos, motivos expresos y adecuados, orden en la crítica y técnica en la exposición, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita, en primer término, que se declare desierto el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia de 18 de enero de 1955 del Tribunal Superior de Pasto, en la cual se condena a Manuel Estacio Yandún como responsable de lesiones personales en Rafael Chapués y José María Arias, a la sanción principal de 2 años y 2 meses de presidio, o que, subsidiariamente, la Sala Penal de la Corte no case dicho fallo, por ser improcedentes las impugnaciones de la demanda presentada por el defensor del procesado, doctor Ernesto Vela Angulo.

Para resolver se considera:

1º El procesado Yandún, durante los episodios de una riña —no calificada de imprevista en el auto de proceder— ocurrida en un sitio agreste del Municipio de Pupiales el 23 de marzo de 1953, lesionó a Rafael Chapués y a José María Arias, así: a aquél, sirviéndose de un palo y de un machete, y a éste usando del último de esos instrumentos, con el siguiente resultado: Chapués: doce días de incapacidad y disminución funcional permanente e irreparable del pulgar de la mano izquierda, debida a anquilosis de la articulación de dicho dedo; y Arias: ocho días de incapacidad, sin consecuencias posteriores;

2º El Juez del conocimiento (Segundo Penal del Circuito de Ipiales) le dio —sin que lo explicara— el carácter de imprevista a la riña, y —también sin explicación— consideró como ideal o formal el concurso, por lo que aplicó los artículos 31, 374 —inciso segundo— y 384 del Código Penal, situación jurídica que se modificó en la segunda instancia en cuanto al primero y al tercero de los artículos citados, dándole aplicación al 33 (concurso real) en lugar del 31 y desechando el 384 por no ser el caso contemplado en esta disposición;

3º El demandante ha invocado en el orden que se verá las causales 1ª, 2ª y 4ª del artículo 567 del C. de P. P., las que sustenta así: la primera, en haberse interpretado indebidamente el concepto pericial, puesto que —alega— si un dedo no es un miembro, entonces la disminución funcional de aquél no equivale a la perturbación funcional de éste; luego la sanción imponible, no existiendo otra, debió deducirse atendiendo a la incapacidad solamente (12 días), o sea la prevista en el primer inciso del artículo 372 del C. P.; la segunda, con el argumento de que la riña entre su defendido, Chapués y Arias fue imprevista, es decir, provocada por Chapués y secundada por Arias;

y la cuarta, limitándose a decir que se ha dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad (artículo 52 C. de P. P.), porque "dentro de un proceso se han seguido dos ataques. Y estos no son conexos sino independientes. De manera que si se cree que no hubo riña, los delitos nacidos fueron distintos e independientes";

4º El señor Procurador contesta en esta forma: en cuanto al cargo apoyado en la causal cuarta, manifestando que el demandante no hizo sino enunciar la causal sin demostrarla; respecto de la existencia de la riña imprevista, luego de citar las declaraciones de los testigos que afirman que quien inició la ofensiva verbal y el ataque físico o material fue Yandún, transcribe varias sentencias en las cuales se indican normas muy precisas para que un lance personal pueda tenerse como imprevisto, haciéndose hincapié en que lo imprevisto en estos casos es lo que equivale a lo casual; de manera que la riña no sólo no sea provocada ni querida por el combatiente que alega aquella modalidad sino que tampoco sea aceptada en forma voluntaria, porque es lógico que la aceptación implica el ánimo de reñir, y ello está ya fuera de lo imprevisto. Y por último, en cuanto a la causal primera, que se trató de fundar en que fueron mal aplicados los artículos 31 y 374 del C. Penal, replica el señor Procurador en la forma que textualmente se transcribe:

"Indudablemente el señor abogado recurrente incurrió en otro error al invocar esta causal primera y por razón de las circunstancias que él mismo expone.

"Ha debido ser la causal segunda, errada interpretación del dictamen pericial médico.

"En caso idéntico dijo la H. Corte:

"El recurrente, en el caso de estudio, supone —equivocadamente— que el Tribunal incurrió en violación de la ley penal, porque con base en los reconocimientos médico legales practicados al ofendido, se aplicó el artículo 374, en vez del 372, razonamiento propio de la causal 2ª, por cuanto lo que objeta, en el fondo, es la apreciación de la prueba pericial". (Sentencias de 25 de enero de 1949 y 5 de octubre de 1951. GACETA JUDICIAL, respectivamente, tomos LXVI y LXX, páginas 404 y 598).

"No hay necesidad de mayor examen para que haya quedado demostrado que este motivo primero de la causal primera de casación que se contempla, debe rechazarse.

"Con respecto al segundo caso estima el señor abogado recurrente que "no hubo concurso formal de delitos" en el presente caso, pues que

"La lesión causada a Arias no fue consecuencia del mismo hecho que hirió a Chapués. Fueron dos las acciones de Estacio, una para herir a Chapués y otra para herir a Arias. Es claro que dentro de la misma riña.

"Aquí aparece un nuevo y manifiesto error del señor abogado recurrente, pues en la sentencia no se dio aplicación al artículo 31 del Código Penal sino al 33 ibidem.

"En efecto, dice el fallo:

"El señor Juez de instancia al proceder a calificar la medida de la delincuencia, incurre en manifiesto error, pues, sitúa el caso **sub judice** dentro de las modalidades previstas por el artículo 31 del C. P. que se refiere exclusivamente al concurso ideal o formal de delitos, cuando la verdad es que aquí se configura con claridad meridiana el concurso real o material de delitos previsto por el artículo 33 de la misma obra, ya que el acusado aparece como responsable de dos delitos cometidos separadamente y que se juzgan en un mismo proceso. De allí que la sentencia deba reformarse también en este sentido.

"No hay para qué, pues entrar en mayores consideraciones al respecto, ya que lo antedicho basta para establecer que este motivo segundo de la causal primera de casación invocado, debe también ser rechazado".

No parece necesario añadir ninguna otra consideración para admitir la segunda de las solicitudes del representante del Ministerio Público, porque la primera (recurso desierto) resultaría demasiado radical, si se tiene en cuenta que la demanda, aunque no ajustada enteramente a la técnica, sí contiene un mínimo de condiciones para llamarse tal.

Pero podrían hacérsele a su contenido, además, estos reparos:

a) Que como los miembros del cuerpo humano cumplen sus funciones naturales utilizando las partes que los integran o componen, cada vez que una de estas partes se altere, inhabilite o destruya, queda de hecho perturbada aquélla. Y es por esta razón, tan elemental como innegable, por la que la jurisprudencia ha convenido en interpretar en su sentido científico la expresión "perturbación funcional de miembro u órgano", sin que ello quiera decir que se ha tratado de llenar un vacío del código, que no siendo casuísta ni didáctico resultaría contrario a su escuela exigirle

un catálogo de todas las consecuencias posibles de las heridas. Lo que se ha procurado es acomodar sus expresiones a la técnica legal, como puede verse en las sentencias que van a citarse y que dicen:

"Tampoco es exacta la afirmación de que el artículo 374 es aplicable sólo para el caso de que la lesión produzca la perturbación funcional transitoria del órgano completo y no la de una parte del mismo. Porque tales expresiones en el campo del derecho penal, hacen referencia a la función que el órgano o miembro desempeña y no el sentido anatómico que le asigna la medicina en general". (Casación, 23 de octubre de 1946, LXII, 148).

"La tesis de que, cuando la perturbación funcional sólo abarca una parte del órgano o miembro, no todo, sólo hay incapacidad de conformidad con la Ley (artículo 374), no es jurídicamente exacta; proviene ella del concepto equivocado de que sólo hay perturbación funcional, cuando afecta la totalidad de un órgano o miembro, según su clasificación genérica...., y no cuando afecta un sector o parte de órganos o miembros..., llegando así a la conclusión de que la disminución de la función causada por una lesión..., no es penalmente sancionable como perturbación, lo que es igualmente equívoca... Así, pues, si la lesión afecta alguno o algunos de los elementos anatómicos que integran el órgano, y, como consecuencia de ello, limita la función y el ejercicio propio de la actividad fisiológica del mismo, el hecho cae bajo las sanciones del artículo 374 aunque el conjunto de tejidos de que se halla integrado el órgano o miembro no esté afectado en su totalidad sino parcialmente". (Sentencia, 11 de mayo 1949, LXVII, 179); y

b) Si en sentir del demandante la lesión causada a Chapués no produjo ninguna consecuencia y debía, por lo tanto, aplicarse al inciso primero del artículo 372 del C. P., dada la incapacidad sufrida por los ofendidos (12 días el uno y 8 días el otro), entonces sería el Juez Municipal (artículo 48, ordinal 1º, C. de P. P.) el encargado de juzgar a Yandún, lo cual equivaldría a afirmar —alegando eso sí la causal cuarta— que hubo incompetencia de jurisdicción (ordinal 1º, artículo 198, C. de P. P.).

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 petición subsidiaria del Ministerio Público NO CASA la sentencia de 18 de enero de 1955 del Tribunal Superior de Pasto, en la cual se condenó a Manuel Estacio Yandún a 2 años 2 meses de presidio por el delito de lesiones personales de que ya se habló.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra. — Julio E. Argüello R., Secretario.



TECNICA DE CASACION. — APRECIACION DE LAS PRUEBAS EN MATERIA PENAL. — PRUEBAS INEFICACES EN LOS JUICIOS CIVILES QUE SE PUEDEN CONSIDERAR CON ALGUN VALOR PROBATORIO EN LOS PROCESOS PENALES

1.—Es justo el reparo que el señor Procurador le hace al escrito de demanda de casación en cuanto a su falta de una petición concreta. Y también debe anotarse que no ofrece ella un previo relato de los hechos, condición si no absolutamente obligatoria por lo menos favorable al buen entendimiento de lo que es materia de la controversia. Pero también debe decirse que el carecer de estas formalidades —si de otro lado la demanda revela o deja traslucir un esfuerzo de su autor para justificar el recurso—, no es de por sí razón suficiente para declarar desierto el recurso.

2. — Si un documento —exhibido como prueba directa— resulta ineficaz en los juicios civiles por carecer de un requisito de forma, puede, en cambio, considerarse como prueba indirecta en los procesos penales.

3.—La protección del derecho civil violado corresponde a las leyes civiles. Otro muy distinto es el criterio que gobierna en materia penal, en donde existe como canon mayor libertad de apreciación de la prueba, especialmente en lo tocante a la indiciaria. Y así, de una prueba documental imperfecta es posible obtener indicios que, relacionados con otros, conduzcan a darle crédito a lo que aquélla en lo sustancial contiene. Porque si los indicios son simplemente hechos indicadores que no indican todos con la misma fuerza ni conducen a igual grado de certeza, hay que analizar su valor no ya aisladamente sino relacionándolos con los demás elementos del proceso.

4.—No porque alguna parte de la prueba a que se haga alusión en la sentencia al deducir la responsabilidad resulte débil, por obra de algún vicio que afecte no lo intrínseco de ella sino sus peculiaridades extrínsecas, procede, en casación, desconocer la validez del fallo, si éste se basa en otras que también lo han determinado.

5.—Hay lugar a casar una sentencia condenatoria con motivo de la causal segunda, cuando no existe prueba del delito o de la responsabilidad del procesado, o cuando toda la recogida y aducida en el texto de esa providencia o al menos su parte más expresiva y concluyente, cae en el recurso extraordinario por haberse demostrado su ineficacia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, veinte de enero de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez)

Vistos:

Por haber sido recurrida en casación la sentencia de 14 de febrero de 1955, del Tribunal Superior de Bogotá, procede la Sala Penal de la Corte a examinar si el demandante ha cumplido con las exigencias del recurso extraordinario de que aquí se trata y si, satisfechas ellas, los fundamentos del escrito que ha presentado para acusarla y pedir que se invalide son aceptables y conducen jurídicamente a la referida solicitud.

El hecho sub judice

A Vicente Castro Torres se le condena en segunda instancia a la sanción principal de dos años y medio de prisión como autor del delito de estafa en perjuicio de Elena Villate de Bernal, a cuya iniciativa del 5 de julio de 1954 se formó el sumario en el que aparece —en cuanto a la imputación— lo siguiente:

1º Como a las 7 de la mañana del 26 de agosto de 1952 llegó Vicente Castro Torres a la casa (situada en esta ciudad de Bogotá) de la ya nombrada denunciante a proponerle un negocio, que consistía en que ella, mediante el aporte de la cantidad de $ 2.500.00, entraba a participar —co-

mo condueña— en la explotación de un automóvil que manejaría el proponente, quien ya había adelantado $ 1.500.00 para adquirir el vehículo en la Agencia "Studebaker";

2º Aceptada la propuesta por parte de Elena Villate de Bernal, empezó ésta a hacer las gestiones concernientes a conseguir el dinero, que le facilitó Manuel Contreras, dándole ella en garantía hipotecaria un lote de terreno de su propiedad;

3º Ya con el dinero, Elena Villate y Vicente Castro se dirigieron a la empresa vendedora del automóvil, que lo entregó, pero sin que en el recibo figurara el nombre de la Villate, que en su denuncia dice: "...en vista de que el recibo se lo dieron a nombre de él, entonces yo le pregunté por qué motivo yo no quedaba en el recibo, y me contestó que no había necesidad porque todavía no entregaban la carta de propiedad y que cuando la entregaran la haría poner a ella" (sic) "y quedaban ambos como dueños del carro, lo cual no lo hizo como me lo había explicado, sino cuando entregaron la carta de propiedad se hizo poner él solo y a mí me ha estado dando vuelta...";

4º Ratificado este hecho en todos sus pormenores (propuesta del negocio, consecución del dinero, traspaso de él a Vicente Castro y elusivas de éste para no hacer figurar a la Villate como co-propietaria) declaró, al principio de la investigación, Ana Delgado de Cortés, y sobre algunos de esos detalles, también al principio, Carmen de Méndez;

5º En la indagatoria manifestó terminantemente Vicente Castro Torres que en su totalidad eran falsas las aseveraciones de la denunciante, con quien —según lo afirmó una y otra vez— no había tenido relaciones distintas de las sexuales. Mas en la diligencia de careo con la denunciante dijo el sindicado, a propósito del asunto que se averiguaba: "...Como la cuota inicial era de cinco mil pesos, yo había adelantado dos mil quinientos pesos, y el resto me acompañó la señora (sic) Elena Villate, aquí presente, a la consignataria 'Automotriz' a cobrar tres mil pesos que me debían de la venta del último camión de mi propiedad. Allí me cancelaron los tres mil pesos. En seguida nos dirigidos a la Agencia 'Studebaker'; una vez allí, saqué los tres mil pesos y le conté en manos a la señora Elena, aquí presente, la suma de dos mil quinientos pesos, luego se los recibí nuevamente para entregárselos al empleado de la casa 'Studebaker'..."

6º El declarante Manuel Contreras refiere que el 24 de septiembre de 1952 la señora Elena Villate de Bernal le hipotecó una "casa-lote" por la suma de $ 2.500.00, advirtiéndole que ese dinero lo requería para invertirlo en una sociedad destinada a la explotación de un automóvil. Y, en efecto, aunque no por esa suma, aparece al folio 96 copia auténtica de la escritura pública —solicitada por el funcionario investigador al Notario 2º del Circuito de Bogotá—, según la cual el 20 —no el 24— de septiembre de 1952 Elena Villate de Bernal recibió de Manuel Contreras en calidad de mutuo la suma de $ 2.800.00, constituyendo —para garantizar el préstamo— hipoteca sobre un lote de su propiedad que, de acuerdo con la escritura pública de 21 de mayo de 1953, fue traspasado en calidad de venta al acreedor por falta de pago de la deudora;

7º Javier Rocha Gómez refiere que Vicente Castro le ofreció en venta un automóvil **Studebaker** expresándole que dicha venta la hacía porque necesitaba por lo menos $ 2.500 o $ 3.000 para "cancelarle a la señora Elena Villate una cantidad de dinero que le debía, que para eso era la venta del carro"; y

8º De la sentencia acusada —que revocó la absolutoria de primera instancia— en la que se hace relación de las pruebas anteriormente enumeradas, conviene transcribir los siguientes apartes:

"Así, pues, no es verdad que de los testimonios iniciales 'únicamente queda plenamente demostrado que Castro le propuso a Elena de Bernal que aportara fondos para establecer en compañía el negocio de explotación de un automóvil'. Se demostró eso y mucho más, puesto que en el expediente, como lo hemos visto, existe la prueba de que la Villate hipotecó su casa y le entregó el dinero a Castro Torres, y de que éste quiso en un primer momento sortear la difícil situación en que lo colocó su mala fe, vendiendo el automóvil para devolverle su aporte a la Villate de Bernal...

"¿Cómo darle crédito a Vicente Castro cuando afirma que no ha tenido ningún negocio con Elena Villate? (fl. 7). ¿Y cómo aceptar la afirmación del Juez **a quo** de que el testimonio de Javier Rocha sólo sirve para demostrar que Castro, por insinuación de la Villate de Bernal, sólo le manifestó el deseo que él tenía de que le comprara el carro o de que entrara en una compañía con él? Le manifestó eso y muchísimo más, puesto que le dio a conocer, con toda claridad, el des-

tino que pensaba darle a una parte del dinero que Rocha pudiera darle y que consistía, nada menos, que en devolver a su amante un dinero que le había le debía (sic). Y esto, lo recalca la Sala, no lo supo él por boca de la denunciante sino por la del propio acusado.

"Sintetizando lo que hasta aquí se ha dicho en materia de responsabilidad tenemos que la crítica positiva de los testimonios recogidos nos lleva a conclusiones que permiten interpretar en forma armónica y lógica las pruebas recogidas...

"El que Vicente Castro hubiera vendido algunos bienes de su propiedad días o meses después de haber comprado el automóvil carece de importancia desde el momento en que se probó que Elena Villate le facilitó el dinero suficiente para pagar parte del precio, a cambio de una participación en el negocio".

La demanda

Resumir los argumentos de un escrito que, bien sea por su innecesaria extensión o por su falta de método y orden en lo que expone, no logró esa ambicionada claridad que debe presidir todo buen raciocinio e imperar en los debates forenses, es labor difícil y sin duda expuesta a que la síntesis no refleje fielmente el pensamiento o la idea precisa de quien en esa forma alega o demanda.

Sin embargo, cuando acudiendo a la reproducción literal tampoco se consigue aclarar los conceptos expresados por obra de aquellos defectos, entonces resulta preferible extractarlos, recogiendo los que de ellos ofrezcan más contenido substancial y constituyan o puedan constituir, por lo mismo, el fundamento del cargo que se le formula a la sentencia.

En este caso, en el que se alega como única causal la segunda del art. 567 del C. de P. P., "por cuanto por errada interpretación de los hechos se les atribuyó un valor probatorio que no tienen unos y a otros se les negó el que sí en verdad tienen y otros no fueron tomados en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso y otros resultan en manifiesta contradicción, habiendo sido tenidos los primeros y los últimos como elementos constitutivos del delito y determinantes del mismo", se objeta la sentencia por los siguientes motivos: a) por haber atendido las declaraciones de Ana Delgado de Cortés y Carmen Osorio de Méndez, testigos que al ser careados con el sindicado rectificaron sus anteriores afirmaciones respecto de haber presenciado la entrega que del dinero le hizo Elena Villate de Bernal a Vicente Castro Torres; b) por no haber reparado en la disparidad entre lo que aseguró la damnificada en su denuncia y lo que luego ante el procesado manifestó; c) porque fue mal apreciado el testimonio de Javier Rocha Gómez, quien en su declaración habla de una deuda de Castro con respecto a Elena Villate y no de que entre ellos existiera ninguna sociedad; d) porque la copia de la escritura pública número 5.999 de 20 de septiembre de 1952, según la cual Elena Villate de Bernal se declaró deudora de Manuel Contreras de la suma de $ 2.800.00, para garantizar la cual constituyó hipoteca sobre un terreno que le pertenecía y que luego fue transferido al mutuante, no se registró, lo que la inutiliza como prueba, de conformidad con el artículo 2673 del Código Civil; e) porque el memorial de pruebas que dio lugar a que se allegara la copia del documento de que trata el punto anterior fue presentado fuera del término probatorio; f) porque las deducciones de la sentencia para declarar la responsabilidad de Vicente Castro Torres no se compadecen con la lógica; y g) porque se prescindió de darle el valor que tiene a la prueba exhibida para acreditar que Castro Torres pagó la cuota de $ 2.500.00 a la Agencia "Studebaker" con el dinero que acababa de obtener en la venta de un lote de su propiedad, según la escritura pública número 3.323 de 29 de septiembre de 1952.

Sea oportuno advertir que el demandante —en la parte que se relaciona con la crítica testimonial— se apoya en el alegato que presentó el defensor del procesado en la primera instancia, es decir —y esto es obvio— antes de pronunciarse el fallo materia del recurso extraordinario de casación, y a ese escrito hace referencia quien ahora demanda, transcribiéndolo en lo pertinente. Allí, al final el defensor, no el demandante, interroga así: "Yo pregunto, señor Juez, ¿hay razón alguna para siquiera dudar de si el señor Vicente Castro, a partir del día veintisiete de septiembre de mil novecientos cincuenta y dos disponía de dos mil quinientos pesos que entregó a la Studebaker y que eran de su exclusiva propiedad?".

Solicitud del Ministerio Público

Como principal la una y en calidad de subsi-

diaria la otra, formula su petición el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, o sea, que si no se declara desierto el recurso la Sala no case la sentencia recurrida.

En las sentencias que por vía de ejemplo cita y transcribe el señor Procurador y las cuales ocupan la mayor parte de su importante Vista, se dan normas muy concisas acerca de los requisitos que debe reunir una demanda de casación para que pueda ser considerada por la Corte.

A pesar de que el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal califica de deficiente el libelo destinado por el doctor Joaquín Olarte Rueda a objetar la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, especialmente en cuanto no dice en forma expresa qué es lo que se debe resolver como consecuencia de la invalidación solicitada, llevado de su reconocido celo en el debate de las cuestiones en que le corresponde intervenir, no elude el estudio de los cargos, los que encuentra carentes de fundamento para llegar a las conclusiones a que aspira el autor de la demanda. Muy al contrario de ellas, estima que en la sentencia se analizaron las pruebas en su conjunto y que el corolario obedece a una apreciación muy justa y jurídica de la realidad que el proceso demuestra, y que es muy distinta de la sostenida por Vicente Castro Torres, obstinado en negar los hechos.

A propósito de este punto escribe el señor Procurador: "Pero este aspecto de la negativa del procesado fue estudiado y analizado lógica y atinadamente por el H. Tribunal en su fallo a la luz concatenada y global (sic) de las pruebas y situaciones de hecho que aparecen en el proceso, llevado éste de conformidad con los trámites de los artículos 13 y siguientes de la Ley 48 de 1936 y conforme a lo ordenado en el Decreto Legislativo número 1246 de 1950, artículo primero".

Se considera:

Principia la Sala por reconocer que es justo el reparo que el señor Procurador le hace al escrito de demanda en cuanto a su falta de una petición concreta. Y también debe anotarse que no ofrece ella un previo relato de los hechos, condición si no absolutamente obligatoria por lo menos favorable al buen entendimiento de lo que es materia de la controversia. Pero también debe decirse que el carecer de estas formalidades —si de otro lado la demanda revela o deja traslucir un esfuerzo de su autor para justificar el recurso—, no es de por sí razón suficiente para declararlo desierto. Y de ahí que la Sala resuelva estudiar los motivos aducidos por el abogado doctor Olarte Rueda, deteniéndose en el examen de cada uno tanto como lo requiera la consistencia del cargo.

La crítica de los testimonios de Ana Delgado de Cortés y de Carmen Osorio de Méndez es el punto central de la demanda. El tema es importante. Mas no debe olvidarse el origen de esta prueba siempre que se trata de combatirla. Ni su origen ni su significado, porque, como lo dice Locard, jefe del Laboratorio de Policía Judicial de Lyon, el testimonio no es más que un hecho visto a través de muchos campos de conciencia. Proviene tal medio probatorio de la memoria y está confiado a la facultad retentiva del declarante, a sus condiciones intelectuales y aún físicas, a su serenidad e impavidez ante el hecho que presencia, a su capacidad auditiva, a la fidelidad del recuerdo y, sobre todo, al tiempo transcurrido entre la realización del suceso que se narra y el momento en que se describe.

Ana Delgado de Cortés y Carmen Osorio de Méndez declararon en 1954 acerca de acontecimientos ocurridos en 1952. No podía, pues, exigírseles una precisión matemática en las versiones que dieron, ni atribuírse a efectos de la falsedad en los testimonios las contradicciones en que pudieran haber incurrido en frente del acusado. Porque, además, también es importante no perder de vista que en esta diligencia (careo) fácilmente puede imponerse la arrogancia del imputado sobre la timidez o pusilanimidad del testigo que hace la imputación y ser quien declara confundido por su inferioridad con respecto a la persona que, mejor preparada, replica y se defiende.

Estas reflexiones, no obstante su pertinencia, sobran en el presente caso, porque el autor de la demanda, al criticar la prueba de que se habla, le cede la palabra al defensor, o sea, que la crítica se formuló antes de pronunciarse la sentencia materia del recurso. Y valga aquí traer a cuento uno de los fallos que cita el señor Procurador, el de 3 de julio de 1954, que fue publicado en el Tomo LXXVIII, número 2144, págs. 160 a 161. Se dijo entonces lo que en seguida se

verá y que ha venido repitiéndose en otras providencias: "La casación es un medio extremo, extraordinario, especial y limitado. Más que un recurso en el sentido común del vocablo, es una acción de puro derecho que se intenta contra un fallo que se presume jurídico, y de ahí que haya necesidad de prueba suficiente para invalidarlo o que se demuestre que contraría los preceptos que le dan consistencia ante la Ley. Si es extraordinario, no puede confundirse con una tercera instancia. Si es limitado, no pueden tenerse en cuenta más causales que las expresamente invocadas. Si es especial, requiere una demanda ajustada a la técnica. Si es una acción que surge del conflicto entre al Ley mal aplicada y la sentencia, **no puede ser materia de argumentos expuestos antes de su pronunciamiento. Por eso no es apropiado solicitar que se estudien los alegatos producidos en las instancias,** ni invitar a que se hagan exámenes que le corresponden a quien combate el fallo, pues con esto se desplazaría el problema de su justo sitio, tomando la Corte el lugar del demandante o supliendo las imperfecciones del escrito". Así, quedan sin valor los motivos expuestos por el demandante y que aparecen enunciados en los apartes a) y b) del compendio de la demanda.

Con la declaración de Javier Rocha Gómez no se buscaba demostrar que entre Elena Villate de Bernal y Vicente Castro Torres existía una sociedad, sino si en realidad aquélla le había entregado a éste la suma de $ 2.500.00 para acabar de pagar el vehículo en cuya explotación la Villate esperaba participar. Porque precisamente ahí estaba el engaño, en halagarla con una ganancia futura para que suministrara el dinero. La afirmación del declarante Rocha Gómez confirma el hecho principal. Aquí la responsabilidad (aspecto subjetivo) se confunde con el hecho delictuoso (objetividad). Probado éste queda probada aquélla. O, lo que es lo mismo, que siendo evidente que Vicente Castro recibió de Elena Villate dos mil quinientos pesos para invertirlos en un negocio en participación, que apenas fue un señuelo, es asimismo evidente el fraude.

Es verdad que la escritura pública número 5999 de 20 de septiembre de 1952, que da cuenta del préstamo que le hizo Manuel Contreras a Elena Villate de Bernal, no se registró. Este documento auténtico, emanado de un funcionario público no ha sido redargüído de falso, ni en su contenido ni en cuanto a la firma del Notario que lo expidió. Unicamente carece de la formalidad del registro, lo que lo haría inválido en un litigio civil en que se discutiera la identidad del inmueble a que se refiere la hipoteca, por ejemplo, o tuviera que acreditarse la deuda de que allí se habla. Pero si un documento —exhibido como prueba directa— resulta ineficaz en los juicios civiles por carecer de un requisito de forma, puede, en cambio, considerarse como prueba indirecta en los procesos penales.

En materia criminal, enseña Framarino, a cuyo auxilio acude la defensa para darle mayor autoridad a sus conceptos, "se tiende a obtener la certeza substancial que responde a la realidad de las cosas, no la formal, que es ficticia". ("Lógica de las Pruebas", pág. 480, autor citado).

La protección del derecho civil violado corresponde a las leyes civiles. Otro muy distinto es el criterio que gobierna en materia penal, en donde existe como canon mayor libertad de apreciación de la prueba, especialmente en lo tocante a la indiciaria. Y así, de una prueba documental imperfecta es posible obtener indicios que, relacionados con otros, conduzcan a darle crédito a lo que aquélla en lo substancial contiene. Porque si los indicios son simplemente hechos indicadores que no indican todos con la misma fuerza ni conducen a igual grado de certeza, hay que analizar su valor no ya aisladamente sino relacionándolos con los demás elementos del proceso.

Y que ese documento hubiera sido presentado fuera de tiempo, es cargo que, en un proceso penal, en el que el procedimiento es oficioso, porque hay no un interés privado sino público o social, resulta completamente extraño.

En esa forma quedan también sin valor los puntos d) y e) de la demanda.

Las deducciones de la sentencia (punto f), en la que se prescindió de estimar la prueba exhibida para acreditar que Castro Torres pagó la cuota de $ 2.500.00 a la Agencia "Studebaker" con el dinero que acababa de obtener en la venta de un lote de su propiedad, según la escritura pública número 3.323 de 27 de septiembre de 1952 (punto g), son enteramente lógicas. No podía tener en cuenta ese documento, porque ya se ha visto que el procesado aseguró en la diligencia de careo con la Villate haber pagado la cuota de los dos mil quinientos pesos con el dinero de la Compañía "Automotriz" y no con el producto de la venta del lote a que se refiere la escritura anteriormente mencionada.

No porque alguna parte de la prueba a que se haga alusión en la sentencia al deducir la responsabilidad resulta débil, por obra de algún vicio que afecte no lo intrínseco de ella sino sus peculiaridades extrínsecas, procede, en casación, desconocer la validez del fallo, si éste se basa en otras que también lo han determinado.

Hay lugar a casar una sentencia condenatoria con motivo de la causal segunda, cuando no existe prueba del delito o de la responsabilidad del procesado, o cuando toda la recogida y aducida en el texto de esa providencia o al menos su parte más expresiva y concluyente; cae en el recurso extraordinario por haberse demostrado su ineficacia. Y en este caso no ha ocurrido tal fenómeno. El Tribunal no sólo estima convincentes los testimonios de Contreras y de Rocha lo mismo que el documento auténtico ya calificado, sino que también se apoya para llegar a esa conclusión en las sospechosas actitudes del procesado. De ellas pudo decidirlo la asumida por Castro Torres al referir en el careo con la damnificada que él había puesto en manos de la Villate los dos mil quinientos pesos con el fin de contarlos y que luego de esa operación —completamente inútil —los había percibido para entregárselos al empleado de la Agencia "Studebaker". Relato éste visiblemente ficticio, pues no se advierte la necesidad de recontar el dinero ya contado en propias manos de su supuesto dueño, pasándoselo a otro, para a continuación volverlo a tomar. No se advierte la necesidad de esa maniobra, pero sí la ventaja para el que dice haberla ejecutado, esto es, anular o desvirtuar la declaración —que no se recibió— del empleado de la Agencia "Studebaker", por si acaso éste vio a Torres tomar el dinero de manos de Elena Villate.

Para finalizar, conviene repetir algo que sobre estas materias se dijo en reciente sentencia (13 de enero de 1956) de esta Sala. Dice así: "La noción del convencimiento en materia penal es algo que no se puede graduar ni está previsto en un catálogo que determine con rigor matemático cuáles son los elementos persuasivos que contribuyeron a formarlo. El avance de la ciencia de juzgar en asuntos penales tiene su mayor expresión en lo relacionado con las fuentes de la certeza necesaria para pronunciarse en un campo en que no es posible dar reglas fijas e inflexibles ni aplicar a los procesos penales los sistemas fríos que presiden el desarrollo judicial de las cuestiones civiles, porque sus objetivos —si iguales en cuanto a la justicia— difieren fundamentalmente en lo que concierne a los medios de llegar a la verdad".

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 petición subsidiaria del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, no casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en la cual se condena a Vicente Castro Torres por el delito de estafa y se le impone como pena privativa de la libertad la de dos años y medio de prisión.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra. — Julio E. Argüello, Secretario.

EJERCICIO ILEGAL DE LA MEDICINA. — LAS INFRACCIONES SOBRE EJERCICIO ILEGAL DE LA MEDICINA SE RIGEN POR EL DECRETO 0279 DE 1953 Y NO POR EL DECRETO 0014 DE 1955. — EN ESTOS PROCESOS NO EXISTE EL RECURSO DE REVISION. — RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL

1. — Si bien el Decreto número 0014 de 1955 reglamentó íntegramente lo relativo a vagos, maleantes y rateros, de que trata la Ley 48 de 1936, sin embargo, en nada tocó las infracciones sobre ejercicio ilegal de la medicina, las cuales, en consecuencia, siguen rigiéndose por el Decreto 0279 de 1953, que no otorga el recurso de revisión en tales procesos.

2.—No hay incompatibilidad entre el Decreto 0014 de 1955 y el 0279 de 1953, puesto que gobiernan materias completamente distintas. Y ante esa ausencia de oposición o contrariedad de normas legales, las disposiciones del Decreto 0279 no quedaron suspendidas, según los artículos 121 de la Constitución y 82 del Decreto 0014 en cita.

3.—Casación y no revisión, fue el recurso extraordinario establecido por el Decreto 3.000 para las condenas por los delitos de calumnia e injuria.

4.—Plantea el señor apoderado el problema de la retroactividad de la ley penal más favorable, principio expresamente consagrado por el artículo 26 de la Constitución Nacional y que desarrollan también los artículos 3º del estatuto represivo, 5º del Código de Procedimiento Penal y 44 de la Ley 153 de 1887. Dada la amplitud con que están concebidas estas normas, la retroactividad que beneficia al procesado comprende tanto las leyes que crean los delitos y establecen las penas como las que atañen al procedimiento en lo criminal. Razones de interés público y de justicia imponen tal limitación al otro principio tutelar de la irretroactividad de la ley, en cuanto ésta contiene reglas o disposiciones para el futuro, y no para el pasado.

La retroactividad implica un conflicto o colisión entre normas de diferentes épocas (ley antigua y ley nueva) que contemplan un mismo acontecimiento. Por virtud de este fenómeno jurídico, la nueva ley obra sobre situaciones producidas antes de entrar ella en vigencia. Cosa distinta es la aplicación inmediata de la nueva ley en materia de procedimiento (derecho formal), cuyas normas no alteran las actuaciones procesales ya cumplidas conforme a la ley entonces imperante, sino que gobiernan los actos del proceso en el estado en que lo encuentran cuando empiezan a regir.

Es esencial en la retroactividad que la situación por resolver, sea de naturaleza similar a la prevista por la nueva norma. La retroactividad supone, necesariamente, dos casos ligados entre sí por una semejanza fundamental, puesto que las disposiciones legales se basan en las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas, y no pueden aplicarse, por lo tanto, sino a todo aquello que está comprendido dentro del principio general que encierra el precepto. Excedería sus funciones y haría de legislador, el Juez que, a pretexto de aplicar la ley más favorable, extendiese una nueva norma a hechos que no se encuentran virtualmente contenidos en el objeto de las nuevas reglamentaciones del derecho positivo.

5.—El Decreto 0014 de 1955 mira a la defensa social preventiva y aún represiva y tiende particularmente a la regeneración de los culpables por medio del trabajo en las colonias agrícolas, que es una de las fórmulas más recomendables al tratamiento de esta clase de sujetos dañinos.

6.—No es posible ampliar la revisión reconocida por el Decreto 0014 de 1955 a los procesos que fueron fallados conforme al Decreto 0279 de 1953, sobre ejercicio ilegal de la medicina.

NOTA DE LA RELATORIA — El auto, materia del presente recurso de reposición, corre publicado en la GACETA JUDICIAL, Tomo LXXXI, pág. 547.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Penal. Bogotá, veinticuatro de enero de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra)

Vistos:

Decide la Corte el recurso de reposición interpuesto por el señor apoderado de Conrado Narváez Zuluaga contra el auto de fecha 24 de octubre de 1955, que declaró inadmisible la demanda de revisión del proceso que se le siguió a dicho señor por ejercicio ilegal de la medicina, y en el cual fue condenado a dos años de prisión por las autoridades de policía.

Las razones principales que adujo la Sala para rechazar el libelo, fueron:

Que ni los Decretos aplicados al señor Narváez Zuluaga, ni la Ley 48 de 1936, cuyo procedimiento se adoptó para el caso, autorizan el recurso de revisión, por tratarse de un asunto del conocimiento de la Policía, y no de las autoridades judiciales; y

Que si bien existe una norma posterior (el artículo 26 del Decreto Legislativo número 0014 de 1955) que hoy permite la revisión en procesos fallados por la Policía, tal norma no es extensiva al negocio de Narváez, por cuanto ella se refiere exclusivamente a los "estados de especial peligrosidad" que ese estatuto establece, y entre los cuales no se encuentra catalogada la infracción relativa al ejercicio ilegal de la medicina, que fue la que motivó la condena del señor Narváez Zuluaga.

Y concluyó la Corte que, siendo la revisión un remedio excepcional que afecta la cosa juzgada, "sólo la ley puede regularla e indicar los precisos y determinados negocios a que ella se extiende", sin que pueda, por lo mismo, el juzgador ampliarla a su arbitrio.

A lo anterior replica el señor apoderado, en orden a sustentar la reposición:

1º Que la Ley 48 de 1936 y los Decretos 0279 y 0920 de 1953, que se tuvieron en cuenta para condenar a Narváez, quedaron "reformados" por el Decreto 0014 de 1955;

2º Que a Narváez no sólo se le acusó por ejercer ilegalmente la medicina, sino también "por la estafa consistente en cobrar a cada uno de sus clientes $ 10.00 por consulta bromatológica", según el alegato que presentó la Procuraduría de la Nación ante el Juez Departamental de Garantías Sociales para pedir la condena del acusado. Y esa estafa podría reputarse como estado de especial peligrosidad, según el numeral 25 del artículo 7º del Decreto 0014, que permite la revisión. Además, el caso de Narváez sí fue considerado por el Juez de Garantías como "de especial peligrosidad", ya que dicho funcionario, "violando las normas sobre graduación de la pena, le aplicó al sindicado el máximo de la sanción contemplada en aquellos Decretos";

3º Que en el negocio de Narváez, el Superior decretó una nulidad para que se diera aplicación al procedimiento ordenado por el artículo 13 del Decreto 0279 de 1953, o sea el de la Ley Lleras, y, "desde luego, al mismo Decreto 0014", que estaba ya vigente;

4º Que "no es cierto que se trate de una relación procesal abierta, ya que... la sentencia de que se trata quedó ejecutoriada el 14 de octubre de este año" (1955);

5º Que el Decreto número 3.000 de 1954 —que creó la jurisdicción especial de los Jueces de Garantías Sociales—, "estableció el recurso de revisión contra todas las sentencias dictadas por tales funcionarios"; y

6º Que "en materia penal la ley más favorable se aplica de preferencia sobre la restrictiva, de conformidad con el artículo 44 de la Ley 153 de 1887. Además y teniendo en cuenta que las leyes de procedimiento entran a regir de inmediato, resulta indudable que al caso de autos se debe aplicar el Decreto 0014, en cuanto consagra el recurso de revisión, que no existía antes para los casos tramitados por el procedimiento de la Ley 48 de 1936 y disposiciones similares".

La Sala considera separadamente los motivos aducidos por el competente abogado, así:

a) Narváez Zuluaga fue condenado en segunda instancia con aplicación del artículo 13 del Decreto Legislativo número 0279 de 1953, por ejercicio ilegal de la medicina, y mediante el procedimiento indicado en el artículo 13 de la Ley 48 de 1936.

Pero ocurre que si bien el Decreto número 0014 de 1955 reglamentó íntegramente lo relativo a vagos, maleantes y rateros, de que trata la Ley

48 de 1936, sin embargo, en nada tocó las infracciones sobre ejercicio ilegal de la medicina, las cuales, en consecuencia, siguen rigiéndose por el Decreto 0279 de 1953, que no otorga el recurso de revisión en tales procesos.

Por lo tanto, no puede sostenerse que haya incompatibilidad entre el Decreto 0014 y el 0279, puesto que gobiernan materias completamente distintas. Y ante esa ausencia de oposición o contrariedad de normas legales, las disposiciones del Decreto 0279 no quedaron **suspendidas,** según los artículos 121 de la Constitución y 82 del Decreto 0014 en cita.

b) La condena de Narváez fue únicamente por ejercicio ilegal de la medicina, sin que se le acumulara el delito de estafa, como lo insinúa el recurrente. La sentencia es muy clara sobre el particular, pues la parte resolutiva del fallo dice:

"CONDENAR al citado Conrado Narváez Zuluaga a sufrir la pena de dos años de prisión en el establecimiento que para el caso designe el señor Gobernador del Departamento, de acuerdo con lo previsto en el artículo 13 del citado Decreto 279 de 1953", cuyo tenor es el siguiente:

"El que ejerza ilegalmente la medicina, incurrirá en prisión de seis (6) meses a dos (2) años y será responsable civilmente por los daños causados".

Cierto que en la parte motiva de la sentencia se aludió al cobro de diez pesos que hacía Narváez por cada consulta; pero ello se destacó como prueba de la responsabilidad del procesado en cuanto al ejercicio indebido de la medicina, y nunca respecto de otro ilícito contra el patrimonio, como es la estafa. Por eso, resulta improcedente aquí tratar de encajar el caso dentro del numeral 25 del artículo 7º del Decreto 0014 de 1955, que prevé hipótesis muy distintas.

Y menos puede admitirse que el Juez Departamental de Garantías Sociales tuvo en cuenta el Decreto 0014, al imponerle a Narváez el máximo de la sanción señalada en el Decreto 0279 de 1953, sencillamente porque ese máximo lo determinó el juzgador con la facultad que tiene para fijar el monto de la pena dentro de los límites señalados en la respectiva norma punitiva. En ello no influyó, porque era impertinente al tema, ninguno de los "estados de especial peligrosidad" a que se refiere el artículo 7º del Decreto 0014 de 1955.

c) Cuando por primera vez subió el proceso contra Narváez al Juzgado Departamental de Garantías Sociales, en apelación del fallo condenatorio, el Superior decretó la nulidad de lo actuado, por no haberse seguido el procedimiento de la Ley 48 de 1936, que es el prescrito para el caso por el artículo 13 del Decreto 0279 de 1953.

En consecuencia, el Juzgado dispuso:

"Retrotraer el procedimiento hasta el monto procesal indicado arriba (la indagatoria del sindicado, aclara la Corte), para que el funcionario de primera instancia proceda de acuerdo con lo establecido por el artículo 13 de la Ley 48 de 1936". (Auto de 18 de abril de 1955). Y así lo hizo el inferior.

De modo que Narváez Zuluaga fue juzgado conforme a los trámites de la citada Ley 48, y no mediante las ritualidades del Decreto 0014 de 1955. O sea que este último estatuto fue ajeno a la condena de Narváez, y de ahí que no pueda vincularse al proceso por ejercicio ilegal de la medicina para los efectos de la revisión.

d) La Corte, en la providencia impugnada, no afirmó que el fallo proferido contra Narváez estuviera sin ejecutoriar. De haber ocurrido así, habría bastado esa sola circunstnacia para no darle curso a la demanda de revisión, que supone una sentencia condenatoria en firme. Lo dicho en aquella oportunidad fue cosa muy distinta, como pasa a verse:

"La revisión —expuso la Sala— no es propiamente un recurso que opere en una relación procesal todavía abierta o vigente; sino una acción extraordinaria y autónoma que surge después de hallarse terminado un proceso con sentencia definitiva ejecutoriada. Y siendo excepcional dicha acción, por cuanto afecta la autoridad de la cosa juzgada, sólo la ley puede regularla e indicar los precisos y determinados negocios a que ella se extiende. Por eso, la revisión es de uso restrictivo, que no puede ampliar el juzgador".

En tal virtud, está fuera de lugar la crítica del señor apoderado, cuando dice que "no es cierto que se trate de una relación procesal abierta, ya que... la sentencia de que se trata quedó ejecutoriada el 14 de octubre" de 1955.

e) En este punto afirma el recurrente que el Decreto número 3.000 de 1954 consagró el recurso de revisión "contra todas las sentencias" dictadas por los Jueces de Garantías Sociales.

Mas basta transcribir el artículo 35 de dicho Decreto para ver lo infundado del aserto. Dice así la norma:

"De acuerdo con lo previsto en los artículos 559 del Código de Procedimiento Penal y 1º del Decreto Legislativo número 3547 de 1950, cual-

quiera de las partes podrá interponer recurso de casación contra las sentencias condenatorias de segunda instancia proferidas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, repecto a la materia exclusivamente relacionada con la indemnización de los perjuicios civiles causados por la injuria o calumnia, cuando el Tribunal haya fijado dicha indemnización en cantidad que sea o exceda de diez mil pesos". (Subraya la Corte).

Casación, y no revisión, fue, pues, el recurso extraordinario establecido por el Decreto 3.000 para las condenas por los delitos de calumnia e injuria. La revisión en procesos por ejercicio ilegal de la medicina es extraña, por consiguiente, al citado Decreto. Y

f) Plantea aquí el señor apoderado el problema de la retroactividad de la ley penal más favorable, principio expresamente consagrado por el artículo 26 de la Constitución Nacional y que desarrollan también los artículos 3º del estatuto represivo, 5º del Código de Procedimiento Penal y 44 de la Ley 153 de 1887. Dada la amplitud con que están concebidas estas normas, la retroactividad que beneficia al procesado comprende tanto las leyes que crean los delitos y establecen las penas como las que atañen al procedimiento en lo criminal. Razones de interés público y de justicia imponen tal limitación al otro principio tutelar de la irretroactividad de la ley, en cuanto ésta contiene reglas o disposiciones para el futuro, y no para el pasado.

La retroactividad implica un conflicto o colisión entre dos normas de diferentes épocas (ley antigua y ley nueva) que contemplan un mismo acontecimiento. Por virtud de este fenómeno jurídico, la nueva ley obra sobre situaciones producidas antes de entrar ella en vigencia. Cosa distinta es la aplicación inmediata de la nueva ley en materia de procedimiento (derecho formal), cuyas normas no alteran las actuaciones procesales ya cumplidas conforme a la ley entonces imperante, sino que gobiernan los actos del proceso en el estado en que lo encuentran cuando empiezan a regir.

Es esencial en la retroactividad que la situación por resolver, sea de naturaleza similar a la prevista por la nueva norma. La retroactividad supone, necesariamente, dos casos ligados entre sí por una semejanza fundamental, puesto que las disposiciones legales se basan en las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas, y no pueden aplicarse, por lo tanto, sino a todo aquello que está comprendido dentro del principio general que encierra el precepto. Excedería sus funciones y haría de legislador, el Juez que, a pretexto de aplicar la ley más favorable, extendiese una nueva norma a hechos que no se encuentran virtualmente contenidos en el objeto de las nuevas reglamentaciones del derecho positivo.

Y ello es lo que ocurre en el presente negocio.

La revisión que invoca el señor apoderado de Narváez con fundamento en el artículo 76 del Decreto 0014 de 1955, se reconoció para procesos concernientes a estados de especial peligrosidad. Dicho Decreto mira a la defensa social preventiva y aún represiva y tiende particularmente a la regeneración de los culpables por medio del trabajo en las colonias agrícolas, que es una de las fórmulas más recomendables para el tratamiento de esta clase de sujetos dañinos. Por eso, el nuevo estatuto fijó máximos altos de internamiento en las colonias (siete, ocho, diez y doce años), llegando hasta el extremo de señalar diez y seis años a los autores de abigeato consumado con las circunstancias específicas de que trata el artículo 39. Y respecto de los enfermos mentales, dejó indeterminado el máximo de permanencia de ellos en el establecimiento respectivo (art. 18).

El Decreto, en sus preceptos jurídicos materiales, clasifica los sujetos que presentan "estados de especial peligrosidad", así:

1º Los vagos habituales; 2º los falsos mendigos; 3º los explotadores económicos de juegos prohibidos; 4º los ebrios y toxicómanos habituales; 5º los proxenetas habituales; 6º los que habitualmente provocan o estimulan la embriaguez de menores de 18 años; 7º los que por dos o más veces promueven o facilitan la migración clandestina; 8º los que habitualmente promueven o facilitan la introducción al país, o la salida de él, de elementos cuya importación o exportación está prohibida; 9º los pendencieros notorios; 10, los que no siendo autoridad legítima y sin causa justificada, atemorizan, por dos o más veces, a las personas o perturban la tranquilidad pública con disparos de arma de fuego; 11, los que, de noche, portan armas sin licencia ni causa justificada; 12, los enfermos mentales agresivos, cuando carecen de guarda o custodia; 13, los responsables de extorsión; 14, los perturbadores del normal funcionamiento de una empresa industrial, por medio de desperfectos a las máquinas o instalaciones de labor; 15, los que comercian ilícitamente en armas, explosivos, municiones o drogas estupefacientes; 16, los que cul-

tivan, elaboran, usan, negocian o facilitan "Marihuana"; 17, los que suministran drogas o tóxicos a las personas para privarlas ilícitamente del conocimiento o reducirlas a la impotencia; 18, los que tienen o usan documentos de identidad falsificados; 19, los responsables de abigeato; 20, los llamados "carteristas"; 21, los que son sorprendidos dentro de habitaciones, lugares sagrados, almacenes, depósitos o dependencias, sin que se justifique su presencia en ellos, y han penetrado allí mediante sistemas que burlan la voluntad del dueño o morador; 22, los tenedores de llaves falsas o deformadas, ganzúas u otros instrumentos similares aptos para cometer delitos contra la propiedad, cuando no dieren explicación satisfactoria sobre su procedencia y destino; 23, los que son sorprendidos en el acto de sustraer o intentar sustraer ilícitamente objetos expuestos al público; 24, los llamados "reducidores", o mejor, receptadores; 25, los que tienen antecedentes delictivos o de policía por infracciones contra la propiedad, o incendio, o falso testimonio, o falsas imputaciones ante las autoridades, y son detenidos por uno de estos delitos, o se les sindica del mismo con prueba suficiente para privarlos de la libertad; 26, los que tienen antecedentes delictivos o de policía por infracciones contra la vida o la integridad personal, y se les dicta auto de detención por uno de tales ilícitos, o se les sindica del mismo con pruebas suficientes para detener preventivamente; 27, los que giran cheques en descubierto por dos o más veces; 28, los que se apoderan o intentan apoderarse ilícitamente de vehículos o de cualquier elemento o accesorio de los mismos; 29, los que, por dos o más veces, negocian solares pertenecientes a parcelaciones o urbanizaciones, a sabiendas de que no son dueños de ellos, o comisionados o mandatarios legalmente autorizados; 30, los urbanizadores que en ese negocio obtienen dinero faltando a sus compromisos; 31, los usurarios habituales en compra de sueldos, salarios o prestaciones sociales; y 32, los extranjeros que quebrantan la orden de expulsión del territorio nacional.

Por otro aspecto, el Decreto 0014 trajo una novedosa reforma: la de que el Juez, en la sentencia, no determina la cuantía de la medida de seguridad aplicable al reo (individualización judicial), sino que se limita a "disponer el mínimo y el máximo preceptuadas en la respectiva disposición". Sin embargo, "dentro del término comprendido entre el mínimo y el máximo, la dirección del respectivo establecimiento podrá solicitar al Juez la cesación de la medida, si considerare que la conducta del procesado revela claramente su readaptación. El Juez decretará la cesación, y pondrá en libertad condicional al sujeto, cuando, atendidas las razones expuestas en la solicitud, las manifestadas por la Dirección de Prisiones y los demás datos allegados, estimare que han desaparecido los índices de peligrosidad y se ha logrado la readaptación". (Artículo 45).

Además, el Decreto se vale de graves presunciones para probar la existencia del abigeato y la consiguiente responsabilidad del agente (artículos 42, 43 y 44); y consagra la intervención de la parte civil en el proceso (artículo 66).

Dadas estas singularidades del Decreto 0014 de 1955 y teniendo en cuenta indudablemente las enérgicas y elevadas sanciones que establece, el mismo ordenamiento otorgó la garantía procesal del recurso de revisión contra las condenas por "estados de especial peligrosidad".

En cambio, el Decreto Legislativo número 0279 de 1953 —que se le aplicó a Narváez— es un estatuto especial dedicado únicamente a la reglamentación del "ejercicio de la medicina y de la odontología".

Empieza el Decreto por indicar qué se entiende por ejercicio de la medicina para los efectos legales y, quiénes pueden ejercer esa rama y la odontología. Luego organiza la Junta de Títulos Médicos y la de Títulos Odontológicos, lo mismo que el examen de aptitud profesional a que deben someterse ciertos odontólogos que aspiran a la licencia; asigna al Ministerio de Educación Nacional el reglamentar la enseñanza de las profesiones auxiliares de la Medicina y la Odontología, y el oficio de operarios y auxiliares de talleres en donde se fabriquen artefactos para el uso clínico en Odontología; autoriza a las Juntas de Títulos para cancelar los títulos y licencias cuando se compruebe que de aquéllos y de éstas se hace mal uso, o no tienen los requisitos legales; después determina el Decreto los casos en que hay ejercicio ilegal de la Medicina, y a los infractores les señala una pena privativa de la libertad, de seis meses a dos años de prisión, que se hará efectiva por el procedimiento indicado en el artículo 13 de la Ley 48 de 1936; también fija las sanciones para los que ejerzan la Odontología sin sujetarse a las normas legales, o en contravención de la ética profesional; y, finalmente, establece que "las fórmulas firmadas por

el responsable, así como sus avisos de propaganda, sus placas murales y de anuncio profesional, sus locales y establecimientos de trabajo pertinente, constituyen plena prueba del ejercicio ilegal de la Medicina o de la Odontología, respectivamente".

Como se ve, los dos Decretos examinados (el 0014 de 1955 y el 0279 de 1953) regulan materias completamente distintas; tutelan bienes jurídicos de diversa naturaleza; y, estatuyen sanciones que en nada se parecen ni por su calidad, ni por su cantidad.

Por lo tanto, no hay semejanza de situaciones entre las contempladas por uno y otro Decretos, atendiendo a su contenido y al espíritu que los anima. Cada uno de esos estatutos tiene marcados sus límites propios, sin que el uno invada al otro. Se trata de actos normativos singulares que deben gobernarse por sus especiales disposiciones.

Y ante esa diversidad en la naturaleza de las cosas, no es posible ampliar la revisión reconocida por el Decreto 0014 a los procesos que fueron fallados conforme al Decreto 0279. Ello implicaría una reforma del precepto legal, que no puede hacer el Juez. Y entonces cabe repetir aquí el argumento consignado por la Sala en su primitiva providencia, que es objeto del recurso de reposición:

"...Siendo excepcional la revisión, por cuanto afecta la autoridad de la cosa juzgada, sólo la ley puede regularla e indicar los precisos y determinados negocios a que ella se extiende. Por eso, la revisión es de uso restrictivo, que no puede ampliar el juzgador".

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO REPONE su auto de fecha 24 de octubre de 1955, que declaró inadmisible la demanda de revisión ameritada.

Cópiese, notifíquese y archívense las diligencias.

Domingo Sarasty M. — Jesús Estrada Monsalve. — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra. Julio E. Argüello R., Secretario.

RECUSACION. — NO PROSPERA CUANDO NO SE FUNDA EN PRUEBAS

Cuando el Juez o Magistrado en quien concurre una de las causales de recusación no se declara impedido, las partes, en cualquier estado del proceso, pueden recusarlo. En esta forma la ley garantiza la independencia, honestidad e imparcialidad de los funcionarios que administran justicia. Pero la recusación no consiste en el simple planteamiento de una de las causales determinadas por la ley para separar del conocimiento al funcionario. No; ella —la recusación— debe fundarse en las pruebas que respaldan los motivos que se invocan y esos elementos probatorios deben acompañarse a la respectiva petición; caso contrario, la solicitud es inoperante y debe rechazarse por no reunir los requisitos establecidos por la ley (Art. 78 del C. de P. P.).

La tacha de parcialidad término opuesto al de imparcialidad, no es otra cosa que el cargo que se hace al funcionario que conoce del negocio, de que sus actuaciones no son justas, de que sus determinaciones tienen un sentido de prevención contra la parte recusante o que ellas no se ciñen estrictamente al criterio de justicia que debe ser recto e imparcial, y que, por estos motivos, sus decisiones no son independientes sino parcializadas, en el sentido de perjudicar directa o indirectamente a una de las partes que intervienen en el proceso penal. Por esto es por lo que la ley ha consagrado el derecho para recusar al funcionario que conoce del negocio, a fin de que, probada la causal, el Juez o Magistrado sea removido, tutelando así los intereses del Estado en su sentido de justicia, y los de las partes, en el de imparcialidad, rectitud y honestidad respecto de los funcionarios que la administran.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, enero veintiséis de mil novecientos cincuenta y seis..

(Magistrado Ponente, Dr. Domingo Sarasty Montenegro).

VISTOS:

Procede la Corte a resolver sobre la recusación propuesta por el doctor Luis E. Bonilla Plata contra el Magistrado Luciano Wallis López para que sea separado del conocimiento del negocio que por un delito de falsedad en documentos, prevaricato y cohecho se adelanta contra el doctor ERNESTO GARCES O'BYRNE.

PETICION DE RECUSACION

En memorial de tres (3) de diciembre de mil novecientos cincuenta y cinco (1955) el doctor Bonilla Plata acusa al Magistrado de "una marcada parcialización contra el querellante por "haber señalado el día trece del mes en curso (diciembre aclara la Corte) para llevar a cabo una de las pruebas por mí solicitadas" y porque en su concepto debió cambiarse los peritos "pues usted bien sabe —dice el querellante— que yo he objetado la persona de dichos peritos, especialmente la de uno de ellos cuyos dictámenes no me inspiran confianza; y era de esperar que usted se hubiera mostrado más imparcial y para esta nueva prueba hubiera designado nuevos peritos". Y concluye así:

"De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, y en virtud de esta recusación que formulo contra usted, deberá suspenderse el diligenciamiento de este proceso, revocando el auto por medio del cual usted señaló fecha para la indicada diligencia".

El doctor Bonilla Plata no acompañó prueba alguna para fundamentar la petición, y sobre esa base se resolvió la recusación propuesta, la cual fue negada en providencia de diez de diciembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

SE CONSIDERA

Cuando el Juez o Magistrado en quien concurre una de las causales de recusación no se declara impedido, las partes, en cualquier estado

del proceso, pueden recusarlo. En esta forma la ley garantiza la independencia, honestidad e imparcialidad de los funcionarios que administran justicia. Pero la recusación no consiste en el simple planteamiento de una de las causales determinadas por la ley para separar del conocimiento al funcionario. No; ella —la recusación— debe fundarse en las pruebas que respaldan los motivos que se invocan y esos elementos probatorios deben acompañarse a la respectiva petición; caso contrario, la solicitud es inoperante y debe rechazarse por no reunir los requisitos establecidos por la ley (Art. 78 del C. de P. P.).

La tacha de parcialidad término opuesto al de imparcialidad, no es otra cosa que el cargo que se hace al funcionario que conoce del negocio, de que sus actuaciones no son justas, de que sus determinaciones tienen un sentido de prevención contra la parte recusante o que ellas no se ciñen estrictamente al criterio de justicia que debe ser recto e imparcial, y que, por estos motivos, sus decisiones no son independientes sino parcializadas, en el sentido de perjudicar directa o indirectamente a una de las partes que intervienen en el proceso penal. Por esto es, por lo que la ley ha consagrado el derecho para recusar al funcionario que conoce del negocio, a fin de que, probada la causal, el Juez o Magistrado sea removido, tutelando así los intereses del Estado en su sentido de justicia, y los de las partes, en el de imparcialidad, rectitud y honestidad respecto de los funcionarios que la administran.

Pero la simple invocación de la causal sin pruebas que la respalden —se repite— no es motivo suficiente para declarar separado del conocimiento al Juez o Magistrado recusado. El cargo de parcialidad no puede deducirse de la interpretación que de la ley —en cada caso concreto— haga el funcionario, si por otra parte, no se presentan pruebas que demuestren ese cargo, y mientras esto no se haga, la recusación debe desecharse.

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, DECLARA INFUNDADA la causal de recusación propuesta por el doctor Bonilla Plata en contra del doctor Luciano Wallis López.

Cópiese y devuélvase el presente negocio.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra — Julio E. Arguello Secretario.

LA AMISTAD INTIMA, CAUSAL DE IMPEDIMENTO

1.—La amistad —que es el "afecto personal, puro y desinteresado, ordinariamente recíproco, que nace y se fortalece con el trato", según el Diccionario de la Lengua— constituye por voluntad del legislador, cuando es íntima y vincula al juez o magistrado con las partes o con los apoderados o defensores de éstas, causal de recusación o impedimento. De ella, como de la ENEMISTAD GRAVE ha dicho la Corte que no requiere demostración, pero sí la expresión de los motivos que la han determinado.

2.—Es el sentimiento de la gratitud el que da origen con más frecuencia, en los espíritus nobles, a la íntima amistad; y aunque ésta podría superarse en muchos casos, no obstante el poderoso influjo de su acción perturbadora, por la rectitud del funcionario en quien concurre, bueno es —por otra parte— que toda sospecha de parcialidad en el juez o magistrado se disipe mediante su separación del negocio, en guarda, a la vez, de su propia reputación y del acatamiento y respeto debidos a la administración de justicia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal—Bogotá, nueve de febrero de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve)

Vistos:

El doctor Luis Zafra, en el auto que precede, se manifiesta impedido para conocer de este proceso contra Hugo Arango Ochoa y Noel Sánchez Marín por los delitos de extorsión y estafa, con fundamento en la causal 5ª del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, "por existir amistad **íntima** con el apoderado que se acaba de reconocer, doctor Jorge Gutiérrez Gómez".

Para fundamentar el impedimento, el doctor Zafra dice:

"...Dicha amistad tiene un contenido espiritual muy hondo y firme, desde cuando el suscrito fue colaborador del Dr. Gutiérrez Gómez en la Procuraduría General de la Nación por cerca de ocho años. Al doctor Gutiérrez Gómez lo ha tenido y lo tiene el que suscribe como confidente de sus problemas personales y de él ha recibido atenciones y beneficios que comprometen una especial gratitud. Como prueba de esa amistad íntima profesada al doctor Gutiérrez Gómez, el suscrito lo nombró Presidente de Tesis al optar el título de abogado".

Se considera:

La amistad —que es el "afecto personal, puro y desinteresado, ordinariamente recíproco, que nace y se fortalece con el trato", según el Diccionario de la Lengua— constituye por voluntad del legislador, cuando es íntima y vincula al juez o magistrado con las partes o con los apoderados o defensores de éstas, causal de recusación o impedimento. De ella —como de la **enemistad grave**— ha dicho la Corte que no requiere demostración, pero sí la expresión de los motivos que la han determinado. "Tratándose de causales de impedimento más susceptibles de apreciarse moralmente por quien debe calificarlas, que de comprobarse materialmente— se dijo en auto de 18 de mayo de 1954, la Sala considera que la invocada en estas diligencias se acredita de modo suficiente por la forma minuciosa e insistente con que el doctor Rincón Castro ha explicado el carácter íntimo de la amistad que lo ha vinculado siempre al señor Guerrero Franco, sin que, por otra parte, aparezcan indicios o sospechas capaces de poner en duda la veracidad de quien solicita se le declare separado del proceso". (LXXVII, 637).

En el caso de autos, se ha satisfecho plenamente aquel requisito de la jurisprudencia. Del expediente no surgen elementos de prueba que configuran objetivamente la causal manifestada, pero la existencia de la amistad íntima con que se dice ligado el doctor Zafra al doctor Gutiérrez Gómez, apoderado de la parte civil, aparece de

la colaboración del primero con el segundo, por cerca de ocho años, en las dependencias de la Procuraduría General de la Nación; de las relaciones confidenciales que por tal causa se suscitaron entre uno y otro; de las atenciones y beneficios de que hizo objeto el doctor Gutiérrez Gómez al doctor Zafra por largo tiempo, y de la "imborrable gratitud" que, como consecuencia de tales circunstancias, nació en el hoy Magistrado de la Corte hacia quien fue, además, su Maestro en la Cátedra de Derecho Penal.

Es precisamente este sentimiento —la gratitud— el que da origen con más frecuencia, en los espíritus nobles, a la íntima amistad; y aunque ésta podría superarse en muchos casos, no obstante el poderoso influjo de su acción perturbadora, por la rectitud del funcionario en quien concurre, bueno es —por otra parte— que toda sospecha de parcialidad en el juez o magistrado se disipe mediante su separación del negocio, en guarda, a la vez, de su propia reputación y del acatamiento y respeto debidos a la administración de justicia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, estima fundado el impedimento manifestado por el doctor Luis Zafra; lo declara separado del conocimiento de este negocio, y ordena hacer el sorteo del conjuez que deba reemplazarlo.

Para que tenga lugar el sorteo ordenado, señálase la hora de las diez de la mañana del día siguiente útil al en que quede ejecutoriado el presente auto.

Cópiese y notifíquese.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Julio E. Argüello, Secretario.

ABUSO DE AUTORIDAD

El abuso de autoridad de que trata el artículo 171 del Código Penal requiere necesariamente el dolo, porque implica un acto arbitrario, y la arbitrariedad es el desconocimiento consciente de las normas jurídicas que regulan una determinada situación, para imponer el funcionario o empleado público su caprichosa voluntad. El responsable actúa sabiendo que ejerce un poder ilegal, o que los hechos aducidos para el caso no tienen fundamento en la realidad. El abuso consiste, pues, en pasar por encima de lo que estatuye el derecho positivo, con intención de violar las disposiciones legales que gobiernan la propia actividad funcional. Si falta esa malicia, el delito desaparece. Por eso, el funcionario que se equivoca de buena fe, podrá incurrir en desacierto, pero no en un acto arbitrario que le apareje responsabilidad penal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Penal. Bogotá, nueve de febrero de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra)

Vistos:

Con sobreseimiento definitivo puso fin a este sumario el Tribunal Superior de Bogotá, por cuanto el doctor Julio Rosas —Juez Promiscuo del Circuito de Agua de Dios— obró de buena fe, debido a un error, al realizar el acto que se tacha de delictuoso.

Para resolver la consulta de tal providencia, fechada el 19 de julio de 1954, tiene en cuenta la Corte:

1º El doctor Julio Rosas tomó posesión del cargo de Juez Promiscuo del Circuito de Agua de Dios, el 16 de agosto de 1951;

2º En el ejercicio de esas funciones, le correspondió conocer del juicio sobre cesión de bienes a los acreedores promovido por el señor José Domingo Triana Como único bien materia de la cesión, el actor indicó una casa de su propiedad en el área urbana de Agua de Dios;

3º Por tres veces se sacó a subasta el inmueble mencionado, sin que se presentara postor. Y debido a esta circunstancia, fue practicado un nuevo avalúo de la casa y se señaló el día 16 de septiembre de 1952 para el remate de la misma. Uno de los acreedores —la señora Amelia Cárdenas v. de Balsa— hizo postura por la suma de $ 1.750, o sea el cincuenta por ciento del avalúo, porcentaje que el Juez señaló como mínimo del remate. Y por cuanto no hubo otro postor, la casa le fue adjudicada a la dicha señora;

4º El auto que señaló fecha para la licitación y el que aprobó el remate, fueron notificados personalmente a las partes, sin que ninguna de ellas reclamara;

5º Sin embargo, casi seis meses después, el demandante, señor José Domingo Triana, dirigió un memorial al Tribunal Superior de Bogotá, en que acusa al Juez doctor Julio Rojas por abuso de funciones, ya que en el remate ameritado violó el artículo 4º de la Ley 176 de 1936, pues fijó en el 50 % del avalúo del inmueble la base de la licitación, debiendo ser el 70 %, como lo dispone claramente la norma mencionada.

"De hecho —expone el denunciante— se me perjudicó en un 20% y hasta en más de un 50% del avalúo que le dieron a mi casa, porque uno de mis acreedores la remató dizque por $ 1.750";

6º El Juez acusado no negó el hecho, pero lo explicó dando estas razones principales:

"...Pudo haber algún error involuntario en el señalamiento de algunos de varios requisitos de un remate, por error explicable muchas veces porque al dictar un auto no sé por qué unas palabras se gravan más en la mente del que las dicta o del que las escribe. Me ha pasado varias veces de que salga un auto e interpongan contra él el recurso de reposición y con mi escribiente leemos la ley y después de leída, decimos: este es un interlocutorio y el recurso debe ponerse en consideración de la contraparte por dos días, y este auto reclamado es de sustanciación y la reposición debe decretarse de plano, para de una manera inexplicable al firmar el Secretario ob-

serva que el auto ha salido a la inversa de lo que se ha estudiado. Es muy fácil confundir quizá una palabra con otra y salir quizá un auto señalando un porcentaje que no corresponde, pero tal auto en este lugar se pone en conocimiento de los interesados con notificación personal, porque la notificación en estado aquí es rara en el Juzgado, precisamente para mayor garantía de las partes. Si tenía ese error, cabía perfectamente cualquier recurso y sería fácilmente demandable... Diré que pudo haber un error involuntario hasta de los litigantes, pero motivo especial no ha habido, mucho menos teniendo en cuenta a José Domingo Triana, a quien he defendido a capa y espada cuando ha desempeñado un puesto público, como Juez Municipal con mi confianza y otros y a quien he ayudado a cancelar obligaciones sagradas en otro tiempo. Sería bueno recordar la enfermedad, su reclusión y el hecho de estar trabajando seguido en un clima de éstos tan sofocante, el miedo y otras circunstancias".

Aduce también el doctor Rosas otra causa "que ayuda a la confusión de ideas y a la precipitación", y es la diversidad de asuntos que le están asignados a su Juzgado, pues éste conoce de procesos atribuídos al Juez Superior, al Juez Penal del Circuito, al Juez Civil del Circuito, al Juez de Menores y a la jurisdicción del Trabajo, aparte de las comisiones que le llegan. Y esto se agrava si se tiene en cuenta que en el Juzgado sólo hay dos empleados subalternos: el Secretario y el Portero-Escribiente.

Más categórico fue el doctor Rosas en su segunda indagatoria. Allí afirma:

"...Se sabe que la oferta en un remate que no sea voluntario, debe cubrir el monto del setenta por ciento; si no hubiere postor, se seguirán remates sucesivos como lo manda la Ley; pedido y practicado un nuevo avalúo, se debe aceptar nuevamente el setenta por ciento del nuevo avalúo; bajándolo en posteriores diligencias de remate al sesenta, al cincuenta y al cincuenta por ciento (sic), según el caso. Seguramente, al leer los distintos artículos que versan sobre el remate y al dictar el auto correspondiente, pudo haber la equivocación de la palabra setenta, sesenta y cincuenta; o pudo ser el Escribiente que empleó mal una de estas tres palabras, debido a la repetición de ellas en la Ley. Motivos especiales advertidos a tiempo no los tuve, no los he tenido ni los tendré jamás. Esto está demostrándolo el mismo desarrollo del procedimiento, pues que se cumplió un remate y un auto aprobatorio sobre un porcentaje que no correspondía. De esto no hubo reclamo de parte interesada... Es claro que a la más mínima observación de concursantes o de concursado, el negocio habría vuelto a su camino corriente. Por lo que a mí corresponde, sólo vine a darme cuenta al practicarse alguna diligencia o inspección, la primera, por orden del Honorable Tribunal".

7º El Escribiente del Juzgado, señor Alfredo Barreto, declara:

"Preguntado: Cuando el señor Juez del Circuito de Agua de Dios, doctor Julio Rosas, en el dictado de la providencia anterior (la que señaló fecha para el remate, aclara la Corte) y acogiéndose o desarrollando el artículo 4º de la Ley 176 de 1936, le dictara que el inmueble debía subastarse, de acuerdo con dicho artículo, por el setenta por ciento del nuevo avalúo, usted escribió equivocadamente que el inmueble debía subastarse por el cincuenta por ciento? Contestó: Bien ha podido ser así, por cuanto para aquella fecha apenas hacía veinte días que el suscrito había entrado a desempeñar el cargo de escribiente, y haver consignado el cincuenta por ciento en lugar del setenta, o que simplemente el señor Juez me dictó el porcentaje aludido primeramente, o sea el cincuenta por ciento. Aclaro que hasta el 1º de agosto del 52 era cuando yo empezaba a trajinar en cuestiones judiciales...".

Habla luego el testigo de las excelentes condiciones del Juez, a quien cree incapaz de perjudicar a nadie, máxime cuando entre Rosas y Triana mediaban muy buenas relaciones de amistad; y

8º Los señores Celso de J. Gómez, Nicanor Valderrama y Luis M. Castro abonan la honorabilidad y rectitud del doctor Julio Rosas.

Es evidente que el procesado no se ajustó al mandato del artículo 4º de la Ley 176 de 1936, ya que habiendo quedado desiertos los tres primeros remates que se hicieron, se practicó un nuevo avalúo del inmueble, y entonces la base del siguiente remate inicial era el setenta por ciento de dicho avalúo, y no el cincuenta por ciento, como lo determinó el Juez doctor Rosas. También es indudable que ello no se debió propiamente a un problema de interpretación de la ley, puesto que la citada norma es por demás clara y terminante, y el señor Juez se muestra muy buen conocedor de ella, según se desprende de su indagatoria.

Otras fueron las circunstancias especiales que

llevaron al funcionario a incurrir en ese error de hecho, y que él ha puesto de manifiesto, en forma franca y sincera, al hacer sus descargos. Ellas son: el abrumador trabajo que hay en su Juzgado; el escaso personal de colaboradores con que cuenta (dos empleados); el clima demasiado ardiente; y los efectos mismos de la enfermedad que mina su organismo. De ahí su afirmación de que sea "muy fácil confundir una palabra con otra", y "de una manera inexplicable al firmar el Secretario observa que el auto ha salido a la inversa de lo que se ha estudiado". Y si a esto se agrega la avanzada edad del doctor Rosas (pasa hoy de los sesenta años), resulta verosímil el fenómeno psíquico que él describe: una contradicción entre el propósito que lo anima y la acción que ejecuta.

Al tenor de la denuncia, el hecho cometido por el Juez doctor Rosas sería un abuso de autoridad, en los términos del artículo 171 del Código Penal. Dicho abuso requiere necesariamente el dolo, porque implica un acto arbitrario, y la arbitrariedad es el desconocimiento consciente de las normas jurídicas que regulan una determinada situación, para imponer el funcionario o empleado público su caprichosa voluntad. El responsable actúa sabiendo que ejerce un poder ilegal, o que los hechos aducidos para el caso no tienen fundamento en la realidad. El abuso consiste, pues, en pasar por encima de lo que estatuye el derecho positivo, con intención de violar las disposiciones legales que gobiernan la propia actividad funcional. Si falta esa malicia, el delito desaparece. Por eso, el funcionario que se equivoca de buena fe, podrá incurrir en desacierto, pero no en un acto arbitrario que le apareje responsabilidad penal.

En contraste con tales exigencias de la ley penal sobre el abuso de autoridad, aparece la conducta del Juez incriminado: éste obró con sana intención, pues las particulares circunstancias que él invoca le hicieron creer que estaba en lo cierto cuando fijó la base del remate en el 50%, debiendo ser el 70%. Por su mente no pasó la idea de violar el artículo 4º de la Ley 176 de 1936, y menos la dañada inclinación de causarle un perjuicio a José Domingo Triana. Tan de buena fe procedió el doctor Rosas, que él únicamente vino a darse cuenta del error cometido cuando se practicó una inspección ocular en el juicio de cesión de bienes. Y es de destacarse, de otro lado, que la parte interesada, no obstante la notificación personal que se le hizo de las providencias que contenían el error, guardó absoluto silencio; pues, de haber reclamado, como el Juez lo afirma, él hubiera corregido la anomalía.

En síntesis, la actuación del Juez doctor Rosas tuvo la apariencia, pero no la sustancia de un hecho delictuoso, por faltar la acción psíquica dolosa constitutiva del abuso de autoridad ameritado.

Al respecto, dice atinadamente el Tribunal:

"No hay en el expediente, fuera de esta confesión (la del procesado, aclara la Corte) —que debe aceptarse, por lo tanto, indivisiblemente—ningún otro elemento de convicción que pudiera llevar a la mente del juzgador la conclusión exacta e incontrovertible de que hubo, por parte del Dr. Rosas, dolo en la fijación de la base del cincuenta por ciento, en lugar de la del setenta por ciento. Y esto sube de punto si, como ya se dijo, se tiene en consideración que el denunciante y su apoderado tuvieron no una, sino dos oportunidades para haber obtenido la enmienda del error; la una cuando se les notificó el auto que fijó la fecha para el remate y la base del 50%; y la otra, cuando, realizado el remate, se notificó en debida forma la providencia que aprobó la subasta".

Y el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal también concluye por la irresponsabilidad del Juez, ya que "esa clase de equivocaciones, sencillamente, no están constituídas por la ley en infracción penal cuando, como resulta de este proceso, se ha incurrido en ella de buena fe".

Hallándose, pues, el caso del doctor Julio Rosas dentro del ordinal 1º del artículo 437 de la Ley 94 de 1938, 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 Agente del Ministerio Público, CONFIRMA el sobreseimiento consultado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso.

Domingo Sarasty M. — Jesús Estrada Monsalve. — Ricardo Jordán Jiménez. — Luis Zafra. Julio E. Argüello R., Secretario.

FALSEDAD. — PREVARICATO

1—El delito de falsedad consiste en la inmutación dolosa de la verdad, tratando de imitarla, en daño (potencial o efectivo) de alguien. Dicha infracción, en materia de documentos, ha de referirse a escritos que sirven de prueba de un hecho importante en las actividades sociales, en cuanto éllos establecen, modifican o dejan sin efecto un derecho o relación jurídica.

La falsedad presenta tres formas principales o especies: falsedad material, falsedad ideológica y falsedad personal. Por la primera (material), se simula un documento, o se altera físicamente, en su escritura, uno verdadero. Por la segunda (ideológica), se insertan declaraciones falsas en un documento legítimo. Se hace pasar como ocurrido un acto que en realidad no ocurrió, u ocurrió de otra manera. El escrito es falso en todo o en parte de su contenido, pero auténtico con respecto a la persona que lo extiende u otorga. Y por la tercera (personal), se miente sobre la identidad, el estado o las cualidades de una persona.

El dolo en la falsedad requiere el conocimiento, por parte del sujeto activo, de la inexactitud del escrito. Y, como éste se encamina a producir en otro un engaño, mediante la tradición a la fe pública que los hombres depositan en la prueba documental, el dolo de la infracción radica, por lo tanto, en la conciencia y voluntad de afirmar un hecho falso para hacerlo aparecer como verdadero, con peligro de los derechos ajenos. En consecuencia, el error y la buena fe excluyen el dolo, aunque se tenga por verdadero lo que realmente no lo es.

2—Para que exista el delito de prevaricato, conforme al artículo 168 del Código Penal, la acción del agente, desde el punto de vista objetivo, debe ser contraria a la ley y manifiestamente injusta. O sea que entre lo resuelto por el funcionario o empleado público y lo mandado por la norma positiva para el caso concreto, haya una oposición evidente o inequívoca: el incriminado hace lo que la ley veda, u omite lo que ésta le ordene realizar.

Y por el aspecto subjetivo, se requiere una dualidad de factores: el conocimiento pleno (a sabiendas) por parte del prevaricador, de que su acto oficial es contrario al ordenamiento jurídico y conlleva una injusticia; y el móvil sentimental traducido en la simpatía o en la animadversión hacia una de las partes. Por eso, el prevaricato es esencialmente doloso (dolo específico), ya que el responsable traiciona la ley por desahogos personales que lesiona la ordenada y correcta actividad funcional.

3.—El funcionario que se equivoca en la aplicación de las normas jurídicas a los casos concretos, no incurre en responsabilidad penal, porque actuó en la justa creencia de que impartía la justicia debida.

Corte Suprema de Justicia — Sala de lo Penal — Bogotá, nueve de febrero de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra)

VISTOS:

Fracasada en ambas instancias la excepción perentoria sobre inexistencia de la obligación, propuesta por el apoderado de ROBERTO CASTRO VARGAS en el ejecutivo que a éste le adelantaba Mario de la Cadena en el Juzgado 5º Civil del Circuito de Cali, el mismo representante del demandado resolvió promover acción penal, por falsedad y prevaricato, contra el Juez y el Magistrado ponente que redactaron los respectivos fallos, doctores Oscar Hurtado Gómez y Gilberto Gómez Trujillo, en su orden.

De la acusación contra el Magistrado conoció la Corte, y de la referente al Juez, el Tribunal Superior de Cali. Esta última entidad decidió sobre el mérito del sumario, sobreseyendo definitivamente en favor del doctor Hurtado Gómez,

según providencia de fecha 26 de octubre de 1954, sometida a consulta.

Ocurrió lo siguiente:

1º—Por escritura pública Nº 1.975, de fecha 14 de agosto de 1952, Roberto Castro Vargas le vendió a Miguel Cadavid L. una casa por la cantidad de $ 14.500.00, de la cual el vendedor sólo recibió $ 7.500, y para responder de los otros $ 7.000.00, el comprador constituyó hipoteca sobre el mismo inmueble adquirido;

2º — El 16 de octubre de 1952, Castro Vargas cedió por valor recibido, a Mario de la Cadena el anterior crédito hipotecario;

3º—Por escritura pública Nº 194, del cuatro de febrero de 1953, Castro y Cadavid declararon resuelto y terminado el contrato de compraventa en mención, advirtiendo el primero (Castro) que como él "quedó con una acreencia a cargo del otro compareciente Miguel Cadavid con garantía hipotecaria del mismo bien vendido, Castro V. declara libre del valor de tal acreencia al deudor Cadavid y Castro Vargas se hace cargo de arreglar con el señor Mario de la Cadena lo relativo al crédito hipotecario que le cedió el mismo Castro V. al nombrado señor de la Cadena con fecha 16 de octubre de 1952";

4º—Como Castro Vargas no pagó la deuda de $ 7.000.00, el acreedor Mario de la Cadena le promovió juicio ejecutivo, del cual conoció el Juez 5º Civil del Circuito de Cali, doctor Oscar Hurtado Gómez. Como apoderado del ejecutante actuó el doctor Francisco Salazar Guerrero;

5º—En providencia de 25 de junio de 1953, el funcionario libró el mandamiento de pago, pues estimó que de los títulos presentados por el actor, aparecía "una obligación clara, expresa y en la actualidad exigible de pagar una suma líquida de dinero, de plazo vencido";

6º—Con fecha 28 de septiembre de 1953, el doctor Alfonso Navarro, a nombre de Castro Vargas, adujo la excepción perentoria de inexistencia de la obligación, por cuanto los documentos invocados por la parte demandante no constituían "recaudo ejecutivo";

7º—El Juzgado, en sentencia de 14 de diciembre de 1954, rechazó la excepción. Después de un cuidadoso y conciso análisis de las escrituras públicas presentadas por el actor, y siguiendo las reglas de interpretación que consagran los 1618, 1620, 1621 y 1722 del Código Civil, el Juez concluyó que había "una relación de deber entre Mario de la Cadena como acreedor y Castro Vargas como deudor", y por eso era inadmisible la excepción propuesta;

8º—Apelada dicha sentencia por el doctor Navarro, el Tribunal —en Sala Civil de Decisión constituída por tres Magistrados—, la confirmó, de acuerdo, en lo sustancial, con las razones expuestas por el Juez **a quo;**

En vista de tales fallos —que no agradaron al doctor Navarro—, éste acusó al Juez doctor Hurtado Gómez, y a uno solo de los Magistrados que integraron la Sala de Decisión, el doctor Gómez Trujillo, imputándoles los graves delitos de falsedad y prevaricato. El primero, (falsedad), porque los citados funcionarios crearon "ideológicamente la falsedad del título ejecutivo, profiriendo sentencias falsas"; y el segundo (prevaricato), porque "el doctor Oscar Hurtado Gómez... es íntimo amigo del abogado Francisco Salazar Guerrero, y entre el dicho Juez y el Magistrado Gómez Trujillo existe manifiesta relación de amistad íntima. Es ostensible —continúa— la vinculación estrecha que en este plano de la vida de relación, existe entre los tres"; y

9º — El doctor Hurtado Gómez, en su indagatoria, respondió así a los cargos:

"Sostengo relaciones de amistad con el Dr. Gilberto Gómez Trujillo y con el Dr. Francisco Salazar Guerrero, ambos muy distinguidos abogados de esta localidad pero mis relaciones de amistad con éllos jamás ha llegado al plano de la intimidad. Bien quisiera yo llegar hasta vincularme más estrechamente con ellos por las condiciones intelectuales y morales que califican a estos dos profesionales. No conozco al funcionario que prevalido de la amistad otorgue a un documento un valor de que carece. Ha sido norma invariable mía la de ceñirme a la más rígida pulcritud en todas las decisiones que dicto en ejercicio de mis funciones de Juez... Se trata de un cargo mendaz y temerario".

El Tribunal Superior de Cali, al definir la conducta del Juez acusado, halló que éste obró lícitamente. En cuanto a la falsedad, dijo que "no solamente faltan los elementos estructurales del delito (alteración de la verdad y dolo)", sino que la prueba recogida demuestra la inocencia del doctor Hurtado Gómez "y el acierto moral y jurídico con que procedió en el caso **sub judice**". Y en lo atinente al prevaricato, concluyó que el funcionario, lejos de haber violado ley expresa en las providencias tachadas de falsas, no hizo sino aplicar correctamente el derecho, sin tener para nada en cuenta "la relación de amistad íntima que graciosamente le atribuye el denunciante respecto de Dr. Francisco Salazar Guerrero como

apoderado de la parte demandante, Sr. Mario de la Cadena".

El señor Procurador 2º Delegado en lo Penal está de acuerdo con esa tesis, y para reforzar su concepto, transcribe el sobreseimiento definitivo proferido por la Corte en favor del ex-Magistrado doctor Gilberto Gómez Trujillo, por los mismos cargos de que se sindica al Juez.

SE CONSIDERA:

El delito de falsedad consiste en la inmutación dolosa de la verdad, tratando de imitarla, en daño (potencial o efectivo) de alguien. Dicha infracción, en materia de documentos, ha de referirse a escritos que sirven de prueba de un hecho importante en las actividades sociales, en cuanto éllos establecen, modifican o dejan sin efecto un derecho o una relación jurídica.

La falsedad presenta tres formas principales o especies: falsedad material, falsedad ideológica y falsedad personal. Por la primera (material), se simula un documento, o se altera físicamente, en su escritura, uno verdadero. Por la segunda (ideológica), se insertan declaraciones falsas en un documento legítimo. Se hace pasar como ocurrido un acto que en realidad no ocurrió, u ocurrió de otra manera. El escrito es falso en todo o en parte de su contenido, pero auténtico con respecto a la persona que lo extiende u otorga. Y por la tercera (personal), se miente sobre la identidad, el estado o las cualidades de una persona.

El dolo en la falsedad requiere el conocimiento, por parte del sujeto activo, de la inexactitud del escrito. Y como éste se encamina a producir en otro un engaño, mediante la traición a la fe pública que los hombres depositan en la prueba documental, el dolo de la infracción radica, por lo tanto, en la conciencia y voluntad de afirmar un hecho falso para hacerlo aparecer como verdadero, con peligro de los derechos ajenos. En consecuencia, el error y la buena fe excluyen el dolo, aunque se tenga por verdadero lo que realmente no lo es.

Según el denunciante el Juez doctor Hurtado Gómez cometió una falsedad del tipo ideológico, porque fraguó el título ejecutivo y profirió "sentencia falsa".

El cargo carece de fundamento. El Juez nada creó intelectualmente para inmutar la verdad. Se limitó, como era su deber, a analizar las escrituras que le presentó el demandante para pedir el cumpliminto del pago, y esas escrituras eran absolutamente legítimas. En una palabra, el funcionario sólo interpretó hechos realizados por las partes y la consiguiente prueba documental que los respaldaba, en orden a reconocer el derecho solicitado por el señor Mario de la Cadena.

Y esa labor interpretativa es función propia del juzgador, puesto que la aplicación de las normas jurídicas a los casos concretos ha de hacerse mediante un procedimiento mental, que de ordinario constituye un silogismo, en que juegan la preparación científica y el buen criterio del intérprete. De suerte que si en ello se equivoca, lo que es tan humano, le queda al interesado el camino legal de acudir a los medios de impugnación para que el Superior enmiende el yerro y restablezca el derecho; pero el funcionario equivocado no incurre en responsabilidad penal, porque actuó en la justa creencia de que impartía la justicia debida.

En el presente asunto, ni siquiera cabe sugerir que el Juez estuvo desacertado en sus decisiones. Todo su razonamiento para desechar la excepción propuesta por el representante del ejecutado, se ajustó a una correcta interpretación unitaria de los tres títulos aducidos por el acreedor, y en esa forma logró desentrañar el verdadero propósito de los contratantes y hacerle producir un efecto positivo y acorde con la equidad. Tan en lo cierto anduvo el Juez, que el Tribunal Superior le confirmó la sentencia recurrida. Este solo antecedente basta para poner a salvo la corrección moral del procesado y la inexistencia de la falsedad que se le atribuya.

Es oportuno reproducir aquí lo que expuso la Corte al calificar, con sobreseimiento definitivo, el mérito del sumario que se le delantó al Magistrado Gilberto Gómez Trujillo por los mismos hechos de que se acusó al Juez doctor Hurtado Gómez. Dijo entonces la Sala en su providencia de fecha 4 de febrero de 1955:

"...El denunciante cree que interpretar una prueba en sentido opuesto a su criterio equivale, por una parte, a dictar una "sentencia falsa", que así llama a aquéllas pronunciadas en las dos instancias del juicio ejecutivo, y a incurrir, de otro lado, por parte de quienes las profirieron, en el delito de falsedad ideológica, hecho que, procediendo con sindéresis, debería abarcar a todos los funcionarios que las suscribieron y no a uno solo, como ocurre en el caso presente, en que el autor de la denuncia sólo acusa al magistrado Gómez Trujillo.

"La falsedad ideológica o intelectual no emana de los errores de apreciación de los encarga-

dos de administrar justicia, por notorios que ellos sean. Esa no es su fuente. Ella requiere que en un documento genuino y verdadero se consignen hechos o declaraciones falsos y que se pruebe, además, el dolo de la inexactitud, a diferencia de lo que sucede cuando se trata de la falsedad material, en la que la intención dolosa se presume.

"...No parece, pues, indispensable entrar en otro género de explicaciones, que sobrarían en este caso, en el que sólo se advierte respecto de quien acudió a la justicia para señalar como delictuosos hechos desprovistos de tal significado, que no tiene una noción bien clara de lo que constituye el delito de falsedad ideológica".

Pasando al prevaricato, se observa:

Para que exista dicho delito conforme al artículo 168 del Código Penal, la acción del agente, desde el punto de vista objetivo, debe ser contraria a la ley y manifiestamente injusta. O sea que entre lo resuelto por el funcionario o empleado público y lo mandado por la norma positiva para el caso concreto, haya una oposición evidente e inequívoca: el incriminado hace lo que la ley veda, u omite lo que ésta le ordene realizar.

Y por el aspecto subjetivo, se requiere una dualidad de factores: el conocimiento pleno (a sabiendas) por parte del prevaricador, de que su acto oficial es contrario al ordenamiento jurídico y conlleva una injusticia; y el móvil sentimental traducido en la simpatía o en la animadversión hacia una de las partes. Por eso, el prevaricato es esencialmente doloso (dolo específico), ya que el responsable traiciona la ley por desahogos personales que lesionan la ordenada y correcta actividad funcional.

Estos elementos constitutivos del ilícito faltan en el comportamiento del Juez inculpado. El dictó su fallo de acuerdo con los hechos y con las pruebas pertinentes, como queda visto, sin violar disposición alguna de la ley. Por el contrario, aplicó el derecho que el caso exigía y tuteló los legítimos intereses del ejecutante. Y si esto lo hizo inspirado en los mandatos jurídicos, es obvio que tampoco concurre el dolo específico del prevaricato.

Como lo dice el Procurador, "si se cumple con la ley, con la ética, con la moral, con el deber profesional y funcional, no puede haber ilícito de ninguna clase, llámese éste falsedad ideológica o prevaricato".

El señor Roberto Castro Vargas —que se califica de víctima del delito—, en memorial dirigido a la Corte, insiste en los puntos de vista del denunciante acerca de la estrecha "vinculación del doctor Oscar Hurtado Gómez con el abogado Francisco Salazar Guerrero, autor éste del libelo que originó la falsedad ideológica del juicio ejecutivo contra mí". Y luégo afirma que los mencionados doctores "han tenido y mantienen a la presente oficina judicial o bufete de abogado en asociación o compañía", según se desprende de tres ediciones de directorios telefónicos de Cali que acompaña.

A lo anterior basta replicar que en el proceso no existe la menor prueba de aquella "asociación o compañía" en la época en que el Juez Hurtado Gómez libró el mandamiento ejecutivo contra Castro Vargas y negó la excepción perentoria propuesta por su apoderado; y lo que es más importante, que de autos resulta que el funcionario se ajustó en sus decisiones a la más estricta legalidad.

Finalmente, el colaborador de la Sala solicita que se confirme el fallo consultado, pero "agregándole a la parte resolutiva "por aparecer que no se han realizado los hechos que dieron lugar a ella (sic) y resultar, además, claramente demostrada la inocencia del acusado".

Es innecesaria la aclaración, porque en la parte motiva del sobreseimiento dice el Tribunal que "no sólo aparece que no se han realizado los hechos que dieron lugar a esta investigación, sino que, además, frente a la temeridad de la denuncia, resulta claramente demostrada la inocencia del Juez acusado". Y es en esa parte considerativa, y nó en la dispositiva, donde deben consignarse las causaless o motivos del sobreseimiento, a diferencia de lo que ocurre con el fallo del artículo 153 de la ley 94 de 1938, en el que sí debe declararse, en su parte resolutiva, el por qué de la cesación del procedimiento.

Sobre el particular, expuso la Corte en caso semejante:

"La fórmula que exige el artículo 153 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". (Providencia de 14 de julio de 1955. Gaceta Nº 2155, página 802).

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, acorde en el fondo con el señor Agente del Ministerio Público, CONFIRMA el auto consultado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Domingo Sarasty M. — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra — Julio E. Argüello R. Secretario.

RECURSO DE REVISION

1.—La demanda de revisión está sujeta a los requisitos que señala el artículo 574 del Código de Procedimiento Penal.

2.—La demanda de revisión debe elaborarla un abogado titulado e inscrito en la Corte.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Penal. Bogotá, diez de febrero de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra)

Vistos:

Romaldo Vargas Quintero está definitivamente condenado a la pena de seis años de presidio y accesorias de rigor, como responsable del delito de robo, según fallo de fecha 29 de abril de 1952 emanado del Tribunal Superior de San Gil.

El propio Vargas Quintero —que no es abogado inscrito en la Corte— solicita la revisión de dicho proceso y acompaña los documentos pertinentes. Pero no es el caso de darle curso a su libelo, por las razones que ya expuso al Sala en otro asunto similar, y que son:

"La revisión es técnicamente una acción extraordinaria y autónoma que afecta la autoridad de la cosa juzgada. Por eso, el escrito en que se intenta es una verdadera **demanda** y así la llama el artículo 574 del Código de Procedimiento Penal. Y siendo una demanda, se halla sujeta a especiales requisitos que señala el artículo 572 ibidem, a saber: indicación del juicio cuya revisión se pide; el nombre del Juzgado y Tribunal que lo fallaron; el delito o delitos que motivaron el proceso y la clase de sanción impuesta al reo; y **los fundamentos de hecho y de derecho** en que se apoya la solicitud. Además, con ésta debe acompañar el actor "las pruebas de los hechos fundamentales".

Todo lo cual quiere decir que la demanda de revisión debe elaborarla un abogado titulado e inscrito en la Corte, conforme al mandato de los artículos 40 de la Constitución Nacional y 1º del Decreto Legislativo número 1209 de 1954; pues entre las excepciones que estableció esta última norma no figura un acto de tal naturaleza, que implica, de suyo, preparación de las disciplinas jurídicas. (Auto de 9 de diciembre de 1954. GACETA número 2149, pág. 357).

* * *

Por lo tanto, la Corte Suprema —Sala de lo Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO ADMITE la demanda de revisión ameritada.

Cópiese y notifíquese.

Domingo Sarasty M. — Jesús Estrada Monsalve. — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra. Julio E. Argüello R., Secretario.

COMPETENCIA DE LOS JUECES PENALES DEL CIRCUITO PARA CONOCER DE LOS DELITOS DE CALUMNIA E INJURIA, CONFORME AL INCISO 2º DEL ART. 34 DEL DECRETO 3.000 DE 1954, EN EL CASO EN QUE LA INFRACCION SE HUBIERE COMETIDO EN TERRITORIO DISTINTO AL DE LA CAPITAL DEL RESPECTIVO DEPARTAMENTO

El inciso 2º del artículo 34 del Decreto 3.000 de 1954, deja la competencia a voluntad del querellante en los casos en que la calumnia o la injuria se hubieren cometido en territorio que no sea el de la capital del respectivo Departamento. Si optare por la primera de las hipótesis allí previstas, se sigue el procedimiento señalado en el estatuto especial de que se hace mención; pero la competencia se rige por las normas generales, o sea por las de la legislación común, que atribuye a los Juzgados Penales del Circuito el conocimiento de aquellas infracciones.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal.—Bogotá, catorce de febrero de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve)

Vistos:

Ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira Julia Idárraga v. de Correa formuló denuncia contra María Aguirre v. de Arbeláez por injuria y calumnia.

Remitido el expediente al Juzgado Departamental de Garantías Sociales de Manizales, por competencia, este Despacho resolvió devolverlo a la oficina de origen diciendo que, de acuerdo con el inciso 2º del artículo 34 del Decreto 3.000 de 1954, "en los lugares fuera de la capital del Departamento, adquiere competencia preventiva para conocer de esta clase de negocios, el señor Juez del Circuito, si el querellante instaura ante él su querella", y que como aquí la señora v. de Correa se dirigió "expresamente ante el Juez del Circuito", optó por la competencia de este funcionario, el cual la adquirió preventivamente..."

El Juez del Circuito, a su vez, devolvió las diligencias al remitente arguyendo que el inciso 2º del artículo 34 citado "sólo se limitó a decir que el querellante podía instaurar el juicio 'ante el Juez del Circuito respectivo', pero para su calificación y fallo debe 'seguir las normas generales de competencia'"; y que, por tanto, habiéndose adscrito al Juzgado Departamental la competencia, el de Circuito apenas puede "tramitar la investigación en su etapa sumaria".

No aceptó el Juzgado Departamental de Garantías estas razones, y remitió el negocio a la Corte para lo de su cargo.

Se considera:

El Decreto 3.000 de 1954 (octubre 13), por el cual se establecieron normas sobre los delitos de calumnia e injuria, dispuso en su artículo 33 la creación de los Jueces Departamentales de Garantías Sociales, con "jurisdicción en el respectivo Departamneto y en las Intendencias y Comisarías que señale el Gobierno"; y en su artículo 34 les asignó a tales funcionarios la competencia para conocer de los respectivos procesos en primera instancia, y a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial (Sala Plena) en segunda. El inciso 2º de la última disposición citada dice: "Sin embargo, cuando el territorio donde se haya cometido la infracción no sea el de la capital del Departamento, el querellante podrá instaurar su querella ante el Juez de Circuito respectivo, o ante el Juez Departamental de Garantías Sociales. Si optare por lo primero, se seguirán las normas generales de competencia, pero se empleará el procedimiento señalado en el presente Decreto".

Con acierto ha entendido el Juzgado Departamental de Garantías Sociales de Manizales el inciso que acaba de transcribirse, pues lo que allí se establece es una excepción, por la cual se deja la competencia a voluntad del querellante en los casos en que la calumnia o la injuria se hubie-

ren cometido en territorio que no sea el de la capital del respectivo Departamento. En tal hipótesis se sigue el procedimiento señalado en el estatuto especial de que se hace mención; pero la competencia se rige por las normas generales, o sea por las de la legislación común, que atribuye a los Juzgados Penales de Circuito el conocimiento de aquellas infracciones.

Verdad es que algunas de esas normas generales sobre competencia se suspendieron expresamente por el Decreto 3.000 (inciso 2º del artículo 40) —como los artículos 21 y 42 de la ley 29 de 1944—, pero tal suspensión no se extiende al supuesto contemplado en el referido inciso 2º del artículo 34 **ibidem,** que determina la **jurisdicción voluntaria** para facilitarle al ofendido la defensa de sus derechos cuando su integridad moral es atacada en lugar distinto de las capitales de Departamento, donde tienen su sede y ejercen sus funcioness lo Jueces Departamentales de Garantías Sociales.

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, DIRIME la colisión de competencias de que aquí se trata, en el sentido de que es al Juez Segundo Penal del Circuito de Pereira y no al funcionario remitente a quien corresponde conocer del presente negocio.

Dése cuenta de lo aquí resuelto al Juez Departamental de Garantías Sociales de Manizales y remítase el proceso al señor Juez Segundo Penal del Circuito de Pereira.

Cópiese y notifíquese.

Domingo Sarasty Montenegro — **Jesús Estrada Monsalve** — **Ricardo Jordán Jiménez** — **Luis Zafra** — **Julio E. Argüello**, Secretario.

SE ORDENA LA LIBERTAD INCONDICIONAL DE UNA PERSONA CONDENADA A LA PENA DE PRESIDIO POR CUMPLIMIENTO DE LA MISMA

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal.—Bogotá, catorce de febrero de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve)

Vistos:

Hallándose en tramitación el recurso extraordinario interpuesto por Abelardo Católico contra la sentencia del Tribunal Superior de Tunja que lo condenó a cuatro años de presidio por lesiones personales ocurridas el 17 de febrero de 1952 en jurisdicción del Municipio de Siachoque, Agustín Católico —condenado a igual pena en el mismo proceso y además al pago de $ 2.600.00 a favor del Tesoro Nacional por el mismo delito— pide en memorial de folios 6 y 7 del cuaderno de la Corte se ordene su libertad incondicional, por cuanto el 22 de los corriente cumple el total de la pena que le fue impuesta.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, al contestar el respectivo traslado, dice que "es de concepto de que la H. Corte, con las formalidades legales y seguridades del caso, **acceda a la petición de libertad provisional por tiempo cumplido** que le hace el sentenciado Agustín Católico, sin que sea óbice para ello el que la multa a que también ha sido condenado no haya sido cubierta, pues ella no es convertible en pena privativa de la libertad...": y agrega: "Son pocos los días que faltan para que el mencionado Agustín Católico, cumpla en su totalidad la pena a la cual ha sido condenado en el fallo de segundo grado **sub judice**, y aunque ello es así se debe tener en cuenta que dicho sentenciado tendría claro derecho a diferentes rebajas ordinarias y extraodinarias".

Se considera:

Conforme a las constancias del expediente, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Tunja, que ha conocido en primera instancia del expediente, con fecha 11 de marzo de 1952 decretó la detención preventiva de Agustín Católico (fl. 42 del cuaderno 1º), quien fue capturado el 20 de febrero del mismo año (fl. 25 v. ibidem). Por su parte, el Director de la Penitenciaría Nacional de Tunja certifica (fl. 9 del cuaderno de la Corte) que Agustín Católico ingresó a ese establecimiento el 22 de febrero de 1952, "en auxilio de cárcel concedido por la Gobernación del Departamento al Juez Municipal de Siachoque, como sindicado del delito de lesiones personales"; que allí se encuentra en la actualidad por cuenta del Juzgado Primero Penal del Circuito de Tunja, y que su conducta ha sido "ejemplar".

Como claramente se advierte, Agustín Católico cumple el 20 del mes en curso la totalidad de la pena corporal de cuatro años de presidio que hubo de imponérsele en este proceso, por lo cual es acreedor a recobrar la libertad en esa fecha. Sin que a ello se oponga el estar **sub judice** la respectiva sentencia, pues cualquier modificación de ésta por virtud del recurso que ante la Corte viene tramitándose afectaría sólo la situación jurídica de Abelardo Católico, único recurrente.

Por igual razón, no es menester exigirle al peticionario "las formalidades y seguridades del caso" a que alude la Procuraduría, pues no se trata de pena cumplida en detención preventiva antes de calificarse el sumario o de fallarse la causa, ni la presentación o comparecencia ulteriores de aquél ante las autoridades tiene objeto alguno —por sustracción de materia— una vez ejecutada la sentencia, debiendo concederse, en consecuencia, la libertad solicitada en forma incondicional.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, previa audiencia del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal,

RESUELVE:

1º Ordénase, a partir del día veinte de febrero en curso y en forma incondicional, la libertad del sentenciado en este proceso Agustín Católico, por cumplir en tal fecha la pena corporal que le fue impuesta; y

2º Líbrese por la Secretaría de la Sala despacho telegráfico al Juez Primero Penal del Circuito de Tunja a fin de que, en la oportunidad debida, expida la boleta de libertad correspondiente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra. — Julio E. Argüello, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CASACION. — CAUSAL 2ª — INDEMNIZACION DE PERJUICIOS.

1. — La Corte en esta sentencia reafirma la tesis de que la causal 2ª de casación es inoperante en los juicios en que interviene el Jurado.

Al negar el recurso por esta causal (artículo 567, numeral 2º), la Corte no asume el carácter de legislador —como lo afirma el demandante— pues no crea ninguna disposición nueva para aplicarla a cada caso concreto, ni omite el cumplimiento de la ley para no darle vigencia jurídica. Lo que ocurre, es que el examen de hechos y pruebas del proceso —en los juicios por Jurado— corresponde apreciarlos y calificarlos a los Jueces de Conciencia (artículo 27, Ley 4ª de 1943); el Juez de derecho únicamente aprecia y califica las circunstancias de mayor o menor peligrosidad (artículo 499) y la Corte en casación no puede pasar por alto el veredicto para examinar los hechos, porque el recurso, se ha dicho, no es una tercera instancia sino el camino que otorga el Legislador para examinar la sentencia frente a la ley. Seguramente la interpretación en sentido contrario conduciría a la afirmación que hace el recurrente de que la Corte asume funciones de legislador, pues examinaría la sentencia sobre hechos y pruebas que por disposición legal no le fueron atribuídos expresamente.

En casación la Corte no puede prescindir del veredicto para estudiar los hechos cuando son elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad, ora porque esa atribución es propia de los Jueces de conciencia y no de los jueces de derecho, bien porque al considerar los hechos para declarar el veredicto contrario a la evidencia procesal, se haría una sustitución del Jurado por la Corte quien usurpando jurisdicción asumiría funciones propias de aquél y no las que le están atribuídas por la ley, ora porque en tratándose de juicios de esta naturaleza, al estudiar los hechos se omitiría el veredicto con violación expresa de mandatos legales y al dictar sentencia no lo haría con fundamento en la decisión del Juri sino en los hechos y pruebas del proceso como en los juicios de puro derecho, y, ya también, porque el veredicto cuando— en las instancias del juicio— no ha sido declarado contraevidente (artículos 537 y 544), es inalterable y constituye el fundamento inmediato de la sentencia, siendo las pruebas del sumario su fundamento mediato.

Si la Corte aceptara como impugnación del fallo —en los juicios por Jurado— la causal 2ª del artículo 567 del C. de P. P. al invalidar la sentencia por estar en desacuerdo con la evidencia de los hechos procesales, el fallo que la reemplazaría no se dictaría de acuerdo con el veredicto (artículo 480) sino en desacuerdo con él, es decir, allí sí, violando la ley se incurriría en otro motivo de impugnación o sea, EL DE HABERSE DICTADO LA SENTENCIA EN DESACUERDO CON EL VEREDICTO DEL JURADO, porque, caprichosamente se terminaría con la institución del Jurado y con los mandatos legales que la reglamentan.

En cuanto al concepto del doctor Moncada, él se halla en pugna con el pensamiento de la Comisión, cuando dice: "que no debe existir causal por ser notoriamente injusto el veredicto, sino únicamente cuando sea contradictorio". Si el pensamiento de los Miembros de la Comisión Redactora del Código de Procedimiento Penal hubiera sido el de darle cabida a esta causal (la segunda), así lo hubiera expresado con evidencia y claridad; mas no lo hizo, porque su criterio quedó expuesto en el aparte transcrito. Y en cuanto a que las actas no fueron publicadas y no tienen valor legal, la Corte ha expresado que: "...no se diga que las cuestionadas actas no han sido publicadas ni fueron corregidas ni aprobadas por los miembros de la Comisión. Pues la falta de publicidad de ellas no destruye su autenticidad, y el que no fueron corregidas ni aprobadas por sus autores es hecho que ca-

rece de prueba para admitirlo". (Casación de 16 de octubre de 1953).

No prosperando la causal alegada, es innecesario el estudio de hechos y pruebas tendientes a demostrar que el delito se cometió en estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación, porque esta circunstancia modificadora de la responsabilidad no fue considerada en el respectivo auto de proceder ni en los cuestionarios; por otra parte, el mismo tema con idénticas razones fue aducido por el abogado recurrente ante el Tribunal para pedir la declaratoria de contraevidencia del veredicto, pero esa entidad no aceptó la petición porque el Juri no hizo ninguna declaración sobre el particular y porque el veredicto, en estas condiciones, estaba en perfecto acuerdo con la realidad procesal.

2. — El recurso es inadmisible cuando la cuantía es menor de diez mil pesos..... ($ 10.000.00).

Es evidente que tanto el artículo 559 del C. de P. P. como el artículo 519 del C. J. consagra el recurso de casación en lo referente a perjuicios el primero; y el segundo, en cuanto al monto o suma discutida en el juicio, pero, también es cierto que, estas cuantías en lo relativo al recurso de casación fueron elevadas a la suma de diez mil pesos ($ 10.000.00) en virtud del Decreto número 3547 de 29 de noviembre de 1950, haciendo la salvedad que la disposición del artículo 1º del mencionado decreto no era aplicable "para los juicios que actualmente estén en curso y en los cuales ya se haya dictado sentencia de segunda instancia". Como en el presente caso al entrar en vigencia la disposición comentada no se había dictado sentencia de segunda instancia, es natural que el recurso de casación no podía interponerse y menos resolverse, porque la cuantía de la sentencia ($ 5.800.00) y ($ 90) es inferior a la suma fijada en el mencionado Decreto; así lo ha resuelto la Sala en providencia de 22 de febrero y 6 de diciembre de 1955.

"Tampoco es admisible el recurso extraordinario, atendiendo a la cuantía de los perjuicios asignados a la infracción. Porque si bien es verdad que el artículo 559 del Código de Procedimiento Penal permite la casación cuando el monto de los perjuicios 'sea o exceda de tres mil pesos', y en el presente negocio fue fijado en $ 8.000.00, sin embargo tal norma, en esa parte, quedó suspendida por el Decreto Legislativo número 3547 de 1950, que elevó a diez mil pesos 'las cuantías de que trata el artículo 519 del Código Judicial sobre procedencia del recurso extraordinario de casación contra las sentencias dictadas en segunda instancia por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial', con la única salvedad de que el Decreto es inaplicable a los juicios en curso y en los cuales se haya dictado fallo definitivo de segunda instancia (artículo 1º).

"Los artículos 519 del Código Judicial y 559 del de Procedimiento Penal deben interpretarse armónicamente, no sólo porque ambos precisan la misma cuantía ($ 3.000) como cantidad mínima para conceder el recurso de casación, sino porque, en virtud de mandato expreso de la última norma, todo lo relativo a la casación civil debe aplicarse al proceso penal cuando se trata de los perjuicios causados por el delito.

"Y como en el presente negocio, la demanda civil fijó en $ 8.000.00 la indemnización, síguese que el recurso extraordinario interpuesto por la defensa resulta improcedente".

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

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia de quince de diciembre de mil novecientos cincuenta y tres, condenó a **Toribio Galindo Daza** como responsable de los delitos de homicidio, a la pena principal de doce años de presidio y al pago de la suma de cinco mil ochocientos pesos ($ 5.800.00) por concepto de indemnización de perjuicios causados con la infracción.

Hechos

Toribio Galindo y Ana Elvira Carrera contra-

jeron matrimonio en la iglesia de El Divino Niño de Villavicencio, el diez y siete de agosto de mil novecientos cincuenta; así lo certifica el Notario del Circuito y el Cura Párroco de esa ciudad (fjs. 57 y 26). Parece que no hubo entendimiento entre los desposados y las relaciones no fueron cordiales por lo cual se separaron. Elvira Carrera afirma que su esposo la trataba mal y que continuamente la amenazaba y le decía que se fuera del hogar. En cambio, Galindo dice que su esposa no le dispensaba ninguna consideración y que ella abandonó el hogar. Desde la fecha en que los esposos se separaron hasta el día de los acontecimientos había transcurrido un año, y el veinticuatro de diciembre de mil novecientos cincuenta y uno a eso de las nueve y media de la noche cuando Elvira Carrera en compañía de José Agustín Romero (con quien hacía vida conyugal) paseaban por la carrera 5ª frente a la iglesia de Villavicencio, Toribio Galindo, sorpresivamente, por la espalda, atacó a su esposa Elvira, y al salir en defensa de ésta Agustín Romero, también fue agredido por Galindo. Como consecuencia de esto José Agustín Romero falleció el día veintiocho de diciembre del mencionado año, y Elvira Carrera sufrió lesiones con una incapacidad definitiva de cinco días.

Auto de proceder

Terminada la investigación, el Juzgado Tercero Superior, en providencia de cinco de marzo de mil novecientos cincuenta y dos, calificó el mérito del sumario; llamó a responder en juicio a Toribio Galindo Daza por un delito de homicidio en la persona de José Agustín Romero Beltrán, y por el mismo delito en grado de tentativa en Elvira Carrera de Galindo. En la parte motiva de esta providencia y en relación con el segundo cargo, el Juzgado hizo las siguientes observaciones:

"La tentativa de homicidio en la persona de Elvira Carrera se halla agravada por la circunstancia de que su legítimo esposo, en forma sorprensiva, sin darle tiempo para defenderse y por la espalda, le propinó (sic) varias puñaladas en regiones vitales del cuerpo, como que la herida fue de seis centímetros, comenzando en la apófisis espinosa de la segunda vértebra lumbar, y la otra muy cerca, es decir, sobre la línea axilar posterior derecha, al nivel de la onceava costilla, con las siguientes complicaciones que anotan los legistas al folio 64 y que aumentó la incapacidad fijada en el primer reconocimiento...."

"De manera que Toribio Galindo quiso eliminar a su esposa con las circunstancias agravantes ya anotadas y comprobadas en autos; atacó e hirió por la espalda a su legítima esposa, sorpresivamente y en completo estado de indefensión, logrando dar muerte a su compañero Agustín Romero, quien al darse cuenta del ataque sorpresivo de su pareja la señora Elvira de Galindo, se volvió de frente al agresor para repeler el ataque y fue herido en esa posición en forma mortal.

"Las circunstancias en que fue herida Elvira de Galindo, deben ponerse de presente al jurado de conciencia".

Estos fueron los fundamentos que tuvo en cuenta el Juzgado para catalogar el hecho como homicidio, en grado de tentativa, en relación con la ofendida Elvira Carrera de Galindo.

Tanto el procesado como su apoderado Isaías Hernán Ibarra, se conformaron con esta determinación al no interponer recurso alguno, por lo cual el Juzgado declaró ejecutoriado el auto de proceder.

Cuestionario

Las preguntas sometidas a la consideración del Jurado fueron dos, así:

"Cuestión primera

"El acusado Toribio Galindo Daza es responsable de haber dado muerte a José Agustín Romero Beltrán, ejecutando tal hecho con el propósito de matar, según lo sucedido en el costado norte del Parque de Santander de la ciudad de Villavicencio, a eso de las nueve de la noche del veinticuatro de diciembre de mil novecientos cincuenta y uno?"

"Respuesta:

"Sí; pero obró súbitamente impulsado por los celos".

"Cuestión segunda

"El acusado Toribio Galindo Daza es responsable de haber dado principio a actos de ejecu-

ción tendientes a ocasionar la muerte a su legítima esposa señora Elvira Carrera de Galindo, quien en el momento del ataque se encontraba perfectamente indefensa, no habiéndose producido la muerte de dicha señora por circunstancias independientes de la voluntad del acusado, todo conforme a hechos sucedidos a eso de las nueve de la noche del veinticuatro de diciembre de mil novecientos cincuenta y uno en el costado norte del Parque de Santander de Villavicencio, dentro de este distrito?"

"Respuesta:

"Sí; pero obró súbitamente impulsado por los celos".

En los debates públicos —audiencias— el defensor impugnó los cargos del auto de proceder, y sobre la base de que los hechos los había realizado el procesado en legítima defensa de su persona y de su honor; pero esta tesis —legítima defensa —no fue aceptada por los miembros del Jurado, ora porque ella tenía por único fundamento lo expuesto por Galindo en su indagatoria, bien porque las pruebas del proceso revelan lo contrario de lo afirmado por aquél. En estas condiciones, el veredicto fue afirmativo de la responsabilidad y sobre esta base se produjo la respectiva sentencia.

Demanda

Con fundamento en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, invoca las causales segunda y cuarta como razones de impugnación del fallo condenatorio, y la primera del artículo 520 del Código Judicial, en relación con la primera y segunda del artículo 567 de la Ley procedimental, en lo atinente a la condena en perjuicios.

En el mismo orden que se invocan las causales, la Corte hará el estudio de la demanda, toda vez que los fundamentos de la causal cuarta inciden directamente en el estudio de la causal segunda.

Causal segunda

Errada interpretación o apreciación de los hechos, porque en la sentencia se les haya atribuído un valor probatorio que no tienen, o se les haya negado el que sí tienen, o no se les haya tomado en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso, o cuando resulte manifiesta contradicción entre ellos, siempre que sean elementos constitutivos de delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o circunstancias que hayan influído en la determinación de la sanción.

El demandante sostiene que la tesis de la Corte —casación de 3 de noviembre de 1944— es equivocada, porque esta causal —numeral 2º del artículo 567 del C. de P. P.— es aplicable no sólo a los juicios de puro derecho, sino también a aquellos en que interviene el Jurado. Y que, al prohijar esta tesis, crea una excepción que la ley no señaló ni consagró.

"La Corte —dice el recurrente— se convirtió de falladora en legisladora, porque derogó implícitamente una ley o la modificó sin tener facultad constitucional ni legal para ello, puesto que creó una excepción que el Legislador no había creado y establecido que la ley obliga a todos los ciudadanos y que otro principio establece que los funcionarios públicos sólo pueden hacer aquello que la ley les permita, y en el presente caso ni la ley ni la Constitución han facultado a los funcionarios públicos para que modifiquen, reformen o deroguen las leyes, sino para que las apliquen y les den debido cumplimiento.

"No habiendo la ley creado la excepción a que se refiere la Corte, mal puede aceptarse dicha excepción, porque ello viola el espíritu de la ley su sentido y el texto literal de la misma".

Respalda la tesis anterior con el concepto del doctor Moncada, miembro de la Comisión Redactora del Código de Procedimiento Penal, quien al referirse a la causal segunda de casación del artículo 567 de la Ley 94 de 1938, dice:

"Ciertamente como lo anota la Corte la declaración de contraevidencia de los hechos con el veredicto no fue consagrada expresamente como causal de casación. Pero ello se explica por el criterio que guió a la Comisión que redactó el Código de apartarse siempre de la reglamentación de casos aislados para comprenderlo todo dentro de reglas generales. En mi concepto, dentro de la causal segunda, cabe el caso del veredicto contrario a la evidencia de los hechos probados en el proceso. Porque no hay duda de que cuando se ataca una sentencia que emana de un veredicto injusto, es porque se demuestra que ha habido errada interpretación de los hechos. Y nadie puede negar que la apreciación equivocada de los hechos, ya dependa de jueces de hecho o de derecho, lleva siempre indebida aplicación de la ley sustantiva".

"Por último —dice el demandante— sólo me

resta refutar el consabido argumento de que tratándose de juicios por jurado no puede examinarse el veredicto, porque la soberanía del Jurado es soberana (sic). Este argumento hipócrita del cual se valen a menudo los Jueces y Magistrados para no estudiar las cuestiones propuestas, no es cierto. Dicha soberanía es limitada porque tanto el Juez como el Magistrado tienen por la ley la facultad de declarar contrario a la evidencia de los hechos cuando así lo estime conveniente (sic); lo que sucede es que tanto Jueces como Magistrados han entendido esta disposición como si ella se hubiera hecho únicamente para perjudicar los intereses del procesado, porque cuando éste es absuelto y el veredicto no es del agrado del Juez o del Magistrado se apresuran a declararlo contraevidente, pero si es condenatorio entonces sí el Juez no puede examinarlo porque el Jurado es soberano. Contra este criterio estrecho, parcial y anticientífico e inhumano se debe reaccionar y ver que aquí no puede aplicarse la conocida ley del embudo, ancha por arriba para ciertos casos y angosta por abajo y al contrario, cuando las conveniencias o los apasionamientos así lo exigen, esto es, se aplica el otro conducto, estrecha para el procesado y ancha para anularle sus razones".

Y concluye así:

"Queda demostrado con los razonamientos anteriores que la Corte sí tiene facultad legal para considerar esta causal y como en las casaciones anteriores no se había presentado un caso tan completo como este de Galindo para apreciar esa indebida apreciación de los hechos, sólo hasta ahora puede ocuparse de esta cuestión por demás interesante".

Expuesto lo anterior, afirma el recurrente que el hecho se cometió en estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación, estado que lo deduce no sólo de la declaración indagatoria de Galindo sino de las pruebas del proceso, porque "es indudable que una persona de mediano honor y estimación, al ver a su mujer paseando por la plaza céntrica de una población con un amante y en su presencia, es un hecho que tiene que producirle profunda ira". Se advierte que esta modalidad fue alegada ante el Tribunal para solicitar se "declarara contraevidente el veredicto como lo prescribe el artículo 537 del C. de P. P.". Pero el Tribunal no accedió a lo pedido porque los Jueces de conciencia en el veredicto no reconocieron el estado de ira o intenso dolor, como circunstancia modificadora de la responsabilidad.

"El Jurado al desconocer esa realidad procesal —dice el recurrente— de que el procesado obró movido por la pasión de la ira y el Juez al aceptarlo incurrieron en injusticia notoria y en una contraevidencia, mejor dicho, la sentencia es una manifiesta negación de los hechos y de la situación jurídica claramente establecida en el proceso; esa sentencia es un desconocimiento patente de lo probado en autos, de tal manera que ella siguiendo el veredicto desconoce lo que el expediente afirma. Yo no niego que la decisión del Jurado pudo ser clara y hasta armónica si se quiere, pero está viciada de injusticia notoria, al expresar una decisión contraria a la evidencia de los hechos, mejor dicho: ese veredicto peca contra la realidad procesal, porque no tiene en esa forma respaldo en las pruebas del proceso y existen motivos de equidad y de justicia social, que no permiten que pueda prosperar una injusticia de esa naturaleza".

SE CONSIDERA

La doctrina de la Corte que el recurrente pide se considere para que se admita la causal 2ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal en los juicios con intervención del Jurado, fue sintetizada por la Sala así:

"En resumen: el pensamiento de la Comisión claramente reafirmado durante todo el debate sobre el recurso de casación, fue excluír toda controversia sobre los hechos no declarados probados en la sentencia; si éstos no son otros sino los aceptados por el Jurado; si la contradicción entre los hechos y el veredicto —por ser cuestión únicamente atribuída a los falladores de instancia— no pueden considerarse en casación; y si la causal segunda conduce inevitablemente al examen jurídico de los hechos y al riesgo —en consecuencia— de convertir el fallo de casación en fallo de instancia, riesgo que la Comisión deliberadamente quiso excluír para no desnaturalizar el recurso extraordinario, conclúyese lógicamente que aquella causal sólo puede invocarse en los recursos contra sentencias dictadas en juicios en que el Jurado no interviene". (Casación 3 de noviembre de 1944).

La tesis anterior ha sido repetida en jurisprudencia constante de la Corte, y a pesar de los diversos argumentos que contra ella se han esgrimido no ha sido modificada, ora por estar de acuerdo con el pensamiento que animó a los redactores del Código de Procedimiento Penal en el sentido de que "dicha causal no es aplicable a

los juicios por Jurado y a la excepción del principio de que la casación no es el juicio del procesado sino el juicio de la sentencia de segunda instancia" bien por ser la más lógica en cuanto a interpretación de la ley en los juicios en que intervienen los jueces populares.

En efecto: en los juicios por Jurado, el examen de hechos —cargos contenidos en el auto de proceder como el de pruebas que se tuvieron en cuenta para formularlos y deducir la correspondiente responsabilidad, no es labor que la ley hubiera encomendado a los jueces de derecho sino a los jueces de conciencia, afirmación que se funda en lo dispuesto por el artículo 27 de la Ley 4ª de 1943, que establece la manera como deben estudiarse los cargos, la defensa que de ellos se haga y la forma de pronunciar el veredicto. La Ley únicamente faculta al Juez de derecho para apreciar y calificar las circunstancias de mayor y menor peligrosidad, siempre y cuando **ellas no sean modificadoras o elementos constitutivos del delito.** (Art. 499 del C. de P. P.).

Pronunciado el veredicto, la sentencia se dicta de acuerdo con la calificación que el Juri dé a los hechos sobre los cuales ha versado e ldebate, decisión que debe guardar íntima relación con la verdad histórica y material de los hechos investigados, ya que el veredicto constituye el fundamento inmediato de la sentencia y las pruebas del sumario la base mediata o remota de la misma. (Art. 480 C. de P. P.).

Si el veredicto es contrario a la evidencia de los hechos, deber del Juez es declararlo y consultar su decisión con el respectivo Tribunal (Art. 537), conclusión ésta a la cual no puede llegarse sino cuando el veredicto pugne con la evidencia de los hechos en forma lógica y natural, que nadie racionalmente pueda dudar de ella; en otros términos, la respuesta debe ser el resultado de un conocimiento seguro de los hechos y pruebas del proceso para afirmar o negar la responsabilidad sometida a su consideración, toda vez que la contraevidencia del veredicto hace relación directa con los cargos formulados en el auto de proceder, con las pruebas que se tuvieron en cuenta para hacer la imputación, y con el tema atinente a la responsabilidad que bajo el concepto de verdad sabida y buena fe guardada tiene que declarar.

La contraevidencia del veredicto puede declararse de oficio o a petición de parte; de oficio, cuando el Juez en primera instancia estudia el veredicto para acomodarlo dentro de las disposiciones legales que sanciona el delito (Art. 537), o bien, cuando el Tribunal al revisar la sentencia observa que el veredicto no responde a la realidad de los hechos investigados ni a las preguntas contenidas en el respectivo cuestionario (Art. 554); a petición de parte, cuando las personas que intervienen en el proceso penal hacen la correspondiente solicitud. Pero, cuando por estos sistemas legales y como consecuencia de ellos se convoca nuevo Jurado y emite un segundo veredicto, **éste es definitivo** y sobre él se edifica el fallo, a menos que dentro del proceso exista alguna causal de nulidad que vicie el procedimiento.

La soberanía del Juri no es ilimitada —como lo afirma el recurrente—, y así lo ha declarado en varias oportunidades la Sala cuando dice:

"La soberanía del Jurado —en ningún caso es absoluta; ella tiene un límite en el ámbito de la ley en cuanto a las decisiones que ellos pronuncian. Cuando sus determinaciones pugnan con la realidad de los hechos y con las pruebas allegadas al proceso, la ley —se repite— concede facultad a los jueces de derecho y al Tribunal para declarar el veredicto contraevidente, pues sería ilógico aceptar una decisión contraria a las bases fundamentales que informan el proceso, por la sola circunstancia de que el Jurado pronunció un veredicto" (Casación de 7 de abril de 1954).

Esta es la interpretación obvia y natural que la Corte ha dado a las disposiciones que reglamentan la institución del Jurado para afirmar que la causal segunda de casación es inoperante en esta clase de juicios.

Al negar el recurso por esta causal (Art. 567, numeral 2º), la Corte no asume el carácter de legislador —como lo afirma el demandante— pues no crea ninguna disposición nueva para aplicarla a cada caso concreto, ni omite el cumplimiento de la ley para no darle vigencia jurídica. Lo que ocurre es, que el examen de los hechos y pruebas del proceso en los juicios por Jurado corresponde apreciarlos y calificarlos a los jueces de conciencia (Art. 27 Ley 4ª de 1943); el juez de derecho únicamente aprecia y califica las circunstancias de mayor o menor peligrosidad (Art. 499) y la Corte en casación no puede pasar por alto el veredicto para examinar los hechos, porque el recurso, se ha dicho, no es una tercera instancia sino el camino que otorga el Legislador para examinar la sentencia frente a la ley. Seguramente la interpretación en sentido contrario conduciría a la afirmación que hace el recurrente de que la Corte asume funciones de le-

gislador, pues examinaría la sentencia sobre hechos y pruebas que por disposición legal no le fueron atribuídos expresamente.

En casación la Corte no puede prescindir del veredicto para estudiar los hechos cuando son elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad, ora porque esa atribución es propia de los jueces de conciencia y no de los jueces de derecho, bien porque al considerar los hechos para declarar el veredicto contrario a la evidencia procesal se haría una sustitución del jurado por la Corte quien usurpando jurisdicción asumiría funciones propias de aquél y no las que le están atribuídas por la ley, ora porque en tratándose de juicios de esta naturaleza, al estudiar los hechos se omitiría el veredicto con violación expresa de mandatos legales y al dictar sentencia no lo haría con fundamento en la decisión del Juri sino en los hechos y pruebas del proceso como en los juicios de puro derecho, y, ya también, porque el veredicto cuando —en las instancias del juicio—, no ha sido declarado contraevidente (Art. 537 y 544) es inalterable y constituye el fundamento inmediato de la sentencia, siendo las pruebas del sumario su fundamento mediato.

Si la Corte aceptara como impugnación del fallo —en los juicios por Jurado— la causal 2ª del artículo 567 del C. de P. P. al invalidar la sentencia por estar en desacuerdo con la evidencia de los hechos procesales, el fallo que la reemplazaría no se dictaría de acuerdo con el veredicto (Art. 480) sino en desacuerdo con él, es decir, allí sí, violando la ley se incurriría en otro motivo de impugnación o sea, **el de haberse dictado la sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado**, porque, caprichosamente se terminaría con la institución del Jurado y con los mandatos legales que la reglamentan.

En cuanto al concepto del doctor Moncada, él se halla en pugna con el pensamiento de la Comisión, porque ésta dice: "que no debe existir causal por ser notoriamente injusto el veredicto, sino únicamente cuando sea contradictorio". Si el pensamiento de los miembros de la Comisión Redactora del Código de Procedimiento Penal hubiera sido el de darle cabida a esta causal (la segunda), así lo hubiera expresado con evidencia y claridad; mas no lo hizo, porque su criterio quedó expuesto en el aparte transcrito. Y en cuanto a que las actas no fueron publicadas y no tienen valor legal, la Corte ha expresado que: "... no se diga que las cuestionadas actas no han sido publicadas ni fueron corregidas ni aprobadas por los miembros de la Comisión. Pues la falta de publicidad de ellas no destruye su autenticidad, y el que no fueron corregidas ni aprobadas por sus autores es hecho que carece de prueba para admitirlo" (Casación de 16 de octubre de 1953).

No prosperando la causal alegada, es innecesario el estudio de hechos y pruebas tendientes a demostrar que el delito se cometió en estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación, porque esta circunstancia modificadora de la responsabilidad no fue considerada en el respectivo auto de proceder ni en los cuestionarios; por otra parte, este mismo tema con las mismas razones fue aducido por el abogado recurrente ante el Tribunal para pedir la declaratoria de contraevidencia del veredicto, pero esa Entidad no aceptó la petición porque el Juri no hizo ninguna declaración sobre el particular y porque el veredicto, en estas condiciones, estaba en perfecto acuerdo con la realidad procesal.

Por estos motivos, la causal alegada no prospera.

Causal Cuarta

Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad.

"En todo delito —dice el recurrente— debe atenderse primeramente que todo a la intención y por eso el Código Penal es muy explícito en esta materia, cuando para el homicidio expresa en el artículo 362, que se castiga al que con el propósito de matar ocasione la muerte a otro".

"Aquí, en el presente caso, este propósito no existió en lo que a Elvira Carrera se refiere". Y en este sentido dice:

"Examinemos ahora sí el hecho ejecutado por Galindo en la persona de Elvira Carrera fue una verdadera tentativa de homicidio o solamente un delito de lesiones personales. Refiere que él sintió un empujón, volvió a mirar y vió a su mujer que iba abrazada con un hombre; que él por defender su vida y su honor, sacó un arma y al ver que el sujeto iba abrazado con su mujer, loco de rabia les tiraba por donde caía, sin mirar por donde les hacía las heridas de la rabia que tenía, y cuando vio que ellos no le seguían tirando se fue".

"Y la víctima Elvira Carrera nos refiere, que tan pronto como se sintió herida, se puso frente a Galindo y en su ampliación del folio 40, agre-

ga que sintió como puños en la espalda y ya herida se sentó en el andén y allí permaneció hasta que la recogieron".

"Como se vé aquí no hubo hecho externo, ni físico ninguno, que le impidiera a Galindo la realización completa y perfecta del delito. Este dominado por la pasión de la ira no podía pensar en las consecuencias del hecho, no tuvo otra intención que la de herir sin calcular las consecuencias. Hubiera podido una vez que se sentó su mujer o que se le puso de frente, como ella misma lo cuenta, haberle tirado con mayor seguridad, haberla agarrado, haberle hecho una agresión mortal y haberla muerto. Pero no: él no tenía esa intención y su objeto y fin eran muy distintos".

"Y ésto se demuestra no sólo por la manera como los dos protagonistas cuentan el hecho según lo hemos visto sino también por la calidad de las heridas. Según el reconocimiento médico que obra al folio 14, la Carrera (sic) solamente presentó una herida de 6 cms. sobre la apófisis espinosa de la segunda vértebra lumbar y otra de 2 cms. sobre la línea axilar posterior derecha. "Clínicamente —agrega el reconocimiento— no existe ningún trastorno de carácter pulmonar y no queda con ninguna deformidad física, ni ninguna perturbación funcional".

"La lesionada solamente duró cinco días en el hospital de Villavicencio lo dice el certificado expedido por el Síndico de dicho establecimiento, según consta al folio 27 del cuaderno del Tribunal sin que baste para decir que la herida fue grave; el segundo certificado en donde se afirma que probablemente pudo tener un derrame pleural, porque ésto es apenas una suposición y en cambio el primer reconocimiento es muy explícito sobre que no presentaba ningún trastorno y si acaso presentó alguno después de haber salido del hospital, ello se debió a descuido indudablemente de la misma lesionada o a cualquier otra causa, ya que del Hospital salió a los cinco días y si el derrame se hubiera presentado a consecuencia de la lesión, éste se hubiera producido inmediatamente después de herida y no muchos días después como sucedió en el presente caso. En todo caso, ese derrame tampoco fue grave".

"De acuerdo con la doctrina de esa H. Corte que dejé transcrita arriba aquí falta la demostración del propósito de causar un homicidio por parte de Toribio Galindo en la persona de Elvira Carrera y este propósito tiene que estar demostrado en forma plena para poderle imputar esa tentativa".

Y concluye:

"Como en el presente caso los hechos punibles no constituyen una tentativa; jurídica ni científicamente considera (sic) ellos deben considerarse como simples lesiones y castigarse estos hechos en esta forma de acuerdo con lo dispuesto en al disposición anterior".

"Si esto es así, es claro que aquí se ha incurrido en la causal de nulidad a que se refiere el numeral 8 del artículo 168 del C. de P. P. (sic) porque se incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción".

SE CONSIDERA

La nulidad proveniente de error en cuanto a la denominación jurídica del delito, se vincula directamente a las imputaciones contenidas en el auto de proceder ya que esta providencia es el pliego de cargos que el juzgador formula al procesado para que de ellos se defienda, siendo, por tanto imprescindible el estudio de los hechos y pruebas que demuestren el cuerpo del delito, la calificación genérica del hecho y las circunstancias que lo especifiquen; como consecuencia de ésto, la parte resolutiva de dicha providencia contiene el llamamiento a juicio por el delito que correspondía dentro de la denominación jurídica que le dá el Código Penal en el respectivo capítulo, o en el correspondiente título cuando éste no se divida en capítulos, sin determinar dentro del género del delito la especie a que pertenezca, ni señalar el artículo especial que se considere aplicable al caso.

Si el llamamiento a juicio —parte resolutiva— se conforma con la realidad de los hechos investigados y con las pruebas del proceso, es natural que la nulidad por error en la denominación jurídica del delito no prospera. Porque siendo así que esta materia de la calificación jurídica del delito es algo que entraña el examen de las pruebas del proceso, ella sólo puede ventilarse en casación con base en la causal segunda del artículo 567 del C. de P. P. que, como ya se ha dicho, no es pertinente alegarla en los juicios por Jurado.

"Desde luego —dice la Procuraduría— esta petición de la demanda debe ser rechazada, por improcedente. Las alegaciones del recurrente hubieran podido servir, en su tiempo, para discutir las conclusiones del auto de proceder o para hacerlas prevalecer en la audiencia pública, ante el Jurado, o para discutir también, la contra-

evidencia del veredicto. Pero, a la hora de ahora, cuando el veredicto fue ya aceptado con respaldo en el proceso y dictada la sentencia por los juzgadores de instancia en armonía con él, venir y pedirle a la H. Corte que examine y califique los hechos en derecho, examinados y calificados ya por quien en virtud de la ley tenía la competencia para ello, no resulta acertado".

Por estos motivos la causal alegada no prospera.

Causal Primera

Ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea (Art. 520 del C. J. Numeral 1º).

"Para casar esta parte de la sentencia invoco —dice el recurrente— como causales las siguientes:"

"La consignada en el artículo 520, inciso 1º del C. J., o sea, ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea".

"Invoca asimismo como causales las contenidas en los ordinales 1º y 2º del artículo 567 del C. de P. P. o sea que en esta parte la sentencia es violatoria de la ley penal por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma y que ha habido errada interpretación o apreciación de los hechos, porque la sentencia le ha atribuído a un dictamen pericial un valor probatorio que no tiene".

SE OBSERVA

Al reformar la sentencia, el Tribunal condenó a Toribio Galindo Daza al pago de la suma de cinco mil ochocientos pesos ($ 5.800.00) en favor de Justo Pastor Romero, padre del occiso José Agustín Romero, y al pago de noventa pesos ($ 90.00) en favor de Elvira Carrera de Galindo como valor de los perjuicios causados por la infracción; es decir, el monto de los perjuicios fijados en la respectiva sentencia no da lugar al recurso de casación.

Es evidente que tanto el artículo 559 del C. de P. P. como el artículo 519 del C. J. consagran el recurso de casación en lo referente a perjuicios el primero, y el segundo, en cuanto al monto o suma discutida en el juicio, pero también es cierto que estas cuantías en lo relativo al recurso de casación fueron elevadas a la suma de diez mil pesos ($ 10.000.00), en virtud del Decreto Nº 3547 de 29 de noviembre de 1950, haciendo la salvedad que la disposición del artículo 1º del mencionado Decreto no era aplicable "para los juicios que actualmente estén en curso y en los cuales ya se haya dictado sentencia de segunde instancia". Como en el presente caso al entrar en vigencia la disposición comentada no se había dictado sentencia de segunda instancia, es natural que el recurso de casación no podía interponerse y menos resolverse, porque la cuantía de la sentencia ($ 5.800.00) y ($ 90.00) es sinferior a la suma fijada en el mencionado Decreto; así lo ha resuelto la Sala en providencias de 22 de febrero y 6 de diciembre de 1955.

"Tampoco es admisible el recurso extraordinario, atendiendo a la cuantía de los perjuicios asignados a la infracción. Porque si bien es verdad que el artículo 559 del Código de Procedimiento Penal permite la casación cuando el monto de los perjuicios "sea o exceda de tres mil pesos", y en el presente negocio fue fijado en $ 8.000.00. sin embargo, tal norma, en esa parte, quedó suspendida por el Decreto Legislativo Nº 3547 de 1950, que elevó a diez mil pesos "las cuantías de que trata el artículo 519 del Código Judicial sobre procedencia del recurso extraordinario de casación contra las sentencias dictadas en segunda instancia por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial", con la única salvedad de que el Decreto es inaplicable a los juicios en curso y en los cuales se haya dictado fallo definitivo de segunda instancia (Art. 1º).

"Los artículos 519 del Código Judicial y 559 del de Procedimiento Penal deben interpretarse armónicamente, no sólo porque ambos precisaron la misma cuantía ($ 3.000.00) como cantidad mínima para conceder el recurso de casación, sino porque, en virtud de mandato expreso de la última norma, todo lo relativo a la casación civil debe aplicarse al proceso penal cuando se trata de los perjuicios causados por el delito".

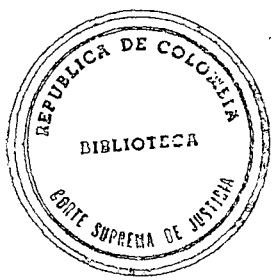
"Y como en el presente negocio, la demanda civil fijó en $ 8.000.00 la indemnización, síguese que el recurso extraordinario interpuesto por la defensa resulta improcedente".

Por estos motivos, no es procedente el estudio de esta causal.

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, de acuerdo con él, NO INVALIDA el fallo de quince de diciembre de mil novecientos cincuenta y tres, dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por el cual se condena a Toribio Galindo Daza, a la pena principal de doce años de presidio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Montalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra — Julio E. Arguello. Secretario.



RECURSO DE CASACION. — SE DECLARA INADMISIBLE PORQUE EL MAXIMO DE PENA NO ES NI EXCEDE DE CINCO AÑOS

El artículo 557 del C. de P. P. consagra el recurso de casación para las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales en causas que hayan conocido los Jueces de Circuito por delitos que tengan señalada una pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco años; es decir, el recurso de casación se concede por dos motivos: uno atinente a la calidad del funcionario que dicta la sentencia de primera instancia, y otro en consideración a la pena. La reunión de estos requisitos da lugar al recurso; la ausencia de uno de ellos impide que él sea admisible.

La penas que en la respectiva sentencia se imponen deben corresponder a una infracción específica, concreta y determinada por la ley, tanto en sus elementos morales y materiales, como también en lo que hace referencia a circunstancias modificadoras de la responsabilidad, ya que la sanción debe consultar no sólo el precepto básico que sirve de norma para fijarla, sino aquellas disposiciones que se relacionan con la norma principal y que por ser circunstancias modificadoras de la responsabilidad influyen necesariamente en la individualización de la pena. En otros términos, la sanción imponible no es sólo la contemplada por la ley para el delito en su forma genérica, sino la que resulte de combinar la disposición base con aquellas otras que la complementan dándole al ilícito una fisonomía particular.

Como en el caso sub judice la pena imponible de acuerdo con la sentencia no es la determinada por el inciso 2º del artículo 374 del Código Penal disposición base, sino la resultante de combinar esta disposición con el artículo 7º de la 164 de 1938 que modifica la responsabilidad, la pena para efectos del recurso de casación disminuída bien sea en las tres cuartas partes o la mitad de la señalada en la disposición base, no alcanza a la pena fijada por el artículo 557 del C. de P. P., el recurso NO ES ADMISIBLE.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, con fecha dos de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco, condenó a **Tobías Vargas Castelblanco** a la pena principal de seis meses de prisión como responsable de un delito de lesiones personales cometido en la persona de Emilia Moreno v. de Gil.

Contra esta sentencia el doctor Jacinto Rodríguez Suárez, defensor del procesado, interpuso recurso de casación el cual fue concedido con fecha seis de diciembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

Vencido el término de traslado para que las partes puedan alegar sobre la admisibilidad del recurso, se procede a su estudio.

Hechos

Tobías Vargas Castelblanco fue condenado por un delito de lesiones personales a la pena de seis meses de prisión, sanción impuesta con fundamento en los artículos 374, inciso 2º del C. P., y 7º de la Ley 164 de 1938. El Juzgado al individualizar la pena hizo las siguientes consideraciones:

"**Segundo.**—En lo referente al artículo del C. P. infringido por el procesado, lo es el artículo 374, inciso 2º, que sanciona la infracción con una pena de dos a seis años de presidio y multa de doscientos a cinco mil pesos, con las atenuantes de la sanción previstas por el artículo 7º de la Ley 164 de 1938, reformatorio del artículo 380

del C. P., que establece que el que por culpa cause alguna de las lesiones previstas en el respectivo capítulo del Código Sustantivo, quedará sometido a las respectivas sanciones, disminuídas de las tres cuartas partes a la mitad y que, en lugar de la prisión se aplicará el arresto, y del presidio, la prisión y ya hemos visto que el H. Tribunal calificó en su auto de enjuiciamiento contra el sindicado Tobías Vargas, su delincuencia, como culposa.

"**Tercero.**—En contra del procesado no existen circunstancias de mayor peligrosidad, antes bien, y por el contrario, se debe tener en cuenta el hecho de ser un hombre trabajador y de buenas costumbres, que se presentó voluntariamente a rendir indagatoria y a explicar los motivos de los hechos denunciados contra él, circunstancias todas que lo hacen acreedor a la sanción mínima, con base en los artículos 36, 38 y 39 del C. P. Por lo tanto la sanción penal y pecuniaria contra el procesado, será la de seis meses de prisión y multa de cincuenta pesos ($ 50.00), tomando en cuenta la rebaja del artículo 7º de la Ley 164 de 1938, ya citada, por tratarse de un hecho culposo".

El Tribunal, en relación con las penas en el fallo que hoy se acusa, expresa que:

"La calificación de la delincuencia, la graduación de la pena, y las accesorias de la ley, no merecen reparo alguno en esta instancia".

Se considera:

El artículo 557 del C. de P. P. consagra el recurso de casación para las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales en causas que hayan conocido los Jueces de Circuito por delitos que tengan señalada una pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco años; es decir, el recurso de casación se concede por dos motivos: uno atinente a la calidad del funcionario que dicta la sentencia de primera instancia, y otro en consideración a la pena. La reunión de estos dos requisitos da lugar al recurso; la ausencia de uno de ellos impide que él sea admisible.

Las penas que en la respectiva sentencia se imponen deben corresponder a una infracción específica, concreta y determinada por la ley, tanto en sus elementos morales y materiales, como también en lo que hace referencia a circunstancias modificadoras de la responsabilidad, ya que la sanción debe consultar no sólo el precepto básico que sirve de norma para fijarla, sino aquellas disposiciones que se relacionan con la norma principal y que por ser circunstancias modificadoras de la responsabilidad influyen necesariamente en la individualización de la pena. En otros términos, la sanción imponible no es sólo la contemplada por la ley para el delito en su forma genérica, sino la que resulta de combinar la disposición base con aquellas otras que la complementan dándole al ilícito una fisonomía particular.

"Hay que observar —ha dicho la Corte— que si se tomara como guía para admitir la casación únicamente la pena base, sin vincularla con las otras normas que la modifican especialmente, entonces se incurriría en el manifiesto error de negar el recurso en las hipótesis en que el delito objeto del proceso tuviera señalada una sanción máxima de cinco años o más, resultante de la aplicación de las distintas disposiciones pertinentes, aunque el artículo básico no llegara a ese máximo".

Como en el caso sub judice la pena imponible de acuerdo con la sentencia no es la determinada por el inciso 2º, artículo 374 del Código Penal disposición base, sino la resultante de combinar esta disposición con el artículo 7º de la 164 de 1938 que modifica la responsabilidad, la pena para efectos del recurso de casación disminuída bien sea en las tres cuartas partes o la mitad de la señalada en la disposición base, no alcanza a la pena fijada por el artículo 557 del C. de P. P., el recurso **no es admisible.**

—

Así lo resuelve la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve—Ricardo Jordán Jiménez—Luis Zafra.

Julio E. Argüello, Secretario.

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES DE LOS JUECES DEPARTAMENTALES DE GARANTIAS SOCIALES. — ALCANCE DEL ARTICULO 40 DEL DECRETO 3.000 DE 1954. — QUIEN DEBE HACER LA CALIFICACION DE LOS IMPEDIMENTOS QUE CONCURRAN EN LOS JUECES DEPARTAMENTALES DE GARANTIAS SOCIALES.—LA INTERPRETACION DE LA LEY

1—Uno de los medios más seguros de interpretación para deducir la voluntad y el alcance de la ley (mens legis), es el de confrontar entre sí sus distintas disposiciones, relacionándolas, además, con los otros ordenamientos jurídicos atinentes a la misma materia, porque las normas positivas forman un sistema orgánico, unitario y coordinado que evita la contradicción. Por ello, el exacto sentido de un artículo se revela en su conexión con las demás partes del estatuto a que pertenece, pues ningún precepto jurídico puede vivir aisladamente.

La ley puede ser defectuosa en su lenguaje, ya porque unas veces es demasiado genérico y comprende, aparentemente, más de lo que se quiso, o ya demasiado restringido, por excluir relaciones cuya vigencia deseó establecer el legislador. Para salvar estas dificultades y respetar primordialmente la finalidad o espíritu de la ley, se recurre a dos clases de interpretación: la extensiva y la restrictiva.

La extensiva —que amplía el significado de las palabras— se funda en el principio de que cuando la razón de la ley es una misma, también de ser una misma la norma jurídica aplicable, para evitar el absurdo y la injusticia de que un caso comprendido por el legislador se trate de manera distinta al que no lo está, a pesar de la identidad que existe entre ambos, por la naturaleza de las cosas.

Algo distinto es la analogía. Ella consiste en regular un caso no contemplado, ni siquiera implícitamente, por la ley que debe aplicarse, acudiendo a la solución que da otra ley, y fundándose el intérprete en la semejanza que las dos situaciones jurídicas presentan. La analogía no es, pues, interpretación extensiva. En ésta, el caso está previsto por el legislador, aunque con palabras inadecuadas. En la interpretación extensiva falta la expresión literal, pero no la voluntad de la ley, y en la analogía faltan ambas.

Por la interpretación restrictiva se reduce o contrae el alcance de las palabras para hacerlas coincidir con el pensamiento y la voluntad de la norma jurídica.

Es de observar que la interpretación extensiva y la analogía son admitidas en materia penal, en cuanto no afecten delitos y sanciones, pues en esta materia rige inmodificablemente el dogma jurídico: NULLUM CRIMEN SINE LEGE.

Las leyes que incriman o agravan la situación del procesado, deben interpretarse en forma restrictiva. Además, en materia de jurisdicción y competencia, tampoco cabe aplicar analógicamente la ley.

2. — El artículo 40 del Decreto número 3.000 de 1954 consagró expresamente dos cosas fundamentales: 1º Que el Juez Departamental de Garantías puede estar impedido para conocer de un asunto; y 2º Que, al estarlo, debe avocar el conocimiento del proceso el Juez Departamental de Garantías sociales de la capital del Departamento más próxima a aquella en que el impedido ejerce sus funciones.

Brota entonces el principio director en que se inspira la norma: el reconocimiento de las causales de recusación para tutelar la imparcialidad de los juzgadores y suprimir todo factor que implique duda o sospecha en el libre ejercicio de su actividad funcional. Y siendo estos los fines del precepto, en él caben los distintos motivos de impedimento que enumera la ley procesal ordinaria, puesto que todos ellos obedecen a la misma razón: evitar que el Juez conozca de su propia causa, o de aquellos negocios en que puede ser perturbado por el

interés o el afecto. Sería ilógico y contradictorio, por lo tanto, que el Juez Departamental de Garantías Sociales no pudiera fallar un proceso por ser ofendido, y sí pudiera decidirlo cuando es procesado, o cuando concurren otras de las circunstancias que señala el Código de Procedimiento Penal como determinantes de la incapacidad subjetiva del juzgador.

Por eso el artículo 40 no estatuyó en forma taxativa o excluyente, sino que enunció, de modo meramente indicador, un caso de impedimento, que no se opone a la aceptación de los demás que puedan presentarse.

3.—Las causales de impedimento de que trata el artículo 73 del Código ed Procedimiento Penal son aplicables a los Jueces Departamentales de Garantías Sociales.

4.—La calificación del impedimento que concurra en los Jueces Departamentales de Garantías Sociales debe hacerla el juez de Garantías de la capital de Departamento más próxima a aquella en que el impedido ejerce sus funciones (artículo 40 del Decreto 3.000 de 1954 y 74 del C. de P. P.).

Si el Juez Departamental de Garantías Sociales que recibe el expediente aceptare el impedimento, él conocerá del proceso respectivo. Si no lo aceptare, enviará el negocio a su inmediato Superior, que lo es el Tribunal Superior del Distrito Judicial, para que éste decida de plano la cuestión. (Artículos 34 y 40 del Decreto 3.000 y 74 del C. de P. P.).

El mismo procedimiento se seguirá en caso de recusación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Penal. Bogotá, veintidós de febrero de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra)

Vistos:

En este proceso por calumnia e injuria contra el doctor Rogerio Bolaños se ha planteado una cuestión **sui generis**: que a un incidente de impedimento se le ha dado la forma de colisión de competencias.

Realmente, en el presente caso no se discute la capacidad objetiva del Juez Departamental de Garantías Sociales de Pasto para conocer del negocio por le aspecto de la naturaleza del hecho, del lugar en que se cometió y del sujeto pasivo de la acción penal que es lo que puede suscitar la contienda de competencias. De lo que aquí se trata es de un mero impedimento de dicho funcionario, que no ha hallado quién lo califique y resuelva.

Atendida esta circunstancia especialísima, la Corte no puede abstenerse de dar pautas para la solución del problema; pues, de lo contrario, el asunto quedaría paralizado, por falta de Juez.

Ocurrió lo siguiente:

El Gobernador del Departamento de Nariño presentó querella por los delitos de calumnia e injuria contra el doctor Rogerio Bolaños, Director del periódico "El Derecho", que se edita en la ciudad de Pasto.

El Juzgado Departamental de Garantías Sociales de ese lugar, luego de reconocer que la acción fue dirigida "ante Juez competente", aceptó la querella y ordenó continuar el trámite de rigor. (Auto de 21 de abril de 1955).

Pero el tres de mayo siguiente, el funcionario se declaró impedido, por cuanto era accionista de la Editorial "El Derecho", y entonces concurrían las causales de recusación previstas en los numerales 1º y 10º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal. En consecuencia, fundándose en el artículo 40 del Decreto Legislativo número 3.000 de 1954 y en una consulta absuelta sobre el particular por el Ministerio de Justicia, dispuso remitir el negocio al Juez de Garantías Sociales del Departamento del Cauca —Popayán— "para lo de su incumbencia".

Este último Juez se inhibió de conocer, y para ello dio varias razones, entre las cuales, conviene reproducir las siguientes:

"El artículo 40 del Decreto número 3.000 de 1954 establece: "Cuando el ofendido fuere el Juez Departamental de Garantías Sociales, será competente la misma autoridad de la capital de Departamento más próxima a aquella en que el agraviado ejerce sus funciones".

"De suerte que, para el único caso en que sea el Juez de Garantías el ofendido, la querella que éste formule por calumnia e injuria debe presentarla ante la misma autoridad de la capital del Departamento más próxima, esto es, al Juez de Garantías más cercano al lugar en donde el Juez agraviado ejerce sus funciones, caso único de especial excepción a la regla contenida en el inciso segundo del artículo 33 del citado estatuto, sobre competencia por razón del territorio atribuída a dichos funcionarios...

"Por consiguiente, y no tratándose del impedimento contemplado en el artículo 40 del Decreto 3.000 de 1954, no es posible aplicar por analogía al caso de que tratan las presentes diligencias, la disposición contenida en dicho artículo 40, porque no le es dable a ningún Juez la facultad de disponer por sí mismo, ni aún fundándose en un concepto tan respetable como el del señor Abogado General del Ministerio de Justicia antes transcrito, el cambio de competencia o de radicación de un proceso de un distrito judicial a otro, porque las disposiciones procedimentales se consideran de orden público y, por consiguiente, tienen un carácter absoluto, inmediato y obligatorio, y porque nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. (C. N., artículo 26).....

"Como en cada cabecera de departamento sólo existe un Juez de Garantías Sociales, en caso de impedimento o recusación de éste no se encuentra otro Juez de la misma categoría para el conocimiento del proceso. Por consiguiente, al existir causales de impedimento o recusación, debe darse cuenta de ello al Honorable Tribunal Superior respectivo, que es el superior de los Jueces de Garantías, según lo estatuído en el artículo 34 del Decreto 3.000 de 1954, para que llame y encargue del asunto al suplente, o solicite a quien corresponda la designación de suplente o del Juez ad-hoc que deba reemplazar al impedido.

"No habiéndose cumplido el procedimiento anterior, el Juez de Garantías de Popayán no puede calificar el impedimento del señor Juez de Garantías de Pasto en fundado o infundado, porque no le corresponde conocer del asunto, ya que carece de competencia para ello". (Auto de 24 de mayo de 1955).

El Juez de Garantías Sociales de Pasto replicó ampliamente los anteriores argumentos, en providencia de diez de junio del mismo año. De lo que allí expuso, se copian estos pasajes:

"El artículo 40 del Decreto 3.000 legisló sobre impedimentos, sin que se pueda creer que únicamente se refirió a un solo impedimento; pues que esta afirmación nos llevaría a concluir que en cada impedimento habría de crearse o establecerse jueces distintos al juez de que se habló en el artículo 40; así por ejemplo, cuando el Juez de Garantías es querellante, acudiría al Juez de Garantías más próximo, y cuando fuese querellado, habría que buscar otro juez distinto, lo cual quebrantaría la armonía que debe guardar la categoría de estos juzgadores especiales.

"Fundadamente se cree que el artículo 40 enmarcó todos los impedimentos, ya que precisamente el estatuto 3.000 no estableció las suplencias, porque al indicar un caso de impedimento concluyó en que todos los impedimentos que se suscitaren debían ser conocidos por un juez de igual categoría, que no es otro que el Juez de Garantías más cercano".

Terminó el funcionario proponiéndole a su otro colega de Popayán la colisión de competencias, que fue aceptada y por eso se remitieron las diligencias a la Corte.

Como se ve, en concepto del Juez de Garantías Sociales de Popayán, sólo en el caso del impedimento previsto por el artículo 40 del Decreto 3.000 de 1954, aquél puede conocer del negocio, mas no en tratándose de los otros motivos de recusación que contempla el artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, los cuales se regulan por el artículo 75 ibidem; en cambio, para el Juez de Garantías Sociales de Pasto, cualquiera que sea el impedimento que concurra respecto de esta clase de funcionarios especiales, se rige siempre por el mencionado artículo 40 del Decreto 3.000.

Considera la Corte:

El artículo 40 del Decreto número 3.000 de 1954, eje del debate, estatuye:

"Cuando el ofendido fuere el Juez Departamental de Garantías Sociales, será competente la misma autoridad de la capital del Departamento más próxima a aquella en que el agraviado ejerce sus funciones".

Uno de los medios más seguros de interpretación para deducir la voluntad y el alcance de la ley (mens legis), es el de confrontar entre sí sus distintas disposiciones, relacionándolas, además, con los otros ordenamientos jurídicos atinentes a la misma materia, porque las normas positivas forman un sistema orgánico, unitario y coordinado que evita la contradicción. Por ello, el exacto sentido de un artículo se revela en su conexión con las demás partes del estatuto a que pertenece, pues ningún precepto jurídico puede vivir aisladamente. "La norma jurídica —dice Manzini— no se presenta como una unidad aislada e independiente, regida por principios exclusivamente propios, sino que representa una aplicación de principios jurídicos generales y superiores, de los cuales derivan otras normas jurídicas

afines. La investigación y la fijación del principio general, que rige la norma, es indispensable para la exacta inteligencia de la misma, ya sea cuando ésta resulta simplemente una aplicación de dicho principio general, ya sea cuando constituye una excepción del mismo".

La ley puede ser defectuosa en su lenguaje, ya porque unas veces es demasiado genérico y comprende, aparentemente, más de lo que se quiso, o ya demasiado restringido, por excluir relaciones cuya vigencia deseó establecer el legislador. Para salvar estas dificultades y respetar primordialmente la finalidad o espíritu de la ley, se recurre a dos clases de interpretación: la extensiva y la restrictiva.

La extensiva —que amplía el significado de las palabras— se funda en el principio de que cuando la razón de la ley es una misma, también debe ser una misma la norma jurídica aplicable, para evitar el absurdo y la injusticia de que un caso comprendido por el legislador se trate de manera distinta al que no lo está, a pesar de la identidad que existe entre ambos, por la naturaleza de las cosas.

Algo distinto es la analogía. Ella consiste en regular un caso no contemplado, ni siquiera implícitamente, por la ley que debe aplicarse, acudiendo a la solución que da otra ley, y fundándose el intérprete en la semejanza que las dos situaciones jurídicas presentan. La analogía no es, pues, interpretación extensiva. En ésta, el caso está previsto por el legislador, aunque con palabras inadecuadas. En la interpretación extensiva falta la expresión literal, pero no la voluntad de la ley, y en la analogía faltan ambas.

Por la interpretación restrictiva se reduce o contrae el alcance de las palabras para hacerlas coincidir con el pensamiento y la voluntad de la norma jurídica.

Es de observar que la interpretación extensiva y la analogía son admitidas en materia penal, en cuanto no afecten delitos y sanciones, pues en esta materia rige inmodificable el dogma jurídico: **nullum crimen sine lege.** Las leyes que incriminan o agravan la situación del procesado, deben interpretarse en forma restrictiva. Además, en materia de jurisdicción y competencia, tampoco cabe aplicar analógicamente la ley.

Sentadas las bases anteriores, se tiene:

El artículo 40 del Decreto número 3.000 de 1954 consagró expresamente dos cosas fundamentales: 1ª Que el Juez Departamental de Garantías puede estar impedido para conocer de un asunto; y 2ª Que, al estarlo, debe avocar el conocimiento del proceso el Juez Departamental de Garantías Sociales de la capital del Departamento más próxima a aquella en que el impedido ejerce sus funciones.

Brota entonces el principio director en que se inspira la norma: el reconocimiento de las causales de recusación para tutelar la imparcialidad de los juzgadores y suprimir todo factor que implique duda o sospecha en el libre ejercicio de su actividad funcional. Y siendo estos los fines del precepto, en él caben los distintos motivos de impedimento que enumera la ley procesal ordinaria, puesto que todos ellos obedecen a la misma razón: evitar que el Juez conozca de su propia causa, o de aquellos negocios en que puede ser perturbado por el interés o el afecto. Sería ilógico y contradictorio, por lo tanto, que el Juez Departamental de Garantías Sociales no pudiera fallar un proceso por ser ofendido, y sí pudiera decidirlo cuando es procesado, o cuando concurren otras de las circunstancias que señala el Código de Procedimiento Penal como determinantes de la incapacidad subjetiva del juzgador.

Por eso, el artículo 40 no estatuyó en forma taxativa o excluyente, sino que enunció, de modo meramente indicador, un caso de impedimento, que no se opone a la aceptación de los demás que puedan presentarse.

Ello se confirma, sin duda alguna, haciendo la comparación armónica del articulado del Decreto 3.000, y así se ve que dicho estatuto se sirve del Código de Procedimiento Penal para establecer o regular varias materias, tales como el juicio en contumacia (artículo 20); el ejercicio de la acción civil y el embargo y secuestro preventivos de los bienes del procesado (artículos 8, 18, 21, 29 y 31); las normas generales sobre competencia para fijarla en la hipótesis del artículo 34, inciso 2º; el recurso de casación en lo atinente a la condena por perjuicios (artículo 35); el valor que debe darse al dictamen pericial (artículo 36); el pago de costas por el querellante temerario (artículo 39); y los impedimentos (artículo 40).

Pero hay otra razón definitiva, y es la que se desprende del artículo 41 del Decreto 3.000, concedido así:

"Para los efectos del presente decreto, quedan suspendidas todas las disposiciones legales que le sean contrarias.

"Expresamente quedan suspendidos el Título XIII del Libro II del Código Penal, y los artícu-

los 21, 22, 23, 24, 26, 27, 41, 42, 43, 44, 45, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 55 y 56 de la Ley 29 de 1944".

De esta enumeración taxativa de las normas suspendidas de la ley 29 de 1944, quedó excluída, y por lo mismo vigente, la del artículo 57, cuyo tenor literal reza:

"Las disposiciones del Código Penal y el Código de Procedimiento Penal son aplicables a los delitos de prensa, en cuanto no sean contrarias a las prescripciones de esta ley o no estén modificadas por ella".

De suerte que, por mandato expreso del Decreto 3.000 y de la Ley 29 de 1944, los impedimentos señalados en el artículo 73 del Código de Procedimiento Penal son extensivos a los Jueces Departamentales de Garantías Sociales, por cuanto no pugnan con la letra ni con el espíritu de aquellos dos estatutos sobre prensa. Y como en el caso de hallarse impedido uno de esos funcionarios, debe conocer del asunto otro Juez de la misma categoría —el más cercano a la sede del que no puede actuar—, síguese que es al Juez de Garantías Sociales de Popayán a quien corresponde calificar el impedimento manifestado por el Juez de Pasto. No otra es la voluntad, claramente expresada, del art. 40 del Decreto 3.000: que un Juez Departamental de Garantías Sociales reemplace a otro Juez similar cuando ocurre el impedimento o la recusación.

Por consiguiente, en estas situaciones, no se procede por analogía respecto a la competencia, como lo sostiene el Juez de Popayán, sino con sujeción al más estricto principio de legalidad (artículos 40 del Decreto y 74 C. de P. P.).

De lo expuesto, se sacan las siguientes conclusiones:

a) Las causales de impedimento de que trata el artículo 73 de la Ley 94 de 1938 son aplicables a los Jueces Departamentales de Garantías Sociales (artículos 40 y 41 del Decreto 3.000 de 1954 y 57 de la Ley 29 de 1944);

b) La calificación del impedimento que concurra en dichos funcionarios debe hacerla el Juez Departamental de Garantías Sociales de la capital de Departamento más próxima a aquella en que el impedido ejerce sus funciones (artículos 40 del mismo Decreto y 74 del C. de P. P.);

c) Si el Juez Departamental de Garantías Sociales que recibe el expediente aceptare el impedimento, él conocerá del proceso respectivo. Si no lo aceptare, enviará el negocio a su inmediato Superior, que lo es el Tribunal Superior del Distrito Judicial, para que éste decida de plano la cuestión. (Artículos 34 y 40 del Decreto y 74 C. de P. P.): y

d) El mismo procedimiento se seguirá en caso de recusación del Juez Departamental de Garantías Sociales (artículos 34, 40 y 41 del Decreto, 57 de la Ley 29 de 1944 y 76 y 77 del C. de P. P.).

En tal virtud, la Corte Suprema —Sala de lo Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, RESUELVE: Envíese el presente negocio al Juez Departamental de Garantías Sociales de Popayán para que califique el impedimento manifestado por el Juez de Garantías Sociales de Pasto, y siga al respecto las actuaciones de ley que se dejan consignadas en la parte motiva de esta providencia, de lo cual se dará aviso al funcionario últimamente citado.

Cópiese y cúmplase.

Domingo Sarasty M. — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra—Julio E. Argüello R., Secretario.

LIBERTAD CONDICIONAL — LA CORTE NO TIENE FACULTAD PARA CONCEDERLA

La libertad condicional de que tratan los artículos 6º y 671 y siguientes del Código de Procedimiento Penal para los ya sentenciados, es un beneficio cuya concesión no está atribuída a la Corte, sino a los jueces de instancia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal—Bogotá, veintitrés de febrero de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve)

Vistos:

Hipólito Herrera, sentenciado por el Tribunal Superior de Bogotá a diez y seis años de presidio como responsable de los delitos de homicidio y extorsión ocurridos el 12 de agosto de 1947 en jurisdicción del Municipio de Usme, solicita libertad provisional, de conformidad con el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal.

Afirma el peticionario que lleva en detención cerca de nueve años, tiempo que, sumado al de las rebajas de pena a que tiene derecho, supera el de la condena que le fue impuesta.

El señor Procurador Primero Delegado, al contestar el traslado legal, pide a la Corte se niegue la libertad solicitada por Herrera, por cuanto "le falta todavía un tiempo apreciable para cubrir la condena que se le impuso". Agrega que "en cuanto a las deducciones que invoca el procesado, la Corte carece de competencia para decidir sobre el particular".

Se considera:

El problema aquí planteado no es el de la libertad **provisional** para aquellos procesados que han sufrido en detención preventiva un tiempo igual al que merecieren como pena según la calificación que deba darse a su delincuencia (artículo 411 invocado por el memorialista), sino el de la libertad **condicional** de que tratan los artículos 6º y 671 y siguientes del Código de Procedimiento Penal para los ya sentenciados (que es el caso del señor Hipólito Herrera), beneficio cuya concesión no está atribuída a la Corte, sino a los jueces de instancia, como lo anota el Colaborador Fiscal de la Sala.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— SE ABSTIENE de resolver sobre la libertad solicitada.

Cópiese y notifíquese.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra. — Julio E. Argüello, Secretario.



SALA DE NEGOCIOS GENERALES

INFLUENCIA DEL FALLO PENAL EN EL JUICIO CIVIL

La norma contenida en el artículo 11 del C. de P .P. le da prioridad a la acción penal por ser más amplias las facultades de investigación que tienen los funcionarios de esa rama; y también porque pudiendo influir el fallo penal en la solución de la controversia civil o administrativa no se actuaría justamente decidiendo la acción civil sin esperar la decisión definitiva de la acción penal, decisión que, precisamente por esa mayor amplitud de las facultades de los jueces penales, puede contar con valiosos fundamentos procesales. De otra parte, el artículo 11 precitado tiende a evitar que se produzcan fallos contradictorios entre los jueces civiles y los jueces penales. De aquí que el legislador haya dispuesto la suspensión de la controversia civil o administrativa, suspensión que por sí sola inhibe al funcionario para decidir en el fondo el negocio, y de ahí también que si la suspensión no se decreta y el juzgador falla el juicio, se pretermite una de las formalidades de la primera instancia con grave quebranto de los ordenamientos procesales puesto que, de acuerdo con la Constitución el fallador para proferir sus decisiones debe darle plena observancia a las formas propias de cada juicio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, diecinueve de enero de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara)

I

En su propio nombre y como representante de sus menores hijas María Cecilia y Aura María Bonell Vargas, demandó María Josefa Vargas v. de Bonell a la Nación, el 30 de enero de 1941, para que mediante los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía se hicieran a su favor estas declaraciones:

Que el señor Elías Bonell, con quien la demandante había contraído matrimonio por los ritos católicos, murió en esta ciudad de Bogotá el 28 de mayo de 1939, a consecuencia de varias heridas que le fueron hechas por agentes del Gobierno Nacional con proyectiles de armas de fuego; que esto ocurrió porque los agentes tenían orden de capturar al criminal apodado "El Palillo" y por no tomar las mínimas precauciones para identificarlo lo confundieron con el señor Bonell; que en consecuencia la Nación está obligada a indemnizar a la viuda y a los huérfanos del occiso los perjuicios materiales y morales sufridos por éstos con motivo de ese hecho, perjuicios apreciados en igual valor en la demanda, o sea en $ 30.00.00 cada uno o, subsidiariamente, en la cantidad en que los estimaran los peritos.

Entre otros hechos se expresa en la demanda que los agentes del Gobierno, al confundir al señor Bonell con "El Palillo" abrieron fuego contra él sin que hubiese habido provocación, oposición ni resistencia de ninguna naturaleza por parte del mismo, por lo cual se afirma que el accidente se originó por culpa de dichos agentes.

Admitida la demanda y tramitado debidamente el juicio, se profirió por el Tribunal Superior de este Distrito, el 29 de noviembre de 1941 el fallo de primer grado, en el que se absuelve a la Nación de todos los cargos formulados contra ella.

De la sentencia apeló el apoderado de la parte demandante y concedido el recurso se remitió el juicio a esta Sala en la que se surtió la segunda instancia para poner el negocio en estado de fallarlo. Entonces, "para mejor proveer", se profirió el auto de 5 de febrero de 1944 (folio 18 vto del c. número 3) por el cual se dispuso librar despacho al señor Juez 4º Superior de Bogotá para que informara si ya se había dictado sen-

tencia definitiva en la causa que allí se seguía contra Jesús María Caldas Montaña y José Manuel Bernal Rodríguez por la muerte de Elías Bonell y para que, en el caso de que tal fallo se hubiera proferido y se hallara debidamente ejecutoriado, se sirviera remitir copia de él a la Corte. El 15 de diciembre de 1945 informó el Juzgado que la causa en referencia se hallaba en traslado a los Jurados, por lo cual se ordenó que el negocio permaneciera en la Secretaría de la Sala. Posteriormente, el 7 de septiembre de 1948, y considerando que ya había mediado un tiempo suficiente para que la causa penal se hubiera decidido, se resolvió pedir al Juzgado nuevo informe al respecto pero no obstante los varios despachos que se libraron a esa y otras oficinas ninguna información pudo obtenerse pues dicho proceso seguramente fue destruído por el incendio del Palacio de Justicia el 9 de abril de 1948 y de él no había quedado copia ni constancia alguna. En vista de esto la Sala, por auto de 9 de octubre de 1951 (fl. 39 del c. número 3) dispuso remitir al Juzgado 4º Superior copia de varias diligencias, como los autos de proceder de primera y segunda instancia, que en copia habían sido aducidas en este juicio por la parte actora, para facilitar así la reconstrucción del proceso penal. Cumplido esto, y después de algún tiempo, se repitieron los despachos al Juzgado para que informara sobre el curso del negocio penal hasta que en oficio número 461 de 5 de diciembre de 1955 (fl. 49 del c. número 3) informó el Juzgado 5º Superior de esta ciudad que el precitado proceso penal contra Caldas y Bernal por el delito de homicidio en Elías Bonell, "fue fallado mediante sentencia de fecha 31 de julio de 1954, declarando prescrita la acción penal (artículo 153 del C. de P. P.), la cual fue confirmada por el H. Tribunal Superior de este Distrito, y se halla debidamente ejecutoriada". Han sido estas las causas por las cuales se ha aplazado hasta ahora la decisión de este negocio, en segunda instancia.

II

En primera instancia pidió el demandante, entre otras pruebas, que se librara despacho "al señor Magistrado del Tribunal Superior —Sala Penal— doctor Forero" a cuyo conocimiento se hallaba, por apelación, el proceso penal contra Jesús María Caldas y Manuel Bernal Rodríguez por el delito de homicidio en Elías Bonell, para que se expidiera copia de varias piezas entre ellas del auto de proceder. El señor Magistrado, por auto fechado el 27 de mayo de 1941 (fl. 3 vto. del c. número 2), se negó a ordenar la expedición de las copias porque no se había resuelto el recurso interpuesto contra el auto de proceder y, por tanto, el negocio estaba aún en la etapa sumaria y por lo mismo era de carácter reservado.

En esta segunda instancia, como queda dicho, adujo el demandante, en copia auténtica, varias de las piezas del proceso penal, como son: el auto de proceder dictado por el Juzgado 4º Superior el 20 de octubre de 1939, y el auto del Tribunal que lo revocó (enero 30/40); el nuevo enjuiciamiento, proferido el 17 de febrero de 1941 y la providencia del Tribunal (diciembre 12/41) que lo confirmó en parte; las diligencias de levantamiento del cadáver, autopsia, etc.; varias declaraciones y algunas indagatorias. De los proveídos calificatorios en mención se deduce que la investigación penal fue iniciada la misma noche del crimen, es decir la del 28 de mayo de 1939.

Se tiene así plenamente demostrado:

a) Que desde la misma noche del crimen se iniciaron las diligencias penales para averiguar la responsabilidad criminal por la muerte de Elías Bonell;

b) Que de la existencia de la acción penal tuvo conocimiento el Tribunal antes de proferir en este juicio su fallo, puesto que el auto por el cual negó el Magistrado doctor Forero la expedición de copia de algunas diligencias del proceso fue proferido el 27 de mayo de 1941, y la sentencia que decidió en primera instancia este negocio se dictó el 29 de noviembre del mismo año; y

c) Que según oficio traído al expediente el negocio fue fallado por prescripción, aun cuando no se ha traído a los autos copia auténtica de las sentencias y constancia de su ejecutoria.

III

El artículo 11 del C. de P. Penal dispone que "si se iniciare la investigación criminal y el fallo que corresponde dictar en la misma pudiera influir en la solución de la controversia civil o administrativa, ésta se suspenderá salvo disposición legal en contrario, hasta que se pronuncie auto de sobreseimiento o sentencia definitiva".

Comentando esta disposición dijo la Sala en auto de 24 de septiembre de 1946: "El artículo 11 del C. de P. P. está pregonando que si la actividad culposa origina dos clases de acciones los

juzgadores civiles o administrativos no pueden dictar fallos hasta que el proceso penal haya sido decidido. Goza así esta vía de prioridad, por ser más amplias las facultades de investigación de que están dotados los funcionarios de la rama penal, cuya misión es buscar la verdad real de los acontecimientos". (G. J. Tomo LXI, pág. 291).

Tiénese en efecto que la norma contenida en dicho artículo le da prioridad a la acción penal por ser más amplias las facultades de investigación que tienen los funcionarios de esa rama; y también porque pudiendo influir el fallo penal en la solución de la controversia civil o administrativa no se actuaría justamente decidiendo la acción civil sin esperar la decisión definitiva de la acción penal, decisión que, precisamente por esa mayor amplitud de las facultades de los jueces penales, puede contar con valiosos fundamentos procesales. De otra parte, el artículo 11 precitado tiende a evitar que se produzcan fallos contradictorios entre los jueces civiles y los jueces penales. De ahí que el legislador haya dispuesto la suspensión de la controversia civil o administrativa, suspensión que por sí sola inhibe al funcionario para decidir en el fondo el negocio, y de ahí también que si la suspensión no se decreta y el juzgador falla el juicio, se pretermite una de las formalidades de la primera instancia con grave quebranto de los ordenamientos procesales puesto que, de acuerdo con la Constitución el fallador para proferir sus decisiones, debe darle plena observancia a las formas propias de cada juicio y, como lo ha dicho la Sala, "resulta manifiesto que el previo pronunciamiento sobre la responsabilidad de orden penal para que pueda resolverse acerca de la responsabilidad en el orden civil, constituye una forma propia de este último juicio que debe observarse...".

Se ha visto que en este proceso se allegó a los autos, antes de que se profiriera el fallo de primera instancia, una comprobación (el auto del Magistrado de la Sala Penal, doctor Forero) de la existencia de la acción penal por la muerte del señor Elías Bonell, acción en la que estaban sindicados los mismos a quienes la demandante, en este juicio, señala como agentes del Gobierno (detectives) y autores materiales del homicidio; luego siendo así ostensible la posibilidad de la influencia del fallo penal en la controversia civil ha debido el Tribunal abstenerse de fallar hasta que la acción penal se hubiese decidido definitivamente. En estas condiciones resulta manifiesta la violación del precepto legal y siendo esto así se impone la revocatoria del fallo recurrido para que el Tribunal recabe y obtenga del Juzgado 5º Superior copia auténtica de los fallos por los cuales se declaró prescrita la acción penal según el oficio 461 de 5 de diciembre último, originario de dicho Juzgado, y una vez cumplido esto falle de nuevo el juicio.

En consecuencia se revoca la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 29 de noviembre de 1941 en el juicio civil ordinario de María Josefa Vargas v. de Bonell y otros contra la Nación y en su lugar se dispone que se devuelva el negocio a la oficina de origen para que se falle teniendo en cuenta las observaciones consignadas en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, publíquese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Aníbal Cardoso Gaitán — Luis Enrique Cuervo A. — Roberto Goenaga — Camilo Rincón Lara. Jorge García Merlano, Srio.

DOMICILIO CIVIL DE LAS PERSONAS

La aseveración que hace un individuo en un documento de ser vecino de cierto lugar no es por sí prueba suficiente de que dicho lugar sea su domicilio.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Roberto Goenaga)

El 20 de julio de 1954 falleció en la ciudad de Cartago la señora Cecilia Constaín v. de Salazar, después de haber otorgado por escritura número 4.195 de la Notaría 4ª de Medellín, fechada el 22 de mayo de 1951, su testamento, en el cual instituye como sus únicos herederos a sus hijos María Cecilia, Guillermo José, Olga, Lucía, Pablo Enrique, Jorge Hugo, Jaime, Elena, Mario y John Salazar Constaín, habidos en su matrimonio con el señor Pablo Emilio Salazar Rivera.

Consta en los autos que la extinta dejó como bienes patrimoniales suyos, una finca rural situada en jurisdicción del Municipio de Viterbo (Caldas), de la comprensión del Circuito de Apía, denominada "Samaria", compuesta de pastos, casas de habitación, sementeras y montes, que le fue adjudicada al liquidarse la sucesión de su marido. Dicha finca está avaluada en el Catastro en la cantidad de $ 584.500.00, según consta en la certificación de la Tesorería Municipal de Viterbo, visible al folio 8 del cuaderno número 2. Además, figuran como bienes de la causante algunas acciones en sociedades mineras y varios créditos personales.

El 31 de agosto de 1954, el doctor Bernardo Zuluaga E. presentó ante el Juez Promiscuo del Circuito de Apía petición para que éste declarase abierto el juicio sucesorio respectivo, en representación de los herederos Guillermo, Eduardo, John, Olga, Hugo, Jaime y Mario Salazar Constaín, "todos mayores de edad y vecinos de Cartago (Valle)", según se expresa en el poder visible al folio 18 del cuaderno número 1. En la demanda se declara que el último domicilio de la extinta señora Cecilia Constaín v. de Salazar fue la población de Viterbo.

Los herederos Lucía Salazar de Montoya y Enrique Salazar Constaín, por medio de apoderado, presentaron por su parte igual demanda ante el Juez Civil del Circuito de Cartago, repartimiento, con fecha 21 de octubre de 1954, que correspondía al Juzgado 2º.

Por auto de 1º de septiembre y 23 de octubre de dicho año, en su orden, los Jueces Promiscuo de Apía y 2º del Circuito de Cartago, declararon abierta la causa mortuoria de la señora Constaín v. de Salazar, e hicieron el reconocimiento de herederos en conformidad con las pruebas presentadas al respecto.

Así las cosas, el apoderado de Lucía Salazar de Montoya y Enrique Salazar Constaín, promotores del juicio en el Juzgado 2º Civil del Circuito de Cartago, estimando que la competencia para conocer de la causa mortuoria en referencia correspondía a dicho Juzgado y no al Promiscuo del Circuito de Apía, solicitaron se suscitase a este último la competencia positiva del caso, y se librase, de consiguiente el despacho inhibitorio previsto por la ley.

A dicho escrito acompañó el peticionario las declaraciones juradas de los señores Jesús María Correa, Luis Olivo Alvarez, Mario González, Anael Palomino y Fernando Congote E., vecinos de Cartago, quienes afirman de modo uniforme que conocieron de cerca a la causante señora Cecilia Constaín v. de Salazar, y que por ese conocimiento les consta que dicha señora tenía su domicilio en la ciudad de Cartago; copia de lo pertiente del testamento de que se ha hecho referencia, en el cual la otorgante dijo ser vecina de Cartago; y certificaciones expedidas por los Notarios 1º y 2º de dicha ciudad, de las cuales aparece que en las escrituras públicas números 850 de 7 de octubre de 1953 y 302 de 4 de febrero del mismo año, la causante hizo idéntica declaración con respecto al lugar de su domicilio. También acompañaron copia de la respectiva partida de defunción.

Con apoyo en estos documentos, el Juzgado 2º del Circuito de Cartago, en providencia de fecha 2 de noviembre de 1954, resolvió provocar la com-

petencia positiva solicitada y librar el despacho inhibitorio al Juez Promiscuo de Apía. (Fols. 1, 6 del c. número 2).

Dentro del término del traslado de que trata el artículo 418 del C. Judicial, los demandantes en el juicio promovido en Apía expresaron su total desacuerdo con las tesis sostenidas por el Juez 2º Civil del Circuito de Cartago, y pidieron al Juez Promiscuo de Apía se negara a aceptar la competencia positiva de que se trata.

En efecto, sostienen dichos interesados que si bien la extinta señora Constaín v. de Salazar estuvo residiendo algún tiempo en Cartago, y que allí tuvo lugar su fallecimiento, tal hecho se debió a motivos de salud, pues los médicos que la atendían le aconsejaron se trasladara de Viterbo a Cartago, pues en esta última ciudad podría recibir mejor asistencia médica. Alegan también que la señora Constaín v. de Salazar no poseía bienes de fortuna de ninguna naturaleza en Cartago, como se establece de la certificación del Tesorero Municipal de dicha ciudad, y que, en cambio, el único bien raíz de la sucesión, la hacienda "Samaria", de la cual derivaba la causante sus medios de subsistencia, se encuentra en jurisdicción de Viterbo. Alegan también estos interesados que los médicos que asistieron a la señora Constaín en su última enfermedad le aconsejaron su permanencia en Viterbo, prescripción que ella puso en práctica hasta el punto de hacer construir dentro de su hacienda, a inmediaciones del área de población, una casa-quinta, y que sólo cuando ya la enfermedad tomó caracteres de mayor gravedad, se procedió a trasladarla a Cartago.

De todos estos hechos deducen que, en definitiva, el centro principal de los negocios de la señora Constaín v. de Salazar fue la población de Viterbo y no la de Cartago.

En orden a acreditar los hechos así alegados, con el escrito de oposición fueron aducidas las comprobaciones siguientes: a) declaraciones juradas de los médicos Hernán Soto Echeverri, Alvaro Echeverri P., Arturo Congote y Antonio Agudelo Mejía, quienes afirman que la señora Cecilia Constaín v. de Salazar residió antes de su muerte en su propiedad denominada "Samaria", del Municipio de Viterbo; que allí la trataron como médicos durante largo tiempo; que dicha señora realizaba periódicamente viajes a Cartago con el fin de visitar a sus familiares residentes allí y luego emprendía su regreso a la expresada finca; que en alguna ocasión, de común acuerdo, le aconsejaron fijara definitivamente su permanencia en Viterbo, lugar que juzgaron más propicio para su restablecimiento, y que sólo ante la gravedad que revistió la enfermedad que padecía, ordenaron su traslado a Cartago; que la señora de Salazar hizo construir una casa de habitación en Viterbo con el ánimo de permanecer allí, de acuerdo con la indicación que le hicieron al respecto los nombrados facultativos. b) Certificado expedido por el Tesorero Municipal de Cartago, de fecha 15 de noviembre de 1954, donde consta que en el libro de contribuyentes al Impueso Predial de dicho Municipio, no figura la señora Cecilia C. v. de Salazar. (Fol. 10, cuaderno número 2).

El Juez requerido, en auto fechado el 25 de noviembre citado, y apoyado en las comprobaciones que se acaban de relacionar, decidió no aceptar la competencia positiva. Estima dicho funcionario que en los autos está ampliamente demostrado que la causante tuvo su último domicilio en Viterbo, donde residió con su familia; y que si hubiese de conceder que la extinta tuvo doble domicilio, en vista de su postrer traslado a la cuidad de Cartago, sitio de su fallecimiento, también está fehacientemente probado que el centro principal de sus negocios fue el municipio de Viterbo, donde tenía su habienda denominada "Samaria", de cuyos productos derivaba su subsistencia.

No satisfecho con las conclusiones anterories, el Juez 2º del Circuito Civil de Cartago, en providencia de 6 de julio de 1955, insiste en la competencia y, en consecuencia, dispuso enviar los autos a esta Sala de la Corte (atribución 1ª, artículo 38 C. Judicial), donde se ha dado al incidente el trámite que le corresponde.

En su vista, el señor Procurador Delegado en lo Civil considera que la competencia positiva propuesta corresponde al Juez 2º del Circuito de Cartago. La razón principal que lo lleva a tal concluhión es la de que en su concepto los testimonios en que se funda el Juez Promiscuo de Apía carecen de "originalidad, naturalidad y espontaneidad", toda vez que los declarantes "se limitan a contestar que es cierto el contenido de cada pregunta". De otro lado, encuentra convincente las reiteradas declaraciones hechas en vida por la causante a través de varios instrumentos públicos otorgados en Cartago y Medellín, en el sentido de que el lugar de su vecindad era la primera de dichas ciudades.

Para resolver se considera:

Cierto es que en las declaraciones presentadas al Juez 2º Civil del Circuito de Cartago se expresa en forma conteste que la señora Cecilia Constaín v. de Salazar residió por más de cinco años en dicha ciudad y que allí tuvo el asiento principal de sus negocios, y hasta se llega a afirmar que la extinta habitó en una casa situada en la calle 13 entre carreras 4ª y 5ª. No obstante, los testigos no explican suficientemente el modo como tuvieron conocimiento de tales hechos, ya que apenas dicen que mantuvieron relaciones de amistad con la causante y con sus hijos. Ninguno de los declarantes dice haber celebrado negocios con ella o presenciado su celebración.

En cambio, de los testimonios rendidos en el Juzgado Municipal de Cartago por los médicos, doctores Hernán Soto Echeverri, Alvaro Echeverri y Arturo Congote, quienes asistieron a la extinta señora de Salazar en su última enfermedad se demuestra que la causante tenía su residencia fija en Viterbo, en su hacienda Samaria, donde la acompañaban sus hijos Olga, Cecilia, Mario y Hugo Salazar Constaín; que periódicamente se trasladaba a Cartago con el fin de estar al lado de sus hijos residentes allí, pero que luego regresaba a Viterbo. Estos facultativos añaden otro detalle que convence más de su veracidad, y es el referente a la prescripción que de común acuerdo le hicieron a la señora Constaín de Salazar de permanecer en Viterbo, por ser éste un sitio más propicio para su restablecimiento; y que sólo cuando la paciente se agravó, ordenaron su traslado a Cartago, en vista de que en Viterbo se carecía de servicios médicos y hospitalarios.

Existe prueba en los autos de que la señora Constaín de Salazar no poseyó casa de habitación en Cartago; que su alojamiento de la calle 13 entre las carreras 5ª y 4ª de dicha ciudad, era en casa de su hija Olga Salazar de Montoya, propietaria de la casa número 4-82 de la calle 13 ya mencionada. (Certificado de la Tesorería Municipal de Cartago, fol. 9 del c. número 2).

De los mismos testimonios rendidos por los médicos de cabecera de la señora Constaín v. de Salazar, ya referidos; del rendido por el doctor Antonio Agudelo Mejía, médico que también prestó sus servicios por largo tiempo a dicha señora; de las declaraciones de otros vecinos de Viterbo, señores Jesús Ernesto Aulestia, Juan Marulanda y Alfonso Durán; y de la certificación expedida por el Alcalde de la misma población, se comprueba que la extinta hizo construir una casa-quinta en los alrededores de Viterbo para residir en ella, obedeciendo al consejo de los prenombrados médicos, según el cual era en ese lugar donde podía conservar en mejores condiciones su salud. Los testigos últimamente nombrados afirman que la señora de Salazar tuvo su residencia en Viterbo en compañía de sus hijos Olga, Cecilia, Mario y Hugo.

Todos estos detalles acerca de las actividades de la señora de Salazar son, en sentir de este Despacho, de mayor elocuencia en la demostración de la real vecindad de la causante antes que la simple alusión al hecho de haber mantenido relaciones de amistad con aquélla y con sus hijos.

Por otra parte, es incuestionable que "la aseveración que hace un individuo en un documento de ser vecino de cierto lugar no es por sí prueba suficiente de que dicho lugar sea su domicilio". Así lo expresó la Corte en auto de 22 de marzo de 1896 (GACETA JUDICIAL, Tomo XVII, pág. 279). De tal suerte que la prueba de que la señora de Salazar hubiese dejado expresado en su testamento y en otros instrumentos públicos por ella otorgados, que era vecina de Cartago, no es prueba concluyente de que, en verdad, su domicilio civil fuera ese y no otro.

Dice el artículo 81 del C. Civil que "el domicilio civil no se muda por el hecho de residir el individuo largo tiempo en otra parte, voluntaria o forzadamente, conservando su familia y el asiento principal de sus negocios en el domicilio anterior...".

En sentir de la Sala, es este el caso que se contempla en el presente juicio. La señora Constaín v. de Salazar vivía en Viterbo, jurisdicción del Circuito de Apía; allí radicaban todos sus bienes inmuebles; allí tenía su casa de habitación; periódicamente viajaba a Cartago, donde aún residen algunos de sus hijos, y se alojaba en casa de su hija Olga Salazar de Montoya, para emprender luego su regreso a Viterbo. Pudo haber ocurrido que los lapsos de residencia en Cartago alcanzaran a un año o más tiempo, pero se llegó un momento en que los médicos que la asistían estimaron necesario que permaneciera en Viterbo, prescripción que atendió hasta que fue indispensable llevarla a Cartago, donde tuvo lugar su deceso. Quiere decir esto, que el domicilio primitivo de la señora Salazar fue siempre el municipio de Viterbo y que, por tanto, si ella pasó algunas temporadas en Cartago con sus hijos residentes allí, esta circunstancia no pudo ser parte a la mudanza de su domicilio que era indudable-

mente el lugar donde estaban sus bienes, o sea el municipio de Viterbo.

Por último, está demostrado con pruebas irrecusables, que la señora de Salazar no poseía bienes de ningún género en jurisdicción del municipio de Cartago.

De todo lo dicho se deduce que no solamente no existe en el presente negocio el caso de doble domicilio del causante, sino que está palmariamente demostrado que la señora Cecilia Constaín v. de Salazar no tuvo domicilio distinto del municipio de Viterbo.

En consecuencia se resuelve: Es el Juzgado Promiscuo de Apía el competente para conocer del juicio de sucesión de la señora Cecilia Constaín v. de Salazar, a que se ha venido haciendo referencia.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL, comuníquese a los Jueces 2º Civil del Circuito de Cartago y Promiscuo del Circuito de Apía, y envíense los autos a este último.

Aníbal Cardoso Gaitán — Luis Enrique Cuervo A. — Roberto Goenaga—Camilo Rincón Lara. Jorge García Merlano, Secretario.



INEXISTENCIA DE UN CONTRATO ADMINISTRATIVO POR HABERSE OMITIDO EL REQUISITO DE LA REVISION POR EL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. — ALCANCE DE LAS ATRIBUCIONES DADAS A LOS GOBERNADORES POR EL ARTICULO 1º DEL DECRETO 3523 DE 1949, DURANTE EL ESTADO DE SITIO.—LA REGLA "NEMO AUDITUR PROPIAM TURPITUDINEM ALLEGANS". — CONCEPTO DEL ORDEN PUBLICO

1—El artículo 1º del Decreto Extraordinario 3523 de 1949 sólo tuvo en cuenta autorizar a los Gobernadores, mientras subsista el estado de sitio, para dictar providencia y ejecutar actos encaminados al fin de conservar y lograr la normalidad administrativa en el territorio departamental, pero sin que ello implique dispensar del cumplimiento de los requisitos comunes sobre revisión de los contratos administrativos por los tribunales de la misma rama.

2—El documento mediante el cual se quiso hacer constar el contrato que obligara al departamento no fue sometido a la revisión del Tribunal Contencioso Administrativo, conforme a lo prevenido en los artículos 53 y 260 de la Ley 167 de 1941. Falta un requisito indispensable para la perfección del acto mediante el cual emite una entidad de derecho público, como persona jurídica, su voluntad para quedar obligada. Es decir, que aquí no se ha probado la obligación porque no está probado el contrato que es su fuente. Y aunque parece repetición innecesaria no está probada esa fuente de obligaciones, llamada contrato, porque, según lo observó la Corte es doctrina de la jurisprudencia colombiana y de los expositores de derecho administrativo, que los contratos de este tipo celebrados por el Estado y demás entidades de derecho público, son hechos complejos sometidos a formalidades AD SUBSTANTIAM ACTUS y no simplemente AD PROBATIONEM. Si la falta del requisito sustancial no deja surgir a la vida jurídica el hecho o acto que es causa eficiente de la obligación, menos puede estar probada. Como la compraventa de bienes raíces no se acredita mediante documento privado, sino que siempre es indispensable la escritura pública, y como tampoco se acredita la existencia de una sociedad mercantil la cual exige perentoriamente ese instrumento para su formación y prueba.

3—No hay ninguna relación entre la necesidad de mantener el orden público y el fomento de la venta de licores producidos por la fábrica del Departamento.

4—Se quiere hacer respetar la ley que obliga a someter los contratos que valgan más de cinco mil pesos a la revisión del respectivo Tribunal Administrativo, cuando por la índole de sus estipulaciones no aparezca claramente que se trata de negocios cuya celebración hace necesaria algún motivo de conservación o restablecimiento del orden público. Entendiendo por esta expresión no el orden público que limita la libre estipulación de los contratos entre particulares sino el funcionamiento normal de las autoridades legítimamente constituídas.

Sin embargo, la misma doctrina común en derecho civil colombiano advierte que en el primer concepto de orden público queda incluído el régimen resultante de las normas del derecho público, algunas de las cuales rigen precisamente la celebración y perfeccionamiento de los contratos administrativos, y a ellos pertenece la formalidad exigida por los artículos 53 y 260 de la Ley 167 de 1941.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, tres de febrero de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado ponente doctor Luis Enrique Cuervo A.)

Los señores Horacio Manjarrés y Leopoldo Delgado Barreneche pretenden haber celebrado con el Departamento del Magdalena un contrato sobre agencia exclusiva para la distribución y venta de productos de la fábrica de licores de Santa Marta en los territorios del Atlántico y de Bolívar; conforme a estipulaciones de un documento firmado en dicha ciudad el 29 de noviembre de 1950, habiendo comparecido a nombre del Departamento el señor Administrador General de Rentas encargado de la Secretaría de Hacienda, autorizado por el señor Gobernador.

Como base del contrato se invocó el Decreto extraordinario número 657 dictado por la Gobernación el 21 de septiembre de 1950, haciendo constar en el texto del documento (Folios 15 a 17 del cuaderno de pruebas del demandante), que el departamento no lo sometía a la consideración del H. Tribunal de lo Contencioso Administrativo, "en virtud de que éste se ha declarado sin competencia para revisar los contratos celebrados en desarrollo de decretos extraordinarios".

A cargo del demandado figura la obligación de "no vender los mismos productos ni conceder otras agencias en los territorios asignados a los agentes o distribuidores...". Se señaló como duración al pacto el plazo de tres años, prorrogable indefinidamente si una de las partes, con anticipación no inferior a noventa días, no manifestaba a la otra por escrito su voluntad de cancelar" así reza la cláusula sexta.

El 12 de noviembre de 1951 el Secretario de Hacienda del Departamento, autorizado por el señor Gobernador quien era entonces don Manuel J. del Castillo, celebró otro contrato aprobado también por el mismo Gobernador, con los señores Carlos M. Armella y Margot González de Armella, por el cual concedía a éstos la agencia exclusiva para la venta y distribución de los productos de la misma fábrica de licores de Santa Marta en los territorios de los mismos departamentos del Atlántico y de Bolívar, con la misma estipulación de plazo de tres años y prórroga indefinida, que se hizo constar en el documento a favor de los señores Manjarrés y Delgado Barreneche.

Existen algunas diferencias sobre la cantidad de las compras que se obligaban hacerle al departamento unos y otros contratistas así como también un mayor plazo para el pago de las ventas a crédito en favor de los señores Armellas.

Sintiéndose lesionados en sus intereses los primeros, es decir los señores Manjarrés y Delgado Barreneche, instauraron un juicio civil ordinario contra el departamento del Magdalena para que se declarara que éste estaba obligado a cumplir con el contrato de 29 de noviembre de 1950, y que debía ser condenado a pagar a los demandantes los perjuicios materiales y morales que alegaron haber sufrido por causa del incumplimiento de la parte demandada.

La demanda se le dio en traslado al abogado del departamento a quien le habían conferido mandato judicial el señor Gobernador, siendo de anotar con extrañeza que dicho abogado no contestó la demanda ni devolvió el proceso por lo cual fue necesario que a petición de los demandantes se le requiriera según auto del 13 de septiembre de 1952, requerimiento que no surtió efectos, dando lugar a disponer, con el fin de continuar el juicio, que la Secretaría expidiese copia del libelo de demanda, después de declarar al abogado del Departamento incurso en al multa con que se le conminó.

El juicio se abrió a prueba, se recibieron las que pidió el actor y, citadas las partes para sentencia, el Tribunal profirió la de primera instancia con fecha 27 de noviembre de 1954 en la cual encontró probados los hechos fundamentales de la demanda y resolvió declarar al departamento del Magdalena civilmente responsable, por la violación del contrato que alegaron los demandantes, condenándolo a pagar los perjuicios materiales causados a éstos con el incumplimiento del contrato, pero dejando la determinación de su cuantía sometida al trámite del artículo 553 del código de procedimiento civil.

La sentencia se notificó y el representante del departamento apeló en el acto de tal diligencia. De ahí que el negocio hubiera llegado a la Corte donde se tramitó la segunda instancia, recibiéndose los alegatos de las partes, quienes fueron citadas para sentencia definitiva el 18 de agosto último.

SE CONSIDERA:

Ante todo la Sala no puede pasar en silencio la irregularidad en que incurrió el señor abogado del Departamento, consistente no sólo en abstenerse de contestar la demanda, sino también en dejarse conminar con multa para la devolución del expediente, sin que esto hubiera sido eficaz para obtener, al menos por respeto al Tribunal, el acatamiento de la orden que se le dio para que devolviera el proceso. — Si en los abogados que representan menos intereses de particulares, esta conducta es completamente reprobable, mu-

cho más debe serlo tratándose de quienes representan los intereses de las entidades de derecho público, llamadas a dar el ejemplo de corrección y observancia de la ley en todo.

En la segunda instancia el señor abogado que lleva la voz del departamento, aduce ante la Corte la falta de revisión por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Magdalena, con el fin de declarar, si el contrato en proyecto con los señores Manjarrés y Delgado Barreneche, se ajustaba a las autorizaciones legales.

Este punto es de obligada consideración previa, pues de la solución que se le encuentre, dependerá si se puede pasar al fondo del negocio, o si bastará la falla anotada para revocar la sentencia que ha sido materia de la apelación.

Hace poco, en sentencia de 1º de abril de 1955, esta Sala al decidir sobre el juicio entablado por el señor ingeniero don Francisco Múnera contra el Departamento del Chocó, estudió la necesidad de someter estos contratos a la revisión del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, conforme a lo dispuesto por los artículos 53 y 260 de la Ley 167 de 1941; entonces se dijo:

"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... 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" (G. J. número 2153, págs. 155 y ss.).

Como se hizo notar en el capítulo anterior, el propio texto del documento mediante el cual se quiso celebrar el contrato que ha dado origen al pleito, expresa que el Departamento se abstenía de someter el negocio a la revisión del Tribunal Administrativo, aduciendo la razón de que éste había venido declarándose incompetente para revisar los contratos celebrados en desarrollo de Decretos Extraordinarios. Y el que se tuvo intención de aplicar para prescindir de dicha revisión, lo cita el señor apoderado de la parte demandante en la segunda instancia diciendo que es el Decreto Extraordinario número 3523 de 1949, cuyo artículo 1º es del siguiente tenor :

"Mientras subsista el estado de sitio los gobernadores tienen, además de las facultades que les corresponden como agentes del órgano ejecutivo y jefes de la Administración Seccional, de acuerdo con la Constitución y las leyes, la de dictar todas las providencias que estimen necesarias para mantener el orden público en el departamento y coadyuvar a mantenerlo en el resto de la República. En consecuencia, podrán sin sujetarse a las ordenanzas vigentes, crear empleos, proveerlos... y ejecutar los demás actos que juzguen indispensables con el fin indicado y con el de conservar y lograr la normalidad administrativa en el territorio de su jurisdicción".

Conocida esta disposición, cuyo contenido, alcance y fines son perfectamente claros, es indiscutible que ella sólo tuvo en cuenta autorizar a los Gobernadores, mientras subsista el estado de sitio, para dictar providencias y ejecutar actos encaminados al fin de conservar y lograr la normalidad administrativa en el territorio departamental, pero sin que ello implique dispensar del cumplimiento de los requisitos comunes sobre revisión de los contratos administrativos por los tribunales de la misma rama. Además, puede preguntarse qué relación habría entre la necesidad de mantener el orden público etc., y el fomento de la venta de licores producidos por la fábrica del departamento del Magdalena.

Es cierto que los licores debían venderse, o mejor, que el proyectado contrato buscaba crear una agencia de ventas de tales licores, no en el territorio del departamento del Magdalena sino en los territorios de los departamentos del Atlántico y de Bolívar; pero aún así no se ve qué relación pueda tener el restablecimiento del orden con el consumo de productos alcohólicos los cuales, como se sabe, están destinados en proporción mucho mayor a la bebida que a los usos antisépticos. Al hacer estas reflexiones casi se corre el peligro de incurrir en humorismo barato, porque el consumo de licores, lejos de facilitar el restablecimiento del orden o el de mantenerlo, tiene desventuradamente los efectos contrarios. Luego es indiscutible que la autorización del Decreto extraordinario número 3523 de 1949, en manera alguna permitía prescindir de la revisión

del contrato por parte del tribunal de lo contencioso administrativo.

En el fondo, esto fue lo mismo que ocurrió en el caso del contrato que celebró el ingeniero Múnera con el departamento del Chocó, pero con la diferencia de que éste nada tuvo que ver con el consumo de productos alcohólicos. Y la Sala ha de ser consecuente con las disposiciones legales que rigen para ambas hipótesis y en esta con mayor fuerza se ve obligada a aplicar la misma regla o norma.

Es verdad que la conducta del departamento juzgada con arreglo a la más elemental ética comercial no puede justificarse; más aún; es francamente censurable. Pero ello no alcanza a remediar la falla grave y sustancial que se anota en la prueba del interés que sirve de base a la acción.

Y aunque es muy respetable el argumento del señor abogado de la parte demandante, quien le replica al apoderado del departamento, prevaliéndose aquél de la conocida máxima "**Nemo auditur propriam turpitudinem allegans**", debe proponer la Sala dos consideraciones que no permiten que aquel argumento prospere, a saber:

a) La relativa a la conducta del departamento en cuanto se abstuvo de someter el contrato a la revisión del Tribunal de lo Contencioso;

b) La tocante con el origen y aplicación de la máxima **Nemo auditur**, en derecho colombiano.

a) En cuanto a la primera cuestión, muy distinto hubiera sido que el departamento y los contratistas, no obstante tener conocimiento de decisiones anteriores en que el Tribunal Administrativo de Santa Marta se hubiera declarado incompetente para hacer la revisión prevenida por la Ley 167 de 1941, hubieran corrido el riesgo de someter el contrato a la mencionada revisión. Entonces sí, si el Tribunal hubiera resuelto declararse impedido o incompetente para realizar tal revisión y su fallo se hubiera ejecutoriado, nada habría que objetar por estarse en presencia de una resolución judicial o, mejor dicho, emanada de la rama jurisdiccional del poder público. Habría una especie de cosa juzgada y, por tanto, hubiera actuado plenamente la presunción que el derecho clásico derivaba de esta figura procesal: **res judicata pro veritate accipitur.** Pero como el documento mediante el cual se quiso hacer constar el contrato que obligara al departamento no fue sometido a la revisión del Tribunal, falta un requisito indispensable para la perfección del acto mediante el cual emite una entidad de derecho público, como persona jurídica, su voluntad para quedar obligada. Es decir, que aquí no se ha probado la obligación porque no está probado el contrato que es su fuente. Y aunque parece repetición innecesaria no está probada esa fuente de obligaciones, llamada contrato, porque, según lo observó la Corte es doctrina de la jurisprudencia colombiana y de los expositores de derecho administrativo, que los contratos de este tipo celebrados por el Estado y demás entidades de derecho público, son hechos complejos sometidos a formalidades **ad-substantiam actus** y no simplemente **ad probationem.** Ahora bien, si la falta del requisito sustancial no deja surgir a la vida jurídica el hecho o acto que es causa eficiente de la obligación, menos puede estar probada. Como la compraventa de bienes raíces no se acredita mediante documento privado, sino que siempre es indispensable la escritura pública, y como tampoco se acredita la existencia de una sociedad mercantil la cual exige perentoriamente ese instrumento para su formación y prueba.

b) Estudiando la Sala si es aplicable, o no, a este pleito la regla **nemo auditur,** encuentra varias razones que conducen a la negativa. Porque, en primer lugar, el artículo 1742 del Código Civil, que hubiera sido el pertinente por analogía, está subrogado por el artículo 2º de la Ley 50 de 1936; aquel texto decía que la nulidad absoluta no podía alegarse por quien hubiera ejecutado el acto o celebrado el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, y una antigua doctrina fundada en dicho texto explicaba que el motivo para no admitir la demanda de nulidad de la persona que hubiera ejecutado el acto o realizado el contrato a sabiendas del vicio que lo invalidaba, era precisamente la regla de que a nadie se le debe oír cuando alega su propia inmoralidad. Mas esa doctrina se ha rectificado principalmente por el hecho de que la Ley 50 de 1936 hubiera levantado la restricción para alegar la nulidad, consagrada en el artículo 1742 del código civil, pues la citada ley es muy clara en cuanto consagra la norma de que la nulidad absoluta puede ser alegada por todo el que tenga interés en ello. También la reforma permite que las partes ratifiquen la nulidad absoluta cuando ella no tiene su origen en objeto a causa ilícitos.

De otro lado, según lo explica el profesor G. Ripert en su célebre obra **La Regla Moral en las Obligaciones Civiles** (números 104 a 110, inclusive), la regla **nemo auditur** solo tiene cabida cuando hay que negar a un litigante el beneficio del

comercio jurídico por causa de su indignidad, es decir, cuando con la celebración del contrato se han violado las reglas de la moral. Observa Ripert que la máxima fue elaborada por la antigua jurisprudencia sin fundamento en textos positivos del derecho francés, sino directamente derivándola de la doctrina del derecho romano que consagró el principio de que no se puede repetir lo pagado indebidamente por causa u objeto ilícitos. Los textos clásicos se limitaron a expresar que cuando había una especie de compensación entre la indignidad del demandante y la del demandado cesaba el derecho de repetir. (**In pari turpitudinem causa cessat repetitio**).

Adelante anota el mismo autor que el código de Napoleón tampoco la consagró de manera expresa, a diferencia de varios códigos extranjeros que sí lo hacen, y aunque no cita el nuestro, muy a propósito es recordar que el artículo 1525 reza así: "no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas".

Ahora bien: como en este pleito no llega a descubrirse indignidad o inmoralidad en el objeto del contrato que se proyectó entre los señores Manjarrés y Delgado Barreneche por una parte, y el departamento del Magdalena por la otra, resulta imposible aplicar la regla clásica como lo pretende el apoderado de los primeros. Esto no quiere decir que la Corte encuentre ajustada a la ética comercial el proceder del departamento cuando sin empacho alguno procedió a celebrar con otras personas el mismo pacto que había pretendido acordar con los demandantes y, desde luego, sin la intención de desconocer el primer contrato por causa de la falla que aquí vino a ponerse al descubierto.

No sobra repetir que ahora no se está en presencia de una acción de nulidad o de una excepción de la misma clase, fundada cualquiera de las dos en objeto o causa ilícitos. El problema es más simple pero también más categórico: solamente se busca hacer respetar la ley que obliga a someter los contratos que valgan más de cinco mil pesos a la revisión del respectivo Tribunal Administrativo, cuando por la índole de sus estipulaciones no aparezca claramente que se trata de negocios cuya celebración hace necesaria algún motivo de conservación o restablecimiento del orden público. Entendiendo por esta expresión no el orden público que limita la libre estipulación de los contratos entre particulares sino el funcionamiento normal de las autoridades legítimamente constituídas.

Sin embargo, la misma doctrina común en derecho civil colombiano advierte que en el primer concepto de orden público queda incluído el régimen resultante de las normas del derecho público, algunas de las cuales rigen precisamente la celebración y perfeccionamiento de los contratos administrativos, y a ellos pertenece la formalidad exigida por los artículos 53 y 260 de la Ley 167 de 1941. Dicha formalidad se explica porque quienes representan a las entidades que aquellos contratos celebran, no están manejando intereses particulares sino de la comunidad. De ahí que deba reconocerse el sometimiento o sujeción de la utilidad privada ante la utilidad pública, tal como lo define la Constitución, con la consecuencia de que en el caso de autos el derecho de los demandantes fundado en su utilidad privada cede ante la necesidad de reconocer el imperio de aquellas normas de derecho público que aquí no tienen excepción; sin que tampoco pueda extremarse la aplicación de esta norma hasta el punto de desconocer otros derechos de los demandantes, a pesar de que ellos no puedan ventilarse en este juicio, según se explicará después.

No es inoficioso aclarar que la Corte entiende, mediante la solución que le da al litigio, cuidarse muy bien de pronunciar la nulidad del contrato, pues en realidad lo que ha pasado es que él no llegó a cobrar existencia, según los principios del derecho público, no según los principios del derecho privado, y por hecho o culpa del departamento.

Esta afirmación es tanto más exacta si se tiene en cuenta que los agentes representantes de la entidad de derecho público tienen al mismo tiempo el carácter de autoridades y a ellas más que a nadie se les puede exigir que apliquen la ley cuya ignorancia no tiene excusa. Es verdad que los contratistas hubieran podido negarse a aceptar el contrato sin el requisito de la revisión por el Tribunal de lo contencioso, pero no lo es menos que a ellos no correspondía la iniciativa en el cumplimiento de la ley. A lo que se agrega que su falta de aplicación dejó al departamento desvinculado de los contratistas, o mejor de los proyectados contratistas, porque no llegó a formarse la fuente de la obligación, de acuerdo con lo que se ha estudiado. Y como sería francamente inmoral que el no cumplimiento de la ley por parte de los agentes del departamento se tradujera en provecho para éste y en perjuicio para los demandantes, la solución justa, fuera de la máxima **nemo auditur** se encuentra reconociendo que el departamento no puede aprovecharse de esa situación en perjuicio de los demandantes, pero

que éstos se equivocaron al elegir la acción, porque no es la proveniente del contrato, como quiera que no llegó a cobrar existencia, sino la que resulta de otros hechos extracontractuales. Por esto se impone dejar a salvo la acción de los demandantes para reclamar en juicio distinto los derechos que ellos crean tener, los cuales, desde luego, no se derivan del contrato sino de otras fuentes.

SENTENCIA

En mérito de las consideraciones que preceden, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA la sentencia apelada y en su lugar resuelve:

1º—No está probado el contrato de donde pretenden derivar su interés jurídico los demandantes y por ello no se pueden decretar las peticiones de la demanda;

2º—Queda a salvo la acción de los demandantes para reclamar de la parte demandada cualquier derecho proveniente de otras fuentes distintas del contrato que no llegó a perfeccionarse.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y oportunamente devuélvase el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán — Luis Enrique Cuervo A. — Roberto Goenaga — Camilo Rincón Lara — Jorge García Merlano. Secretario.

SE CONDENA A LOS FERROCARRILES NACIONALES POR RESPONSABILIDAD EN SINIESTRO FERROVIARIO—CONCURRENCIA DE CULPAS. — DEFICIENCIA PROBATORIA EN RELACION CON LOS PERJUICIOS MATERIALES SUFRIDOS POR LAS VICTIMAS DEL ACCIDENTE

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, febrero seis de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

En las horas de la mañana del día veintitrés deoctubre de 1948, en el punto en donde se cruzan la carrilera del Ferrocarril del Pacífico, kilómetro 200, con la calle 20 de la ciudad de Palmira, departamento del Valle, la locomotora número 75 arrolló violentamente el camión Chevrolet, tipo estacas, modelo 1946, de dos y media toneladas, en el cual viajaban Ciro Sinisterra Amézquita, Ignacio Sinisterra y Enrique Ramos Valdés, el primero de los cuales falleció en el acto y el segundo resultó con graves lesiones. Se atribuyen las causas de este hecho a imprudencia del maquinista por conducir el tren, de numerosos carros de carga, a excesiva velocidad dentro del perímetro urbano; a no haber hecho pitar la locomotora en forma reglamentaria, existiendo allí el paso a nivel por donde transitan peatones y vehículos, y a la falta de cadenas o guardavías en ese sitio.

Estos hechos, relatados aquí en forma sucinta, dieron origen a la demanda que Ignacio Sinisterra y Raquel Amézquita de Sinisterra promovieron contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, para que en sentencia definitiva se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

"a) Que la Nación Colombiana, representada por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, y éste a su vez por su Administrador General, doctor Alvaro Guerrero, mayor y vecino de Bogotá, es responsable civilmente por la muerte violenta que en accidente ferroviario sufrió el señor Ciro Sinisterra Amézquita, y por las lesiones orgánicas permanentes que también sufrió el señor Ignacio Sinisterra M., en las horas de la mañana del día 23 de octubre de 1948, en la ciudad de Palmira (Departamento del Valle del Cauca).

"b) Que a consecuencia de esa responsabilidad civil la mencionada entidad demandada está obligada a pagar, seis días después de ejecutoriado el fallo definitivo, a los señores Ignacio Sinisterra M. y Raquel Amézquita de Sinisterra, en su carácter de padres legítimos de Ciro Sinisterra A., y representantes también de la sucesión intestada del mismo señor Ciro Sinisterra A., y al señor Ignacio Sinisterra M. por las lesiones orgánicas permanentes que éste sufrió en el accidente ferroviario, tanto los perjuicios materiales como los morales que éstos han sufrido y siguen sufriendo, a consecuencia de la muerte violenta y accidentada de Ciro Sinisterra A., y las lesiones del señor Ignacio Sinisterra M., por perjuicios materiales que estimo en $ 100.000.00 y los morales en $ 4.000.00. Subsidiariamente que el valor de los perjuicios se liquide en el incidente previsto en el artículo 553 del C. Judicial".

El demandante apoya tales peticiones en los artículos 2341 y demás pertinentes del C. Civil y otros del C. Judicial.

Acompañó a la demanda las siguientes pruebas: a) partida de matrimonio de los demandantes, y de nacimiento y defunción de Ciro Sinisterra; b) acta de autopsia del cadáver de Ciro Sinisterra y reconocimientos médico-legales de Ignacio Sinisterra; c) certificado sobre la matrícula del camión a nombre de Ignacio Sinisterra en 1948; d) informe del señor Pedro Daza, técnico de la Inspección de Circulación y Tránsito de Palmira sobre el accidente; e) declaraciones extrajudiciales rendidas por Nicanor Rentería y Anselmo Hernández Lenis sobre el mismo accidente; f) diligencia de inspección ocular extrajudicial con intervención de peritos sobre los daños del camión; g) declaraciones extrajuicio de los señores Luis Ibáñez, Hernando Cuadros, Miguel Sandoval y doctor Camilo Becerra Pinillos acerca de las capacidad económica del fallecido

Sinisterra y la ayuda que prestaba a su madre; b) poder para ejercitar la acción.

Corrido el traslado de la demanda al Administrador de los Ferrocarriles Nacionales, éste por conducto de apoderado la contestó admitiendo los hechos acreditados con documentos y manifestando no constarle los demás; propuso la excepción perentoria de fuerza mayor o caso fortuito, consistente en que, de acuerdo con el informe del Técnico de la Oficina de Circulación de Palmira y diligencias extrajudiciales que se presentaron, el accidente se debió a la circunstancia de que el camión se apagó al momento de cruzar la carrilera, sin que al conductor le hubiera sido posible ponerlo en movimiento; de tal manera que, debido a esto, el maquinista que llegaba con el tren a la estación no pudo prever las consecuencias ni evitarlas "aunque hubiera hecho lo humanamente posible por aminorar la marcha del tren".

Dentro de la etapa probatoria del juicio, por petición del demandante, se decretaron varias pruebas, pero tan sólo se hizo practicar, en relación con el choque mismo, la ratificación del informe del Técnico de la Inspección de Circulación. Sobre los demás aspectos se produjeron las siguientes: ratificación del acta de autopsia y de los reconocimientos médico-legales, y de los testimonios sobre la capacidad económica de la víctima y relación de la misma índole con sus padres.

El Tribunal Superior de Pereira, una vez agotado el trámite pertinente del juicio, dictó el fallo de fecha 30 de julio de 1954 absolviendo a la entidad demandada de los cargos formulados. Apelado dicho fallo por el apoderado de los demandantes, los autos vinieron a la Corte, donde se ha surtido el trámite de la segunda instancia, habiéndose practicado dentro de él una inspección ocular pedida por el apoderado de los Ferrocarriles Nacionales, con asistencia de peritos, y traído a los autos solamente el alegato de conclusión de la misma parte. Encontrándose el juicio en estado de recibir sentencia definitiva se procede a dictarla.

En ausencia de las razones que haya tenido el señor apoderado de la parte demandante para apelar del fallo, ya que ninguna intervención suya aparece en esta etapa del proceso, la Sala pasa a examinar los fundamentos del fallo del Tribunal para verificar si el análisis de los medios probatorios que allí se hace es completo y su calificación se ajusta a derecho.

Observa el Tribunal fallador que la única prueba que existe en los autos sobre los detalles del accidente y las causas que lo originaron es el informe del técnico de la Inspección de Tránsito de Palmira, ya que las declaraciones rendidas extrajuicio sobre el mismo punto no fueron ratificadas y por tanto no pueden estimarse por el juzgador. Tal informe dice:

"En relación con el accidente de tránsito ocurrido en esta ciudad el 23 de octubre del presente año, día sábado como a las diez de la mañana, entre el camión de propiedad del señor Ignacio Sinisterra y la locomotora número 75 y como técnico de la Inspección Municipal de Palmira, expongo lo siguiente: El accidente ocurrió en esta ciudad en la línea férrea, en el kilómetro 200, con la calle 20, según la nomenclatura actual que tiene la población.

"Que el accidente fue entre el camión del señor Ignacio Sinisterra, el cual se encontraba sin las respectivas placas, sino únicamente con un tránsito libre, aclarando que por este concepto de placas había pagado el impuesto respectivo, por no haberlas en la Tesorería Municipal, y la locomotora número 75, que viajaba de Norte a Sur, y el camión viajaba en dirección de oriente a occidente.

"Que en la calle 20, sitio donde ocurrió el accidente, o sea en el paso a nivel, no hay cadena del ferrocarril como lo está en la calle 14, es decir por donde pasa el río Palmira, pues en dicho sitio, sí está o mejor dicho ha puesto el Ferrocarril del Pacífico la cadena respectiva con el fin de evitar cualquier accidente.

"Que ya en el lugar de los hechos pudo constar (sic) personalmente de que del kilómetro 200 al 201 no había huellas de ninguna clase en los rieles de que la máquina hubiera aplicado los frenos de rigor.

"Constaté también que el sitio donde la máquina arrolló el vehículo y lo llevó encima de la trompa de la misma máquina hasta unos ciento sesenta metros más o menos, es decir donde paró la máquina, sí había huellas en los rieles, las cuales se encontraban frescas, pues en varios rieles había levantado pedazos de acero en forma de descarachado, o sea estaban los impactos.

"Que el vehículo, o sea el camión, cuando llegué al lugar de los acontecimientos estaba cuadrado en la calle diez y ocho (18), encima de la trompa de la máquina...

"Que al motorista del camión se le apagó dicho vehículo al pasar la carrilera, pues según su propia manifestación, éste hizo todo esfuerzo por

prenderlo y seguir su marcha, pero con tan mala suerte que no alcanzó a hacerlo, pues el motorista como no podía prender el carro les gritó a los demás pasajeros que se bajaran.

"Esto comprueba que el maquinista no le aplicó los frenos a la máquina con anterioridad, sino después de que cogió el camión y lo llevó encima de la trompa hasta la calle diez y ocho, donde vino a parar la máquina.

"En esta forma dejo rendido el presente informe o dictamen. El Técnico, Pedro Daza D." (fs. 11 v. y 12 del cuaderno número 1).

Los hechos que se desprenden de este informe son: que al llegar al sitio del accidente el técnico encontró la locomotora parada en la vía férrea a la altura de la calle 18, y encima de ella, en la trompa, el camión accidentado; y que habiendo procedido a hacer un examen de la carrilera observó que no había huella de que la locomotora hubiera frenado en el trayecto comprendido entre el kilómetro 201 y 200, es decir, el anterior al sitio donde se produjo el accidente, y que sí las había de este último sitio hasta el lugar en donde halló la máquina parada. También que en el paso a nivel del kilómetro 200 y la aludida calle 20 donde ocurrió el choque, no hay cadena o señal alguna que impida a los peatones o automovilistas atravesar la vía cuando se acercan o pasan las máquinas o trenes del ferrocarril.

A este informe técnico de la Inspección de Tránsito debe dársele pleno crédito acerca de su contenido, como documento auténtico que es, y por consiguiente, de él ha de deducirse que el tren que llegaba a Palmira atropelló el camión que en ese momento cruzaba la vía férrea, pues tal hecho se infiere necesariamente de la circunstancia de haber encontrado el funcionario dicho tren detenido y encima de la locomotora el camión atropellado, unido esto a la comprobación directa de la existencia de las huellas que dejó el tren por acción de los frenos, en un trayecto de ciento sesenta metros después del choque.

Pero fuera del dictamen hay otros elementos de prueba que confirman el accidente. Constituye un indicio necesario de la colisión de los vehículos, el resultado de la inspección ocular llevada a cabo para comprobar los daños del camión (f. 14 vuelto). "Al Juzgado se le presentó un vehículo automotor, que es un camión de las marcas y señales que expresa el memorial o solicitud de pruebas... Se halla casi destruído o desbaratado a causa de un fuerte golpe que se ve ha recibido por el lado derecho, pues la máquina y cabina del carro y hasta el chasís y carrocería aparecen unidos de derecha a izquierda...". Dentro de la misma diligencia y bajo la gravedad del juramento, el señor Carlos Lamy declara que el vehículo que se tiene a la vista es el mismo que se retiró del lugar del accidente por orden del cuerpo de bomberos para darle paso al tren; que él lo recogió de allí para trasladarlo al taller "donde ha permanecido sin hacérsele, en absoluto, ninguna reparación y sin que se le haya quitado ni una sola pieza".

Al folio 23 del cuaderno principal se halla un certificado de la Dirección de Circulación y Tránsito de Palmira, con el sello de la oficina y la firma del Secretario, en que se hace constar que el camión Chevrolet, motor DEA-553705, modelo estacas, capacidad dos y media toneladas, color verde, modelo 1946, se halla matriculado a nombre de Ignacio Sinisterra M., cédula número 736-020 expedida en Pradera, y le corresponden las placas 7927 de 1948. El técnico de la Inspección en su ya mencionado informe dice que el camión del señor Sinisterra se encontraba el día del accidente sin placas, pero autorizado para tránsito libre pues había pagado el impuesto respectivo.

Ahora bien: el señor Ignacio Sinisterra M., propietario del camión, y su hijo Ciro Sinisterra, de conformidad con los certificados médico-legales visibles a folios 7 vuelto y 8 del cuaderno principal, ratificados bajo juramento dentro del término probatorio del juicio, fueron las víctimas personales del accidente. Ciro Sinisterra murió en el acto "a causa de las gravísimas lesiones cerebrales producidas por el tremendo traumatismo recibido en accidente de automotor"; y el señor Ignacio Sinisterra presentó graves lesiones de orden traumático, fracturas, etc., que lo incapacitaron por setenta días, quedándole además una lesión de por vida.

Hay pues una serie de hechos comprobados, que tomados en conjunto constituyen prueba fehaciente de la ocurrencia del accidente de tránsito, y de las víctimas personales y demás daños que resultaron del mismo.

Debe examinarse ahora el proceso a través de sus probanzas para ver si con ellas logra establecerse la causa o causas del accidente y la responsabilidad consiguiente.

Del tanta veces mencionado informe o dictamen del técnico de la Inspección de Tránsito do Palmira, se establecen con toda evidencia estos hechos: que en el paso a nivel donde acaeció el

choque de los vehículos no existen barreras que cierren antes del paso de los trenes el tránsito de vehículos y peatones por la calle 20, ni guardavía con señales especiales para el mismo fin; y que el tren que atropelló al camión sólo comenzó a frenar después de ocurrido el choque, logrando detenerse 160 metros adelante de dicho lugar. No ha intentado el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales desvirtuar el primer hecho, o sea la carencia de barreras o guardavía en el paso a nivel indicado; y en cuanto a la aplicación de los frenos al tren que llegaba a Palmira, el punto fue sometido al dictamen de peritos por el Consejo Administrativo en el término probatorio de la segunda instancia. En el numeral 4º del dictamen pericial se expresa la dificultad de determinar matemáticamente la distancia que recorre un tren después de que se le aplican los frenos para detenerlo, por la falta de datos exactos sobre los factores que determinan ese hecho; pero por los resultados obtenidos en la inspección ocular y apoyándose en su experiencia, estiman los peritos que con una velocidad de 35 kilómetros por hora —que es el promedio de velocidad que el tren puede llevar en el trayecto del accidente—, viene a detenerse a 350 metros de distancia desde el punto de aplicación de los frenos. Por consiguiente si el maquinista comenzó a frenar el tren tan pronto como vio el camión sobre la carrilera, o sea a una distancia de 160 metros como se determinó en las maniobras hechas en la inspección ocular, opinan que "si el tren llevaba una velocidad de 35 kilómetros por hora, debió parar 190 metros más adelante del sitio del siniestro". Y terminan así: "Obra en el expediente un informe que dice que el tren recorrió 160 metros después de atropellar el camión, lo cual nos induce a pensar que el tren llevaba una velocidad menor de 35 kilómetros que hemos estimado". Lo anterior no infirma lo que el técnico de la Inspección de Palmira comprobó por percepción directa, a saber, las huellas de la aplicación de los frenos en los rieles a una distancia de 160 metros, o sea desde el punto del accidente hasta donde el tren se detuvo. En todo caso, como se verá adelante, ese punto apenas tiene importancia relativa para efecto de fijar la culpabilidad en este negocio. Es verdad que de la inspección ocular y el dictamen pericial producidos en esta etapa del proceso surgen hechos que tienden a demostrar la inculpabilidad del maquinista del ferrocarril en el accidente. Así por ejemplo, los peritos después de haber hecho maniobrar al maquinista de la locomotora número 81, que fue la misma del accidente y en la cual iban ellos, y habiendo hecho colocar un automóvil sobre la carrilera en el mismo sitio donde estuvo el camión, sólo pudieron verlo cuando les faltaban 160 metros para llegar a él; de lo que pudiera deducirse que cuando el maquinista del accidente pudo ver el camión le era ya imposible evitar el choque aunque hubiera aplicado los frenos inmediatamente. Igualmente los peritos pudieron apreciar que el sonido de la locomotora en movimiento es perfectamente audible a una distancia de 800 metros, siendo mayor el que produce el tren completo, de lo cual puede concluírse que los ocupantes del camión debieron advertir con tiempo la llegada del tren y tuvieron tiempo suficiente para haberse apeado. Sin embargo, estas circunstancias que pudieran exculpar la actividad personal del maquinista, no pueden hacerse valer para el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, porque su culpabilidad radica principalmente en el hecho de no tener en el paso a nivel donde se produjo el choque, barreras o guardavías; que de haberlas tenido el hecho posiblemente no hubiera tenido lugar. ¿Pero disculpa esto, en absoluto, la conducta del chofer del camión en el accidente? Evidentemente no. El estudio de los peritos, en su numeral 1º, expresa lo siguiente: "La visibilidad de la locomotora por parte del camión accidentado, en el sitio en que éste detuvo su marcha, en la dirección en que venía el tren que ocasionó el accidente, se constató prácticamente que es de 800 metros, pues se fue haciendo mover la locomotora (durante la inspección ocular) hasta el punto en que desde el sitio preciso del accidente se veía perfectamente. Este trayecto lo recorre un tren que marche a una velocidad de 35 kilómetros por hora, que es la velocidad a que generalmente andan los trenes de carga en esa vía, en un espacio de tiempo de un (!) minuto y 22 segundos" .Esta comprobación hecha durante la inspección ocular saca verdadero el dicho del técnico de la circulación cuando afirma que el chofer del camión le manifestó que el motor del camión se había apagado sobre la carrilera y que no habiendo podido prenderlo les gritó a los pasajeros que se bajaran, habiéndolo hecho él así personalmente. Y no otra explicación puede darse a lo sucedido. Si transcurrió un minuto y veintidós segundos desde que el chofer sintió el tren y vio que se aproximaba sin que el camión hubiera salido de

la carrilera, ha de pensarse que ello se debió ciertamente a que el motor no funcionaba y que hubo insistencia del chofer y de quienes iban a su lado —el propietario y su hijo— para ponerlo en movimiento no obstante la inminencia del peligro; el propio chofer tuvo tiempo de bajarse como en efecto lo hizo.

Por consiguiente, así como es manifiesta la culpabilidad del demandado por la omisión de su deber legal de colocar en el paso a nivel indicado las barreras protectoras o en su defecto los guardavías con señales, tal como lo ordena el inciso 3º del artículo 8º de la ley 76 de 1920 y el ordinal f) del artículo 26 de la misma, también es evidente la culpa del conductor del camión en lo acaecido, como también la de las propias víctimas —el propietario del vehículo y su hijo—, ya porque tal camión no estaba en perfecto funcionamiento o en buenas condiciones de servicio, como porque, apagado el motor y ante la evidencia del riesgo, persistieron temeriamente en ponerlo en marcha en vez de haberse apeado; es decir, pese al peligro inminente y previsible, las propias víctimas lo afrontaron de manera voluntaria tratando de salvar el camión.

Siendo responsables del accidente en igual grado el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales y las propias víctimas, como queda analizado, la obligación de indemnizar el perjuicio que se ha demandado al primero, ha de estar sujeta a reducción conforme al mandato del artículo 2357 del Código Civil. El fenómeno de la concurrencia de culpas existente en este caso, habrá de traducirse en una condena del demandado equivalente a la mitad del monto de la cuantía que resulte demostrada en los autos.

Cuantía del perjuicio

Se formula en la demanda la petición de condena al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales en cuantía de cien mil pesos como indemnización de perjuicios materiales y de cuatro mil pesos por perjuicios morales. Para acreditar el valor de tales perjuicios se trajeron a los autos las pruebas que van a analizarse.

Los daños del camión fueron avaluados durante la diligencia de inspección ocular llevada a cabo antes del juicio, cuya copia obra a folios 14 vuelto a 16 del cuaderno principal, en la suma de seis mil pesos. Los peritos fundamentan su apreciación en los siguientes términos: "Catalogando lo que quedó de éste (el camión), como hierro viejo, lo avaluamos en la suma de un mil pesos ($ 1.000.00) moneda corriente. Declaramos que el valor de dicho vehículo antes del accidente era el de siete mil pesos ($ 7.000.00), de tal suerte que los daños sufridos alcanzan un valor de seis mil pesos ($ 6.000.00)". Detallan luego los daños de las diferentes piezas del vehículo.

Debe observarse que esta diligencia extrajudicial no fue practicada con citación personal de aquel contra quien pretendía aducirse como prueba, pues el Agente del Ministerio Público que fue citado a ella no tenía ni tiene la representación legal del Consejo de Ferrocarriles y por lo mismo la diligencia no presta mérito probatorio contra éste; por otra parte el avalúo no está debidamente fundamentado. Las cifras que dan los peritos, de siete mil pesos como valor del vehículo antes del accidente, y de mil pesos después de él, "como hierro viejo", no están explicadas o detalladas en forma alguna, sino que simplemente las expresan así. Por consiguiente, este medio probatorio, único sobre los daños del camión y su valor, no prueba lo que con él se pretendió acreditar.

Los daños al patrimonio de los demandantes carecen igualmente de comprobación eficaz. En efecto, sobre los perjuicios que recibiera el señor Ignacio Sinisterra por las lesiones que sufrió a causa del accidente, descritas en el dictamen médico-legal, no existe elemento probatorio alguno que los determine y valore. Y respecto a los que recibieron los demandantes por la muerte de su hijo Ciro Sinisterra, se produjeron las declaraciones de los señores Hernando Cuadros, Luis Ibáñez y Miguel Sandoval (fs. 32, 33 y 29 del cuaderno número 2), quienes dicen que por las relaciones de amistad que tuvieron con la familia Sinisterra, les consta que Ciro devengaba como tractorista la suma de treinta y cinco pesos semanales, que le entregaba a su madre también semanalmente, para gastos de alimentación y demás necesidades del hogar. También declaró el abogado Camilo Baroná Pinillos (f. 35 ibidem) manifestando que Ciro Sinisterra trabajó por su cuenta durante dos meses, como tractorista, y le pagó un promedio de cuarenta y cinco pesos a la semana. Fuera de estas declaraciones, aparece al folio 8 del cuaderno número 2, la respuesta de la Compañía Colombiana de Seguros al despacho número 36 ordenado dentro del término probatorio, informando que la probable vida restante de un hombre de 18 años de edad, en buen estado de salud y de normal constitución orgánica, es de

41 años y 16 centésimos de año. Con estos elementos de juicio no es posible legalmente determinar la cuantía de la indemnización que deba pagarse, porque falta conocer otros factores esenciales para hacer un cálculo de esa naturaleza. Si en relación al occiso puede decirse que se ha demostrado su edad con la partida de bautismo, su vida probable con la información de la Compañía de Seguros, su estado de salud y normalidad anterior, con el dictamen médico-legal, y su capacidad productora en la época del fallecimiento, mediante las declaraciones atrás mencionadas, en cambio se ignoran otros extremos, tales como la edad de los demandantes y la probable duración de su vida, elemento indispensable para saber a cuánto puede alcanzar el monto de la indemnización. Y estos otros: los gastos propios y personales del menor, el cálculo del aumento de su capacidad productora a medida de su desarrollo vital, la posible variación de las sumas para apoyar a sus padres en el caso de contraer en el futuro obligaciones derivadas de un posible cambio de estado civil, etc., etc., factores sin los cuales no puede fijarse o señalarse razonablemente la cuantía de la condena a que haya lugar por la responsabilidad en el daño.

La deficiencia probatoria que se deja anotada en relación con los perjuicios materiales lleva a la Sala a la conclusión de que la declaración de condena en contra del demandado ha de hacerse en abstracto, para que sea liquidada posteriormente mediante el trámite establecido por el artículo 553 del C. Judicial, de cuyo monto ha de deducirse la mitad, que es lo que corresponde pagar al demandado, conforme a lo expuesto anteriormente en esta providencia sobre la concurrencia de culpas en el accidente investigado.

En cuanto a los perjuicios morales evidentemente causados a los progenitores del fallecido, su cuantía será la determinada en el artículo 95 del C. Penal, pero reducida igualmente a la mitad por razón de la culpa que les corresponde en el hecho dañoso.

Por las razones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA el fallo apelado y en su lugar, RESUELVE:

1º — Declárase que el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales es civilmente responsable, en concurrencia de culpa con las víctimas, del siniestro ferroviario ocurrido el día 23 de octubre de 1948 en el cruce que forman la carrilera del Ferrocarril del Pacífico y la calle 20 de la ciudad de Palmira, departamento del Valle, en el cual perdió la vida el señor Ciro Sinisterra Amézquita, sufrió lesiones personales el señor Ignacio Sinisterra M. y fue dañado el camión Chevrolet, modelo 1946, de dos y media toneladas, de propiedad del último de los nombrados.

2º — Condénase al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales a pagar a los demandantes Ignacio Sinisterra M. y Raquel Amézquita de Sinisterra, la mitad del valor de los perjuicios materiales sufridos por ellos, en su calidad de padres del fallecido Sinisterra por razón de su muerte, así como por los ocasionados a Ignacio Sinisterra por las lesiones personales, y los provenientes del daño del camión a que alude el numeral anterior. La suma correspondiente se determinará por el trámite establecido en el artículo 553 del C. Judicial, teniendo en cuenta las observaciones y bases dadas en la parte motiva de esta providencia, y la pagará el demandado a los demandantes dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de la decisión respectiva.

3º—Condénase al mismo Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales al pago de la suma de mil pesos ($ 1.000.00) moneda corriente, a cada uno de los demandantes, por los perjuicios morales sufridos en el accidente de que trata este fallo.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal Superior de Pereira.

Aníbal Cardoso Gaitán — Luis Enrique Cuervo — Roberto Goenaga — Camilo Rincón Lara. El Secretario, Jorge García Merlano.

EL FONDO DE ESTABILIZACION ES UN SERVICIO PUBLICO DESCENTRALIZADO QUE NO GOZA DE NINGUN FUERO ESPECIAL NI COMO DEMANDANTE NI COMO DEMANDADO, A PESAR DE QUE LOS INTERESES QUE MANEJE SEAN DE LA NACION. — NULIDAD DEL JUICIO POR INCOMPETENCIA DE JURISDICCION

1.—Conforme al artículo 40 del C. J., sólo puede conocer la Corte por los trámites del juicio ordinario en única instancia de las controversias que provienen de contratos celebrados por la Nación; de tal suerte que faltando ese presupuesto, y aunque existiera por su parte interés en el negocio la competencia no puede radicarse aquí. Esto ha sido definido en numerosos fallos de los cuales puede citarse como uno de los más recientes el de fecha 19 de junio de 1954, publicado en la GACETA JUDICIAL número 2142, Tomo LXXVII, pág. 929.

2.—La Corte es competente para decidir en juicios de una sola instancia las controversias provenientes de un contrato celebrado por la Nación aunque ésta hubiera transferido sus derechos.

3.—El Fondo de Estabilización en cuanto persona jurídica tiene a su cargo un servicio público descentralizado y no goza de ningún fuero especial ni como demandante ni como demandado, a pesar de que los intereses que maneje sean de la Nación. Así el Fondo de Estabilización no tiene acceso al fuero especial previsto en el artículo 40 del C. J.

En el caso en estudio, la controvesria proviene de un contrato celebrado por una empresa privada, la Química Bayer Wescott & Cía., sometida a la administración fiduciaria del Fondo de Estabilización. Esta entidad como persona jurídica que maneja un servicio público descentralizado, no goza, sin embargo, de privilegio o fuero especial, sino que se halla sometido al derecho común. Verdad que los bienes que maneja, en la especie que se examina, pueden pertenecer al Estado, pero ello no basta de ninguna manera para que sea válida la tramitación en una sola instancia ante la Corte.

4.—La Sala de Negocios Generales invariablemente ha venido sostenido que el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, en cuanto servicio público descentralizado, comparece, ya como demandante bien como demandado ante los tribunales superiores en primera instancia y ante la Corte en segunda cuando surgen conflictos provenientes de actos, hechos o negocios relativos a los bienes que administra. Uno de esos fallos que pueden citarse, por haber hecho mérito especial de la disposición contenida en el artículo 2º del Decreto 2645 de 1943, es el dictado por la Sala de Negocios Generales el 11 de febrero de 1944 (G. J., Tomo LVII, pág. 262 y ss.).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales—Bogotá, ocho de febrero de mil novecientos cincuenta y seis.

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

El señor Javier Molina Vélez en su propio nombre demandó a la Nación como propietario de "La Química Bayer, Wescott & Cía.", y a esta última como empresa representada por el Fondo de Estabilización del Banco de la República para que, previos los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía y de una sola instancia, se reconocieran a favor del demandante y a cargo de las entidades demandadas ciertas prestaciones por concepto del contrato que el 1º de diciembre de 1947 dice el actor celebró con la citada Química Bayer, relativo a la agencia de venta de productos farmacéuticos.

La demanda fue admitida por auto del 24 de junio de 1952 y se ordenó pasarla en traslado al señor Procurador Delegado en lo Civil y al Gerente del Banco de la República, quienes llevan la personería de los demandados; el segundo de los cuales propuso las excepciones dilatorias de

inepta demanda y de pleito pendiente que fueron decididas de manera definitiva por auto de la Sala de Decisión, en recurso de súplica el 10 de agosto de 1953, cuando se revocó el del señor Magistrado ponente que había declarado probada la segunda y negado la primera. Contestada la demanda, el negocio siguió su curso. Abierto a prueba, practicadas varias, y oídas las partes en alegatos de conclusión, se citó para sentencia el ocho de octubre. Sin embargo, no será posible dictarla por lo siguiente:

En efecto: háse incurrido en la causal de nulidad, por incompetencia de jurisdicción, prevista en el artículo 448 del C. J. Mas si se quisiera aplicar lo prevenido en el artículo 455 ibidem, resultaría que no habría objeto en dictar providencia previa que pusiera en conocimiento de las partes la dicha causal, porque, no siendo la ratificación viable, debe anularse de plano de acuerdo con lo que se ha venido practicando invariablemente según doctrina que sentó esta Sala en auto del 15 de junio de 1937 (G. J. Tomo XLV, pág. 550).

Conforme al artículo 40 del C. J., sólo puede conocer la Corte por los trámites del juicio ordinario en única instancia de las controversias que provienen de contratos celebrados por la Nación; de tal suerte que, faltando ese presupuesto, y aunque existiera por su parte interés en el negocio la competencia no puede radicarse aquí. Esto ha sido definido en numerosos fallos de los cuales puede citarse como uno de los más recientes el de fecha 19 de junio de 1954 que intentó precisar cuáles son los pleitos contemplados en la norma excepcional del citado texto. Entonces se dijo:

"El concepto de parte en un contrato, es susceptible de recibir dos significados: a) Uno general, relativo a los efectos, en que se oponen los términos **parte** y **tercero.** Y b) Otro particular, fundado en las causas que concurren a la creación del vínculo jurídico y en que sólo se tiene en cuenta a quienes figuran como sujetos originales de aquella relación; en este concepto se oponen los términos **parte por celebración y parte por derivación.** Aplicando esta diferencia resulta claro que para hallar el radio propio de la norma excepcional del artículo 40 del C. J., se requiere que la Nación haya sido precisamente sujeto de la relación jurídica original, de donde deriva su existencia el contrato; porque si se pretendiera que bastara la calidad de persona vinculada a sus efectos, o sea, la de no ser simplemente un tercero, sobraría ese artículo 40, comoquiera que la única distinción entre este fuero y el general del artículo 76, estriba en el preciso elemento de haber sido el Estado **parte en la celebración misma del contrato.** Lo otro equivaldría al mero interés general del Estado. Parece fácil entender, por lo demás, que una de las consideraciones implícitas en el hecho de la celebración de los contratos por la Nación, consiste en que se juzga un acto emanado del alto Gobierno que tiene su personería, y que el Juez natural de esta clase de actos no puede ser sino la Corte, por razón de jerarquía constitucional. Aquí es donde radica principalmente el motivo de la excepción, de la misma manera como corresponde al Consejo de Estado conocer en una sola instancia de los asuntos contencioso-administrativos contra actos del Gobierno". (G. J. número 2142, Tomo LXXVII, pág. 929).

Partiendo del hecho fundamental de la demanda, se descubre que es un contrato de donde proviene la controversia del pleito. Ese contrato lo celebró una empresa privada, la Química Bayer Wescott & Cía., sometida a la administración fiduciaria del Fondo de Estabilización. Esta entidad como persona jurídica que maneja un servicio público descentralizado, no goza, sin embargo, de privilegio o fuero especial, sino que se halla sometido al derecho común. Verdad que los bienes que maneja, en la especie que se examina, pueden pertenecer al Estado, pero ello no basta de ninguna manera para que sea válida la tramitación en una sola instancia ante la Corte. Porque es indispensable, según se ha visto, que la controversia provenga precisamente de un contrato en que la Nación o el Estado hayan sido parte por celebración. La falta de este requisito sí es suficiente para explicar cómo se incurrió en la nulidad de que se trata. Con todo, merece desarrollarse el tema referente a la índole del Fondo de Estabilización, como entidad que administra bienes o intereses de carácter nacional; ello es oportuno hacerlo aprovechando el estudio realizado por la Corte en el fallo de casación civil pronunciado el 18 de marzo de 1955 de donde se copia:

"El llamado Fondo de Estabilización tuvo su origen cuando el Gobierno Nacional y el Banco de la República celebraron el contrato de fecha 31 de octubre de 1934, que posteriormente fue aprobado por la Ley 7ª de 1935. En la cláusula 4ª de dicho contrato se dice: 'Si quedare algún sobrante, el Gobierno dejará en poder del Banco

hasta la suma de un millón de pesos ($ 1.000.000) para formar un fondo destinado a permitir al Banco la compra y venta de bonos del Estado, con el fin de estabilizar el precio de estos últimos, e influir en el mercado monetario en el sentido que aconsejen las conveniencias del país'. Así nació el Fondo de Estabilización como una simple cuenta del Banco de la República, que luego se convirtió en una sección del mismo Banco.

"Carecía el Fondo de personería jurídica y por eso su situación en derecho presentaba cierta anomalía, situación que quedó definida en mérito de lo dispuesto por el Decreto número 548 de 1940 que autorizó para acordar con el Banco de la República la modificación de los contratos vigentes sobre constitución, organización y funcionamiento del Fondo de Estabilización **'el cual tendrá personería jurídica e independiente'** (subraya la Corte).

"El 5 de abril de 1940 se aprobó por Decreto número 669 del mismo año, el contrato celebrado entre el Gobierno y el Banco el 2 de abril de 1940, y en la cláusula 2ª de dicho contrato se puede leer:

" 'De acuerdo con lo previsto en la cláusula 5ª del citado contrato de 23 de noviembre de 1938, el Fondo de Estabilización será manejado por una Junta autónoma integrada por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, el Gerente del Banco de la República y un miembro designado libremente por el Presidente de la República. El Fondo como persona jurídica, estará representado por uno de los miembros de la Junta Administradora, designado por la misma Junta'.

"Al propio tiempo se ampliaron las facultades del Fondo autorizándolo para negociar pagarés, giros, letras de cambio y otros títulos de deuda y contratar empréstito a corto plazo, en moneda nacional o en divisas extranjeras. Y por Decreto número 99 de 1942, se ordenó que podía ser designado administrador fiduciario de los bienes de extranjeros sometidos a ese régimen por Decreto número 59 de 1942.

"Tenemos ahora al Fondo de Estabilización como una persona jurídica independiente, disfrutando de las ventajas concernientes a esa clase de personas, pero con la característica especial de quedar bajo el control directo del Gobierno, pues su reglamentación no podrá cambiarse sino con el voto favorable del Ministro de Hacienda, y de ser una persona jurídica de servicio público, pues así se expresa claramente en los considerandos del Decreto número 2020 de 1944, en donde se dice: 'Que el Fondo de Estabilización no se fundó con espíritu de lucro sino de servicio público...'.

"De lo anterior se llega al conocimiento de que el Fondo de Estabilización, encargado de la administración fiduciaria de los bienes que pasaron a ser de propiedad de la Nación y que pertenecieron antes a la sociedad llamada Química Bayer Wescott & Cía., es una persona jurídica independiente, de servicio público creada por disposiciones legales y a la cual el Estado encargó de la administración fiduciaria de los referidos bienes...".

Se citan algunas doctrinas de la Superintendencia Bancaria y luego siguen estas otras consideraciones pertinentes:

"No son pocas las entidades que existen en Colombia y que prestan un servicio público descentralizado, es decir, que sirven para que el Estado a través de ellas cumpla ciertos actos que corresponderían a las personas de derecho privado, o sea que permiten al Estado asumir el carácter de empresario, y todas esas entidades están sometidas en sus relaciones contractuales con los particulares al derecho común.

"Es claro que no se están considerando las personas jurídicas en las que tenga vinculaciones la Nación pero que funcionan como sociedades comerciales, porque ese caso es absolutamente distinto del Fondo de Estabilización.

"Aplicando los anteriores principios al caso concreto a que se refiere este recurso de casación resulta:

"El Gobierno Nacional por medio de la Resolución ejecutiva número 37 de 1946 declaró que los bienes pertenecientes a las personas naturales o jurídicas enumeradas en los apartes a), b) y d) del artículo 1º de la Ley 39 de 1945, 'han pasado por el ministerio de la ley a ser propiedad de la Nación', y entre esos bienes se encuentran los que pertenecieron a la Química Bayer Wescott & Cía.; la misma resolución declaró terminada la administración fiduciaria de esos bienes, que estaban a cargo de la del Banco de la República (Fondo de Estabilización) y confirió al mismo Fondo poder suficiente para continuar dicha administración mientras el Estado colombiano pueda tomar directamente la administración de tales bienes. En virtud de esa expresa facultad que el Gobierno le dio al Fondo de Estabilización para que administre los bienes que pasaron a ser de propiedad de la Nación por ministerio de la

Ley, y que fueron los que pertenecieron a la sociedad Química Bayer Wescott & Cía., el mismo Fondo autorizó el contrato que la empresa de propiedad del Gobierno Nacional (Química Bayer) celebró con el señor Javier Molina Vélez el primero de diciembre de 1947 y que aparece en la carta-contrato que obra en el expediente.

"Al celebrar dicho pacto, el Fondo de Estabilización procedió como persona jurídica independiente de servicio público descentralizado y por lo tanto sus relaciones jurídicas se someten a las reglas generales, vale decir, **que no goza de ningún fuero especial y por lo tanto, que debe comparecer en juicio, ya sea como demandante o como demandado, ante las autoridades competentes para conocer de litigios entre personas de derecho privado.**

"Luego sí tenía competencia el Juez del Circuito de Medellín para conocer en primera instancia del juicio ordinario de mayor cuantía iniciado contra el recurrente por el Fondo de Estabilización, y como consecuencia el cargo formulado no puede prosperar". (G. J. número 2151, pág. 770 y ss.).

Lo expuesto puede resumirse así:

1º—Que aunque la entidad con quien dice contrató el demandante, o sea la Química Bayer Wescott & Cía., fuera una empresa de propiedad de la Nación y administrada por el Fondo de Estabilización, no se está en presencia del elemento categóricamente previsto por el artículo 40 del C. J. para atribuírle la competencia a esta Sala de Negocios Generales de la Corte a fin de que conozca de la controversia surgida en juicio ordinario de una sola instancia;

2º—Sin desconocer que la misma Sala sería competente para decidir en juicio de una sola instancia las controversias provenientes de un contrato celebrado por la Nación aunque ésta hubiera transferido sus derechos, es imposible concluir de ahí que el contrato a que se refiere el pleito pudiera equivaler a un contrato celebrado por la Nación aunque ésta tuviera interés en él;

3º—El Fondo de Estabilización en cuanto persona jurídica tiene a su cargo un servicio público descentralizado y no goza de ningún fuero especial ni como demandante ni como demandado, a pesar de que los intereses que maneje sean de la Nación.

En la demanda de este pleito, del señor Javier Molina Vélez contra la Nación y contra el Fondo de Estabilización, fácil es entender que, por fuerza de lógica y **a contrario sensu** debe aplicarse el mismo principio que aplicó la Sala de Casación Civil, cuando el demandado en este negocio, o sea el Fondo de Estabilización, instauró juicio contra el señor Molina Vélez ante el Juez del Circuito de Medellín, cuya competencia fue reconocida en el fallo de casación al rechazar el recurso del demandado allá y demandante aquí, fundado justamente en la incompetencia del dicho Juez. La Sala de Negocios Generales no vacila en acoger aquella doctrina por estar ceñida a la ley y a las otras que se han dejado expuestas, propias de esta misma Sala, y de ahí que no sea dudosa la conclusión de que este juicio es nulo, porque el demandante no tenía acceso al fuero especial previsto en el artículo 40 del C. J., que no permite decidir el pleito en la forma como viene tramitado.

No sobra, aunque se trate de un punto de interés teórico o general, anotar que hay servicios públicos descentralizados que guardan estrecha semejanza con el Fondo de Estabilización pero que, sin embargo, no pueden comparecer como demandantes o como demandados de la misma manera como aquí se observa respecto del Fondo de Estabilización; pero ello se debe a normas también especiales que consagraron la competencia de los tribunales superiores en primera instancia y de la Corte en segunda. Ejemplo típico de lo dicho lo constituye el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, que es un servicio público descentralizado pero que goza de los privilegios concedidos a la Nación, tanto en materia judicial como administrativa, según se desprende del artículo 2º del Decreto número 2645 de 30 de diciembre de 1943, a saber:

"El Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales disfrutará de las prerrogativas y derechos de una persona jurídica autónoma, representada por el Administrador General, ejercerá todas sus funciones con una completa independencia y tendrá la personería activa y pasiva de la Nación, con exclusión del Ministerio Público, en lo referente a los bienes cuya administración le está confiada, ante toda clase de autoridades, y en toda suerte de diligencias, actuaciones y juicios, **gozando en materias judiciales y administrativas de todos los privilegios concedidos a la Nación**" (subraya la Sala).

La Sala de Negocios Generales invariablemente ha venido sosteniendo que el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, en cuanto servicio público descentralizado, comparece, ya como demandante bien como demandado

ante los tribunales superiores en primera instancia y ante la Corte en segunda cuando surgen conflictos provenientes de actos, hechos o negocios relativos a los bienes que administra. Uno de esos fallos que puede citarse, por haber hecho mérito especial de la disposición contenida en el citado artículo 2º del Decreto 2645 de 1943, es el dictado por esta Sala el 11 de febrero de 1944. (G. J. Tomo LVII, pág. 262 y ss.).

Quede, pues, muy claro que por disposición especial que no existe para el Fondo de Estabilización, el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, como servicio público descentralizado, sí goza en calidad de privilegio, del fuero especial de la Nación, consagrado en el artículo 76 del C. J.

Finalmente, cabe anotar que antes no había habido oportunidad para pronunciarse en el sentido de esta decisión, pues el artículo 455 del C. J. establece, en el supuesto de no haberse promovido incidente de nulidad, que corresponde al Juez cuando éste es colegiado, resolver sobre la nulidad, tan pronto como el expediente pase para decisión definitiva. Con la sola diferencia de que ahora no hay motivo para poner previamente en conocimiento de las partes la nulidad siendo así que ella no es ratificable, según se vio arriba. Y aun en la hipótesis de la ratificación prevista por el artículo 454 ibidem, esa ratificación no es bastante para que el Juez incompetente pueda seguir conociendo del asunto, el cual debe pasarse a quien corresponda aprehender el conocimiento.

DECISION

En mérito de las consideraciones que preceden la Sala declara NULO todo lo actuado a partir del auto que admitió la demanda.

En cuanto a la condenación en costas se observa que no hay base para deducir responsabilidad del funcionario, tal como lo previene el artículo 458 del Código Judicial, pues el negocio desde un principio planteó serias dudas que las partes se encargaron de agravar al proponer equivocadamente excepciones que trajeron gran confusión planteando artificiosamente las de inepta demanda y pleito pendiente.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán — Luis Enrique Cuervo A. — Roberto Goenaga—Camilo Rincón Lara. Jorge García Merlano, Secretario.

EXCEPCION DILATORIA DE INEPTA DEMANDA

En los juicios de única instancia ante la Corte sólo se puede ejercitar la acción referente al dominio del subsuelo petrolífero porque las relativas a la propiedad minera en general corresponden a los Tribunales Superiores en primera instancia.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, veintinueve de febrero de mil novecientos cincuenta y seis.

Dentro del término de que trata el Art. 330 del C. Judicial, el señor Procurador Delegado en lo Civil, en escrito de fecha 4 de febrero en curso, solicitó se declare probada en este asunto la excepción dilatoria de inepta demanda establecida en el numeral 1º del Art. 333 ibídem, mediante los siguientes planteamientos:

"En la petición primera de la demanda se pide que se declare 'que son de propiedad privada o sea de la sucesión testada de ANGEL MARIA AVILA SUAREZ, los yacimientos de petróleo y **demás substancias minerales** que se encuentren o puedan encontrarse en la finca denominada EL MOLINO...'

"En la segunda se dice: 'Que habiendo salido este inmueble del patrimonio del Estado antes del 28 de octubre de 1873, el subsuelo pertenece a sus actuales dueños en cuanto a los yacimientos de hidrocarburos **y demás minerales** que en él existan o se descubran'.

"En la tercera se dice: 'Que a virtud de las anteriores declaraciones, **el suelo y el subsuelo,** deben excluírse del contrato de explotación y exploración celebrado entre la RICHMOND PETROLEUM OF COLOMBIA, concesión distinguida con el número 571 y la Nación...' (Subrayados del Procurador Delegado).

"De acuerdo, pues, con los términos en que aparecen concebidas las súplicas transcritas, la parte actora pretende ejercitar, no sólo la acción relativa al dominio del subsuelo petrolífero y demás hidrocarburos, sino también la referente a la propiedad de todas las demás 'substancias minerales' que pueden hallarse en el subsuelo del predio a que se refiere la demanda.

"La Procuraduría ha venido sosteniendo, y esa H. Sala le ha hallado siempre la razón, que en estos juicios de única instancia sólo se puede ejercitar la acción referente al dominio del subsuelo petrolífero porque las relativas a la propiedad minera en general corresponden a los Tribunales Superiores en primera instancia".

Se considera:

Ciertamente, de acuerdo con el contexto de las transcritas súplicas de la demanda presentada por la señora Lucía Avila de Suárez a nombre de la sucesión testada de ANGEL MARIA AVILA SUAREZ, la acción aquí ejercitada no solo se encamina a obtener la declaración de pertenencia particular del subsuelo petrolífero de los terrenos de El Molino, situados en jurisdicción del municipio de El Espinal, Departamento del Tolima, sino que, de manera clara y expresa, se extiende a impetrar también la propiedad particular de los demás minerales, desde luego distintos del petróleo, que puedan hallarse en el subsuelo de los prenombrados predios.

La demanda, por tanto, rebasa las normas a que debería estar ceñida, cuales son las del Código de Petróleos, para referirse a yacimientos o minas en general, que tienen una reglamentación distinta en el Código de Minas. A tanto equivale la expresión "y demás minerales" de que se sirve el actor en las súplicas principales del libelo.

No es dable dar otra interpretación a la demanda en referencia, toda vez que la parte actora dejó transcurrir el término del traslado del escrito del señor Procurador Delegado en el más completo silencio.

En tales circunstancias ha de concluírse necesariamente que la excepción formulada está llamada a prosperar.

Por lo brevemente expuesto, este Despacho DECLARA PROBADA la excepción dilatoria de inepta demanda propuesta por el señor Procurador Delegado en lo Civil en el escrito a que se ha hecho referencia.

Cópiese y notifíquese.

Roberto Goenaga — Jorge García Merlano, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

I N D I C E

Págs.

SALA PLENA

Declaración de la Corte acerca de la elección de jueces por los Tribunales Superiores del país 1

La Corte lamenta el retiro de los Magistrados doctores Luis Enrique Cuervo y Alberto Zuleta Angel 3

El centenario del Código Civil.—Proposición aprobada en Corte Plena y discurso pronunciado por el Magistrado doctor José J. Gómez R., Vicepresidente de la Corte Suprema de Justicia, en la sesión conjunta celebrada en Caracas por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y el Colegio de Abogados del Distrito Federal..... 4

Acusación contra un Acto Legislativo. — Incompetencia de jurisdicción. — Se rechaza la demanda presentada por el ciudadano Germán Molina Callejas para que se declare la inconstitucionalidad del Acto Legislativo Nº 2 de 1954. — Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse..... 9

Cuál es el "concepto" que inhabilita al Magistrado para intervenir en un juicio de inexequibilidad según la causal de impedimento contemplada en el artículo 4 de la ley 96 de 1936. — Nueva doctrina de la Corte. — Se resuelve que no es el caso de aceptar el impedimento manifestado por el Magistrado doctor Estrada Monsalve para conocer de la demanda de inexequibilidad del inciso 3º del artículo 1º de la ley 39 de 1946 presentada por el ciudadano Gabriel Carreño Mallarino. — Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila..... 11

Salvamento de voto del Magistrado doctor Aníbal Cardoso Gaitán 14

Págs.

Salvamento de voto del Magistrado doctor Alberto Zuleta Angel 16

SALA DE CASACION CIVIL

Juicio sobre rendición de cuentas.—La obligación del mandatario de documentar las cuentas importantes no es un requisito ad solemnitatem indispensable para la validez de las cuentas.—Admisibilidad de la confesión como prueba de las cuentas del mandatario. — La Corte resuelve no casar la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Medellín, por la cual se confirma la de primera instancia, en el juicio promovido por Luis María Tangarife y Pastora Villegas de Bedoya contra Juvenal Villegas. — Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez 17

Técnica de casación.—Cesión de un crédito hipotecario inexistente. — En el juicio que sobre resolución de un contrato de compraventa y pago de una suma de dinero instauraron Rosa Ramírez Córdoba y Teresa Ramírez de Palacio contra Marco Antonio Ríos Saldarriaga, la Sala decide que no es el caso de casar la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Medellín. Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra 25

Responsabilidad del transportador aéreo. — Qué debe probar el transportador para exonerarse de la responsabilidad originada del contrato respectivo. — Transmisibilidad de la acción de perjuicios por culpa contractual.—En el juicio de Dolores Aguirre de Raad, en su propio nombre y en el de sus menores hijos Marta Elena, Rodolfo, Juan Alfonso y Carmen Raad Aguirre, contra "Aerovías Nacionales de Colombia-

Págs.

Avianca", la Corte no casa la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla condenatoria de la sociedad demandada. — Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila. 31

Acción de filiación natural dirigida contra los herederos del presunto padre.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Cali dictó en el juicio ordinario de Remedios Arango, en su calidad de madre natural de Ligia, Mary o Sonia, Angel María o Fabio y María del Carmen o Carmenza Arango, contra Efraín, Martiniano, Apolinar y Cipriano Barona Muñoz y Cecilia Barona Muñoz v. de Isaac, sobre filiación natural y petición de herencia.—Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse..... 51

Acción de filiación natural.—En qué consiste el error de hecho manifiesto en la apreciación de las pruebas.—La Sala no casa la sentencia del Tribunal Superior de Buga, por medio de la cual se confirma el fallo absolutorio de primera instancia, en el juicio ordinario que Consolación Chaves v. de Racines había promovido contra Gregorio Venegas para que se la declarara hija natural de dicho señor. — Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel 54

Acción de filiación natural.-Relaciones sexuales estables y notorias.—En el juicio ordinario de Carmen Medina Bernal contra Alicia, Lilia, María Luisa, Lucila y Josefina Lara Escobar, en el que se pide la declaración de que Martín Medina es hijo natural de Antonio Lara R., la Corte no infirma el fallo del tribunal superior de Santa Rosa de Viterbo, confirmatorio del de primera instancia, en el cual se deniegan las peticiones de la demanda.—Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel. 62

Reinvidicación.—Causal segunda de casación. Al resolverse sobre el recurso de casación interpuesto por los demandados contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario que sobre dominio de un inmueble y reivindicación del mismo, instauró Inés Cerón L. contra Carlos Echeverri, Raimundo Mora y Carlos Uribe Vásquez, la Corte decide que no es el caso de invalidar la sentencia recurrida en la cual se hicieron las declaraciones solicitadas en la demanda.—Magistrado Ponente: Doctor Agustín Gómez Prada 65

Técnica de Casación.—Error en la apreciación de las pruebas.—La Corte no casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el juicio ordinario de Bernabé Reyes Valdivieso contra Jesús Valdivieso Ordóñez, en el cual solicitó la declaración judicial de que es hijo natural del citado Valdivieso, sentencia en la cual se confirma el fallo condenatorio de primera instancia. — Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra 69

Recurso de hecho.—La Corte concede el recurso de casación que el Tribunal Superior de Cali había denegado contra la sentencia dictada en el juicio ordinario de Ernestina Acosta contra Margarita Quijano, Ricaurte Rengifo y Reinel Dorado.—Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 74

Acción resolutoria de un contrato de promesa de venta.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Tunja que confirmó la absolución de los demandados proferida en la primera instancia, en el juicio ordinario de Julia Sáenz Rodríguez contra Segundo Adolfo Piza sobre el objeto expresado y otras declaraciones consecuenciales. Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez 77

Acción de simulación de un contrato de compraventa.—Caso de simulación absoluta.—Confesión. — La Corte resuelve el recurso de casación interpuesto por la parte demandada en el sentido de no casar el fallo del Tribunal Superior de Medellín dictado en el juicio ordinario de Horacio Muñoz P. y Esperanza Escobar de Muñoz contra Luis Alejandro Muñoz Maya sobre simulación de un contrato de compraventa contenido en la escritura número 2507 de 1947 de la Notaría 3ª de Medellín.—Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada..... 82

Págs.

Reivindicación. — Prueba del dominio.—La omisión de la autorización judicial a que se refiere el artículo 1379 del Código Civil acarrea una nulidad relativa.—En el juicio ordinario de Tulio Peláez Gómez contra Fidel Ocampo, sobre propiedad de un inmueble y otras declaraciones, no se casa la sentencia condenatoria del Tribunal Superior de Pereira. — Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse. — 88

Acción de indemnización de perjuicios. — Prueba pericial.—Cuándo es indispensable esta prueba para determinar la causa de la muerte de una persona.—Prueba de testigos.—Se decide no casar la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, pronunciada en el juicio ordinario instaurado por María Dolores Restrepo v. de Restrepo, en su propio nombre y en el de sus menores hijos Javier de Jesús, María Ofelia, Jorge Iván y Francisco Antonio Restrepo, contra el Municipio de Salgar sobre el objeto indicado.—Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 93

Responsabilidad civil extracontractual.—Actividades peligrosas.—Concurrencia de culpas. — Perjuicios materiales y morales.—Técnica de casación cuando el recurso es doble. — La Corte casa la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario que sobre indemnización de perjuicios le siguió María Maya v. de Restrepo y sus menores hijos Néstor, Alvaro, Silvia, María Gladys, Ruth Amalia, César, Juan Fernando, Roberto, Antonio y Gloria María Restrepo Maya contra el Municipio de Medellín y condena al Municipio demandado por los perjuicios ocasionados en concurrencia de culpas con la víctima. Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U. 100

Objeciones a una partición.—No se casa la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Bogotá por la cual se confirmó la de primera instancia en la cual se declararon infundadas las objeciones y en consecuencia se aprobó la partición en el juicio de sucesión de Isaac Pulido.—Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel..... 112

Sobre sociedad conyugal, según el C. C. y la ley 28 de 1932 y sobre la ley 68 de 1946.—Administración de los bienes gananciales adquiridos por el marido antes y después de la primera de las leyes citadas.—El artículo 1806 del C. C. es aplicable al nuevo régimen.—La Corte resuelve el recurso de casación interpuesto por la parte actora en el juicio ordinario instaurado por Avelina Abadía de Ochoa contra Alejandro Ochoa R. y Carlos Echeverri Ochoa sobre simulación y. en subsidio, rescisión de unos contratos, y decide no casar la sentencia del Tribunal Superior de Buga.—Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R. 115

SALA DE CASACION PENAL

Lesiones personales.—Aplicación del artículo 374 del Código Penal.—La Sala no casa la sentencia del Tribunal Superior de Pasto por la cual se condenó a Manuel Estacio Yandún a 2 años 2 meses de presidio por el delito de lesiones personales en Rafael Chapués y José María Arias.—Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez..... 122

Técnica de casación.—Aplicación de las pruebas en materia penal.—Pruebas ineficaces en los juicios civiles que se pueden considerar con algún valor probatorio en los procesos penales.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en virtud de la cual se condenó a Vicente Castro Torres, como responsable del delito de estafa cometido en perjuicio de Elena Villate de Bernal, y se le impone la pena de dos años y medio de prisión.—Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez..... 125

Ejercicio ilegal de la medicina.—Las infracciones sobre ejercicio ilegal de la medicina se rigen por el Decreto 0279 de 1953 y no por el Decreto 0014 de 1955.—En estos procesos no existe el recurso de revisión.—Retroactividad de la ley penal.—La Corte no repone su propio auto de 24 de octubre

Págs.

de 1955 por el cual se declaró inadmisible el recurso de revisión del proceso seguido contra Conrado Narváez Zuluaga por ejercicio ilegal de la medicina. proceso en el cual fue condenado a la pena de dos años de prisión.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra 131

Recusación.—No prospera cuando no se funda en pruebas. — Se declara infundada la recusación propuesta por el doctor Luis E. Bonilla Plata contra el Magistrado del Tribunal Superior de Cali doctor Luciano Wallis López para conocer del proceso adelantado contra el doctor Ernesto Garcés O'Byrne por falsedad en documentos, prevaricato y cohecho.—Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro..... 137

La amistad íntima. causal de impedimento. Se estima legal el impedimento manifestado por el Magistrado doctor Luis Zafra para conocer del proceso contra Hugo Arango Ochoa y Noel Sánchez Marín por los delitos de extorsión y estafa.—Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve 139

Abuso de autoridad.—La Corte confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá a favor del doctor Julio Rosas, Juez Promiscuo del Circuito de Agua de Dios, en el proceso promovido por denuncia de José Domingo Triana por el delito de abuso de autoridad. Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra..... 141

Falsedad.—Prevaricato.—La Sala confirma el auto consultado pronunciado por el Tribunal Superior de Cali, en el cual se sobresee definitivamente a favor del doctor Oscar Hurtado Gómez, Juez 5º Civil del Circuito de Cali, acusado por el doctor Alfonso Navarro por los delitos de falsedad y prevaricato.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra 144

Recurso de revisión.—No se admite la demanda de revisión del proceso adelantado contra Romaldo Vargas Quintero, en el cual se le condenó definitivamente a seis años de presidio y penas accesorias como responsable del delito de robo. — Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra..... 149

Competencia de los jueces penales del Circuito para conocer de los delitos de calumnia e injuria, conforme al inciso 2º del artículo 34 del Decreto 3.000 de 1954, en el caso en que la infracción se hubiere cometido en territorio distinto al de la capital del respectivo Departamento. — La Corte decide que es al Juez Segundo Penal del Circuito de Pereira y no al Juez Departamental de Garantías Sociales de Manizales a quien corresponde el conocimiento de la denuncia que por los delitos de calumnia e injuria formuló Julia Idárraga v. de Correa contra María Aguirre v. de Arbeláez.— Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve 150

Se ordena la libertad incondicional de una persona condenada a la pena de presidio por cumplimiento de la misma.—Se resuelve favorablemente la solicitud formulada por Agustín Católico para que se ordene su libertad por haber cumplido la totalidad de la pena impuesta.—Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve 152

Casación.—Causal 2ª—Indemnización de perjuicios.—La Corte no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en virtud de la cual se condenó a Toribio Galindo Daza a la pena principal de doce años de presidio como responsable del homicidio en la persona de José Agustín Romero. — Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 154

Recurso de casación.—Se declara inadmisible porque el máximo de pena no es ni excede de cinco años.—La Corte se pronuncia en tal sentido con respecto al recurso de casación interpuesto por el defensor de Tobías Vargas Castelblanco contra la sentencia del Tribunal Superior de Tunja que lo condenó como responsable del delito de lesiones personales a la pena de seis meses de prisión.—Magistrado Ponente: Dr. Domin-

Págs.

go Sarasty Montenegro 164

Impedimentos y recusaciones de los Jueces Departamentales de Garantías Sociales.—Alcance del artículo 40 del Decreto 3.000 de 1954.—Quién debe hacer la calificación de los impedimentos que concurran en los Jueces Departamentales de Garantías Sociales—La interpretación de la ley—Se decide que es al Juez Departamental de Garantías Sociales de Popayán a quien corresponde calificar el impedimento manifestado por el Juez de la misma categoría de Pasto para conocer de la querella presentada contra el Dr. Rogerio Bolaños por los delitos de calumnia e injuria.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra..... 166

Libertad condicional. — La Corte no tiene facultad para concederla.—La Corte se abstiene de resolver la solicitud formulada por Hipólito Herrera para que le sea concedida la libertad provisional.—Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve..... 171

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Influencia del fallo penal en el juicio civil. La Corte revoca el fallo del Tribunal Superior de Bogotá dictado en el juicio de María Josefa Vargas v. de Bonnell, en su propio nombre y en el de sus menores hijas María Cecilia y Aura María Bonell Vargas, contra la Nación sobre indemnización de perjuicios, y dispone que sea devuelto el negocio a la oficina de origen para que sea fallado de nuevo.—Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara..... 172

Domicilio civil de las personas.—Se resuelve a favor del Juez Promiscuo del Circuito de Apia la colisión de competencias suscitada entre este Juzgado y el 2º Civil del Circuito de Cartago para conocer del juicio de sucesión de la señora Cecilia Constaín v. de Salazar.—Magistrado Ponente: Dr. Roberto Goenaga 175

Inexistencia de un contrato administrativo por haberse omitido el requisito de la revisión por el Tribunal Contencioso Administrativo—Alcance de las atribuciones dadas a los Gobernadores por el artículo 1º del Decreto 3523 de 1949, durante el estado de sitio. — La Regla "Nemo auditur propiam turpitudinem allegans". — Concepto del orden público.—La Corte revoca la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta y en su lugar decide que no es el caso de hacer las declaraciones pedidas en la demanda instaurada por Horacio Manjarrés y Leopoldo Delgado Barreneche contra el Departamento del Magdalena sobre cumplimiento de un contrato e indemnización de perjuicios. — Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo A. 179

Se condena a los Ferrocarriles Nacionales por responsabilidad en siniestro ferroviario.—Concurrencia de culpas. — Deficiencia probatoria en relación con los perjuicios materiales sufridos por las víctimas del accidente.—Se revoca el fallo apelado del Tribunal Superior de Pereira en el juicio de Ignacio Sinisterra y Raquel Amézquita de Sinisterra contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, y en su lugar se declara civilmente responsable a la entidad demandada y se ordena el pago de los perjuicios ocasionados en un siniestro ferroviario. — Magistrado Ponente: Dr. níbal Cardoso Gaitán 185

El Fondo de Estabilización es un servicio público descentralizado que no goza de ningún fuero especial ni como demandante ni como demandado, a pesar de que los intereses que maneje sean de la Nación.—Nulidad por incompetencia de jurisdicción.— La Corte declara nulo lo actuado en el juicio del señor Javier Molina Vélez en su propio nombre y como propietario de la "Química Bayer, Wescott & Cía.", esta última representada por el Fondo de Estabilización del Banco de la República, contra estas entidades, por incompetencia de jurisdicción—Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo A. 191

Excepción dilatoria de inepta demanda.—Se

Págs.

declara probada la excepción dilatoria mencionada, a solicitud del señor Procurador Delegado en lo Civil, en el juicio intentado por Lucía Avila de Suárez, en representación de la sucesión de Angel María Avila Suárez contra la Nación, sobre declaración de pertenencia de unos terrenos petrolíferos—Magistrado Ponente: Dr. Roberto Goenaga 1

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.

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: JULIO J. BENETTI SALGAR

RELATOR DE LA CORTE

TOMO LXXXII - BOGOTA, COLOMBIA. MARZO y ABRIL DE 1956 - NUMEROS 2165 y 2166

S A L A P L E N A

LA CORTE DEPLORA EL FALLECIMIENTO DEL DOCTOR JORGE GUTIERREZ GOMEZ, EX-MAGISTRADO DE LA CORPORACION

La Corte Suprema de Justicia, reunida en pleno,

CONSIDERANDO:

Que el 17 del mes en curso falleció el doctor Jorge Gutiérrez Gómez, ilustre ex-Magistrado de esta Corporación;

Que el extinto sobresalió en el servicio público por su honradez sin mácula, sus sólidos estudios de las ciencias penales, los que empleó siempre en el reconocimiento de la verdad y en el imperio del derecho, y por la erguida noción del deber, sello invariable de todas sus actuaciones;

Que en el ejercicio de la abogacía, la que entendió como una honesta colaboración a la justicia y no como un medio ambicioso de enriquecimiento, supo guardar severamente las reglas de la ética profesional, que predicó con fervor desde la cátedra; y

Que en lo privado fue modelo de virtudes ciudadanas, entre las que predominaron la modestia, el encendido amor por la patria y su respeto por los fueros de la amistad,

ACUERDA:

Manifestar el profundo dolor que la desaparición de tan eminente jurista le ha causado, y presentar su vida como ejemplo a la juventud colombiana y especialmente a los funcionarios judiciales de la República.

Copias de este acuerdo se enviarán a la señora viuda y a los hermanos de doctor Jorge Gutiérrez Gómez, y se publicará en la GACETA JUDICIAL.

Dado en Bogotá, a los veinte días del mes de marzo de mil novecientos cincuenta y seis.

SE REAFIRMA LA DOCTRINA SEGUN LA CUAL DISPOSICIONES LEGALES SUSPENDIDAS EN EJERCICIO DE LA POTESTAD EXTRAORDINARIA QUE AL GOBIERNO CONFIERE EL ARTICULO 121 DE LA CONSTITUCION NACIONAL, NO PUEDEN SER MATERIA DE DECLARACION DE INEXEQUIBILIDAD

La ley deja de regir, ya por ser derogada, expresa o tácitamente, de acuerdo con la regla general de los artículos 71 y 72 del C. C., o bien por ser SUSPENDIDA, de conformidad con la facultad que atribuye al Presidente de la República el ordinal 3º del artículo 121 de la Constitución. Pero, estos fenómenos, esencialmente distintos, coinciden en el efecto de que ley derogada o suspendida, deja de regir: aquélla, definitivamente; ésta, de manera provisional, es decir, durante el estado de sitio, porque al ser restablecido el orden público "dejarán de regir los decretos de carácter extraordinario", según lo prescribe el ordinal 4º del citado artículo 121. Así, que, derogada o suspendida, la ley ha dejado de ser aplicable a los casos, relaciones o situaciones en ella contemplados, motivo por el cual existe un imposible jurídico de que entre una disposición legal derogada o suspendida, y una norma constitucional vigente, pueda existir el antagonismo material, vivo y concreto que se requiere para que la Corte Suprema cumpla el encargo recibido del constituyente en el artículo 214 de la Carta. Norma que ha sido derogada o suspendida, ha dejado de "mandar, prohibir, permitir o castigar", que son los fines de la ley según el artículo 4º del C. C., es decir, ha dejado de ser aplicable, y el conflicto, por tanto, con la Constitución, es imposible.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, abril trece de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.)

Se ha solicitado por el abogado Manuel Rodríguez Díaz, mayor de edad y vecino de Bogotá, D. E., la declaración de inexequbiilidad de los artículos 7º, apartes c) y d), 122, 123, 126 y 139 de la ley 3ª de 1945 "Sobre Código de Justicia Penal Militar", por quebrantar los artículos 26, 40, 55, 61, 170 y 215 de la Constitución Nacional.

Presentada la demanda el 4 de septiembre de 1948, fue oído el señor Procurador General de la Nación el 5 de octubre del mismo año, y hallándose al despacho del señor Magistrado que precedió al actual ponente, fue dictado, en uso de las facultades extraordinarias que confiere al Presidente de la República el artículo 121 de la Carta, el Decreto número 1125, de 31 de marzo de 1950, "por el cual se expide el nuevo Código de Justicia Penal Militar", cuyo artículo 460 suspendió la citada ley 3ª de 1945, de modo que cuando al actual Magistrado ponente le fue repartida dicha demanda (2 de febrero de 1954), la ley 3ª de 1945 seguía suspendida, como continúa hoy, porque el orden público no ha sido restablecido.

Suspendidos los textos legales acusados, esto es, no hallándose en vigor actualmente, la Corte carece de competencia para ejercer la función constitucional del artículo 214 de la Carta. No puede hablarse de inconstitucionalidad respecto de un precepto de la ley ordinaria, que no rige, así sea en forma de suspensión, porque no es posible el conflicto entre la regla de derecho o el estatuto de carácter constitucional, en toda su vigencia, con la norma de la ley ordinaria, cuya aplicación ha dejado de operar, así sea transitoriamente. Sólo la norma llamada a regir las actividades humanas en ella contempladas, puede llegar a hallarse en contradicción con un ordenamiento constitucional.

La ley deja de regir, ya por ser derogada, expresa o tácitamente, de acuerdo con la regla general de los artículos 71 y 72 del C. C., o bien por ser **suspendida**, de conformidad con la facultad que atribuye al Presidente de la República el ordinal 3º del artículo 121 de la Constitución. Pero, estos fenómenos, esencialmente distintos, coinciden en el efecto de que la ley derogada o suspendida, deja de regir: aquélla, definitiva-

mente; ésta, de manera provisional, es decir, durante el estado de sitio, porque al ser restablecido el orden público "dejarán de regir los decretos de carácter extraordinario", según lo prescribe el ordinal 4º del citado artículo 121. Así que, derogada o suspendida, la ley ha dejado de ser aplicable a los casos, relaciones o situaciones en ella contemplados, motivo por el cual existe un imposible jurídico de que entre una disposición legal derogada o suspendida, y una norma constitucional vigente, pueda existir el antagonismo material, vivo y concreto que se requiere para que la Corte Suprema cumpla el encargo recibido del constituyente en el artículo 214 de la Carta. Norma que ha sido derogada o suspendida, ha dejado de "mandar, prohibir, permitir o castigar", que son los fines de la ley según el artículo 4º del C. C., es decir, ha dejado de ser aplicable, y el conflicto, por tanto, con la Constitución, es imposible.

La Corte ha seguido este criterio tanto respecto de textos derogados como de normas legales suspendidas por el Gobierno en estado de sitio.

Respecto a los primeros, la sentencia de 30 de julio de 1955 (LXXX, 644) cita numerosos casos, y de ella es el siguiente aparte:

"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 de una derogatoria de la norma acusada".

En lo concerniente a las normas suspendidas, la corporación ha seguido el mismo criterio, según aparece de las sentencias de 3 de marzo de 1955 (LXXIX, 643 y 645) y de 24 de junio del mismo año. Dice la primera de las fechadas el 3 de marzo:

"Los casos contemplados por la jurisprudencia de la Corte, no son sin embargo, idénticos al que se plantea aquí, en que las disposiciones legales acusadas se hallan suspendidas y no derogadas. Pero en todo caso, no se da actualmente, el conflicto entre una regla legal y un precepto constitucional, en virtud, de la circunstancia de que no está en vigencia sino en suspenso la norma de inferior jerarquía. Conforme a las reglas del artículo 121 de la Constitución, los decretos dictados por el Gobierno durante la turbación del orden público no tienen fuerza derogatoria sino simplemente suspensiva de la legislación preexistente, de manera que cuando sea restablecido el orden público "dejarán de regir los decretos de carácter extraordinario que haya dictado" y por consiguiente deben recobrar su imperio las disposiciones legales que habían sido suspendidas por tales decretos, en cuanto no hayan sido derogadas o subrogadas por otras normas legales. De suerte que, en casos como el presente, si bien es cierto que actualmente no se da el conflicto entre la ley acusada y la Constitución por estar la primera suspendida por los decretos extraordinarios que reglamentaron íntegramente la materia bajo el título de Código Sustantivo del Trabajo, aquélla puede recobrar su vigencia al producirse la declaración del Gobierno sobre restablecimiento del orden público".

En aplicación de la doctrina expuesta, la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena,

DECIDE:

No es el caso de resolver sobre la acusación de inexequibilidad, formulada contra los artículos 7º, apartes c) y d), 122, 123, 126 y 139 de la ley 3ª de 1945.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL, comuníquese al Ministro de Guerra y archívese el expediente.

Luis Felipe Latorre — Manuel Barrera Parra. Manuel Buenahora. — Aníbal Cardoso Gaitán. Jesús Estrada Monsalve — Roberto Goenaga — Ignacio Gómez Posse — Agustín Gómez Prada. José J. Gómez R. — José Hernández Arbeláez. Ricardo Jordán Jiménez — Julio Pardo Dávila. Camilo Rincón Lara — José Joaquín Rodríguez. Domingo Sarasty — Luis Zafra — Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

SE REAFIRMA LA DOCTRINA DE QUE DISPOSICIONES LEGALES DEROGADAS NO PUEDEN SER DECLARADAS INEXEQUIBLES

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, abril trece de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.)

El ciudadano Santiago Romero Sánchez pide que se declare que es inexequible el artículo 7º del Decreto Legislativo número 279 de 17 de febrero de 1953, que dice:

"Quienes hubieren presentado solicitud de licencia para ejercer la odontología con anterioridad a la vigencia del presente decreto y con arreglo a las disposiciones legales anteriores, sólo podrán obtenerla si el solicitante presenta y aprueba previamente un examen de aptitud profesional en cualquiera de las Facultades de Odontología de las Universidades autorizadas legalmente.

"Parágrafo.—Los programas y la manera como se debe practicar el examen de que trata este artículo deberán ser reglamentados por el Gobierno Nacional y se darán a conocer a los interesados cuando lo soliciten. Estos exámenes se verificarán invariablemente dentro de los sesenta (60) días siguientes a la fecha de la Resolución de la Junta de Títulos Odontológicos en que, en cada caso particular, se resuelva sobre la legalidad de las documentaciones presentadas con la solicitud. Este plazo es improrrogable y quienes no cumplan con este requisito dentro del término fijado pierden el derecho al examen y sus solicitudes de licencia les serán negadas y pasarán al archivo".

La causa de la inexequibilidad se hace radicar en la pugna que en concepto del peticionario existe entre el precepto acusado y el artículo 30 de la Carta, por ser aquél violatorio de derechos adquiridos con justo título conforme a las leyes citadas.

Mas, ocurre que el artículo 7º del citado Decreto número 279 de 1953, fue expresamente derogado por el artículo 27 del Decreto legislativo número 124, de 20 de enero de 1954, que entró a regir treinta días después de su promulgación, de modo que no hay materia sobre la cual pueda la Corte ejercer la función que le señala el artículo 214 de la Constitución Nacional.

Antes de la derogatoria fue oído el señor Procurador General de la Nación, quien conceptuó en contra de la demanda.

En sentencia de 30 de julio de 1955 (LXXX, 644) dijo la Corporación, en Sala Plena, sobre un caso semejante:

"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, 300; mayo 26 de 1923, 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, LXIII, 2; noviembre 3 de 1950, LXVIII, 514 y 515; junio 26 de 1951, LXX, 1 y 2; septiembre 26 de 1951, LXX, 369; octubre 22 de 1954, LXXVIII, 841)".

Por tanto, habiendo desaparecido de la legislación el texto acusado, como se dijo antes, no es

ley de la Nación, y no puede, en consecuencia, de acuerdo con la doctrina expuesta, declararse que es inexequible. La inexequibilidad de un texto legal presupone su existencia, como ordenamiento jurídico de la Nación.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 214 de la Carta,

DECIDE:

No hay lugar a resolver sobre la demanda de inexequibilidad contra el artículo 7º del Decreto legislativo número 279, de 17 de febrero de 1953

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL, comuníquese a los Ministerios de Gobierno, de Educación Nacional y Salud Pública, y archívese el expediente.

Luis Felipe Latorre — Manuel Barrera Parra. Manuel Buenahora — Aníbal Cardoso Gaitán — Jesús Estrada Monsalve. — Roberto Goenaga — Ignacio Gómez Posse — Agustín Gómez Prada. José J. Gómez R. — José Hernández Arbeláez. Ricardo Jordán Jiménez — Julio Pardo Dávila, Camilo Rincón Lara — José Joaquín Rodríguez. Domingo Sarasty — Luis Zafra. — Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

CAUSAL 3ª DEL ARTICULO 4º DE LA LEY 45 DE 1936. — CASO DE UNA DECLARACION DE RENTA QUE SIRVE DE PRUEBA DE LA FILIACION NATURAL CON BASE EN AQUELLA CAUSAL

La ley 45 de 1936 en el numeral 3º de su artículo 4º le otorga mérito a una simple carta o a "otro escrito CUALQUIERA" del pretendido padre, para hacer la declaración judicial de paternidad. Para la Corte una declaración formal de renta y patrimonio presentada ante la administración de Hacienda Nacional, en que se haga la inclusión explícita por parte de quien se pretende la paternidad, de que una persona es hija suya, es algo más que UN ESCRITO CUALQUIERA.

Si para tener a una persona como hija natural de un pretenso padre basta, sin necesidad de juicio, que aquél la haya reconocido por manifestación ante un juez, aunque el reconocimiento no haya sido el objeto único y principal del acto que la contiene (artículo 2º de la ley 45 de 1936), es imposible, inexplicable que se le desconozca su mérito a las referidas declaraciones, no verbales sino escritas, presentadas a la administración de Hacienda, en presencia del texto tan comprensivo y amplio del numeral 3º, artículo 4º de la ley 45, no para dar por establecida la filiación, sin discutirla, sino para declararla judicialmente, previo el amplio debate del juicio ordinario.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U.)

El 28 de julio de 1954, María Teresa Morales o Sánchez de Martínez, mayor y vecina de Ibagué. por medio de apoderado, propuso ante el Juez Civil de aquel Circuito, juicio ordinario contra la sucesión de Urbano Sánchez L., representada por el curador de la herencia yacente de dicho causante, para obtener la declaración de ser hija natural del mismo, con base en los siguientes hechos:

"1º—Teresa Morales o Sánchez, quien nació el 23 de abril de 1933 en Ibagué y bautizada en la Parroquia de la Catedral de Ibagué, el 29 de marzo de 1936 es hija natural de Urbano Sánchez L., y procreada por éste con Claudina Morales Varón.

"2º—Teresa Morales o Sánchez, o sea mi mandante, es fruto de las relaciones sexuales estables que de manera notoria existieron entre el causante Urbano Sánchez Lizcano con Claudina Morales Varón.

"3º—El que en vida se llamó Urbano Sánchez Lizcano, o sea el hoy causante Urbano Sánchez L., trató y reputó como su hija natural a la demandante Teresa Morales o Sánchez y en tal carácter la reputaba desde que nació, proveyendo a su subsistencia, cuidado y educación, y con esa calidad la presentaba a sus deudos, familiares, relacionados y amigos.

"4º—Todos los hechos expresados en los puntos inmediatamente anteriores son de conocimiento público y general en el vecindario de Ibagué, domicilio general que fue del causante Urbano Sánchez L.

"5º—Entre el hoy causante Urbano Sánchez L. y Claudina Morales Varón, existieron relaciones sexuales en la época de la concepción y procreación de la actora, y el hoy causante señor Urbano Sánchez L., suministraba todo lo necesario para la subsistencia, vestuario y alimentación tanto para su hija natural Teresa Morales o Sánchez como para la madre natural de la misma, señora Claudina Morales Varón como todos los gastos que se ocasionaban por razón de la vida marital entre los mismos que, en forma estable, permanente y en comunidad de habitación, mantenían relaciones sexuales y cuyo fruto fue la concepción y nacimiento de la demandante.

"6º—Durante más de diez años, el señor Urbano Sánchez L., como padre natural de Teresa Morales o Sánchez, trató a ésta como su hija natural, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente y presentándola en ese carácter a sus deudos y amigos, y tanto éstos como el vecindario de Ibagué, ciudad ésta del domicilio del causante Urbano Sánchez L., en general reputaron y reconocieron a la actora como hija natural del causante a virtud del tratamiento que Urbano Sánchez L., daba y dio como su hija natural de la demandante, y todo lo cual es un hecho cierto y público en Ibagué y aceptado y reconocido por todos los amigos y conocidos y relacionados del causante Urbano Sánchez L.

"7º—Durante varios años el señor Urbano Sánchez L., tuvo en su casa de habitación de Ibagué, marcada con el número 25-105, situada en la carrera 4ª con la calle 26 y bajo su cuidado y atención a Teresa Morales o Sánchez, por ser su hija natural, y ya un poco mayor, pero siendo impúber, el dicho causante Urbano Sánchez L., mantenía en su tienda de la calle 14 número 2-59 a su hija natural Teresa Morales o Sánchez, velando continuamente por ella y dejándole al cuidado y manejo de dicha tienda a su hija natural Teresa Morales o Sánchez, hasta cuando ésta casó con el señor Juan de Jesús Martínez, pero a pesar del matrimonio de su hija natural Teresa Morales o Sánchez, el señor Urbano siguió viendo, cuidando y ayudando y proveyendo de lo necesario a su dicha hija natural.

"8º—En las declaraciones de Renta y Patrimonio del señor Urbano Sánchez L., correspondientes a los años de 1951 y año gravable de 1952, rendidas bajo declaración jurada por el dicho señor Sánchez Lizcano ante el señor Administrador de Hacienda Nacional de Ibagué y por ante testigos, RECONOCE como su hija natural a doña Teresa Morales, no sólo, pues, bajo juramento sino ante testigos que con él firmaron dichas declaraciones y reconocimiento de ser Teresa Morales su hija natural".

Alejandro Mature Guzmán, representante de la sucesión de Urbano Sánchez, en su calidad de curador de la herencia, contestó, también por apoderado la demanda de filiación en referencia, en sentido favorable a ella, pero el Juez, en fallo de 28 de febrero de 1955, decidió el asunto en sentido adverso a la demandante, y el Tribunal Superior de Ibagué confirmó esa sentencia por medio de la que pronunció el 31 de mayo siguiente, providencia que ha venido a la Corte en virtud del recurso de casación interpuesto por la parte demandante.

Invoca el recurrente en primer término la causal sexta del artículo 520 del Código Judicial, con el reparo de que la sucesión de Urbano Sánchez estuvo mal representada por el curador de la herencia yacente, quien no es el llamado a hablar en nombre de los herederos, en juicios como el de filiación.

Ante todo es de observar que la alegación sobre ilegitimidad de la personería sólo compete a la persona mal representada no a la contraparte; y en esta controversia ocurre que a ella se presentó y obtuvo que se le tuviera como parte, en su calidad de heredero declarado o reconocido el señor Marco Aurelio Martínez, primo hermano del causante, sin que impugnara la personería del prenombrado curador. Es verdad que le desconoce todo mérito a la confesión de éste para acreditar el estado civil controvertido, pero eso es cosa distinta de la legitimidad en la representación en el juicio, conforme al artículo 578 del Código Civil. El heredero declarado nada objetó al respecto, siendo el caso de aplicar la regla contenida en el último inciso del artículo 450 del Código Judicial, que reza:

"No puede alegarse como causal de nulidad la falta de citación, o emplazamiento, cuando la persona o personas que no fueron citadas o emplazadas, debiendo serlo, han representado en el juicio sin reclamar la declaración de nulidad".

Por tanto, el cargo que se examina carece de fundamento.

Segundo cargo

Lo hace consistir el recurrente en violación de los artículos 1º y 4º de la ley 45 de 1936, por desacertada apreciación de una prueba que, en su opinión, encaja en el numeral 3º de dicho artículo 4º, que dice: "Hay lugar a declarar judicialmente la paternidad: .....

"3º—Si existe **carta u otro escrito cualquiera** del pretendido padre, que contenga una confesión inequívoca de paternidad".

El recurrente desarrolla la acusación en diversas formas, por diferentes aspectos, pero confluyentes todos a destacar el desacierto del Tribunal por haber desestimado la prueba consistente en la inclusión explícita hecha por Urbano Sánchez L. del nombre de Teresa Morales, como hija suya, entre las personas a su cargo, al formular las declaraciones sobre patrimonio y renta en los años

de 1951 y 1952, cuyos triplicados suscritos por el causante y respaldados con la firma y sello del correspondiente empleado de la administración de Hacienda Nacional de Ibagué, fueron presentados con la demanda, sin que el curador de la herencia ni el heredero reconocido hayan puesto en duda su autenticidad. El aludido heredero y el Tribunal no niegan que tales piezas sean auténticas, sino que son de índole simple y exclusivamente fiscal, sin que puedan admitirse para acreditar la filiación, porque no fueron formuladas ni extendidas con este fin.

Pero se olvida lamentablemente que para tal efecto la ley le otorga mérito a una simple carta o a "otro escrito **cualquiera**"; y para la Corte aquellas declaraciones formales y de indiscutible seriedad e importancia son algo más que **un escrito cualquiera**.

Si para tener a una persona como hija natural de un pretenso padre, basta, sin necesidad de juicio, que aquél la haya reconocido por manifestación ante un juez, aunque el reconocimiento no haya sido el objeto único y principal del acto que la contiene (artículo 2º de la ley 45), es imposible, inexplicable, así: **imposible** e **inexplicable** que se le desconozca su mérito a las referidas declaraciones, no verbales sino escritas, presentadas a la Administración de Hacienda, en presencia del texto tan comprensivo y amplio del numeral 3º, artículo 4º de la ley 45, no para dar por establecida la filiación, sin discutirla, sino para declararla judicialmente, previo el amplio debate del juicio ordinario.

Dado el texto de significado o sentido irrestricto a que se hace referencia, sería absurdo admitir que el declarante sí es padre natural de cierta persona a quien sostiene por motivo de dicha calidad, para obtener reducción del impuesto, pero desconocer la misma calidad en cuanto a las consecuencias civiles que conlleva.

Por lo expuesto, la Corte encuentra fundado el cargo que se examina y suficiente para casar la sentencia recurrida.

Por las mismas razones, y procediendo como Tribunal de instancia, estima que la filiación natural cuyo reconocimiento se solicita está suficientemente probada y, en consecuencia CASA la sentencia recurrida y en su lugar hace las siguientes declaraciones:

"**Primera.** — Teresa Morales o Sánchez, nacida en Ibagué, el 23 de abril de 1933 y bautizada en la Iglesia Catedral de Ibagué, el 29 de marzo de 1936, es hija natural del que en vida se llamó Urbano Sánchez Lizcano, y en consecuencia tiene interés en la sucesión de su padre natural, al tenor de la Ley 45 de 1936 y del Código Civil Colombiano.

"**Segunda.**—Como consecuencia de la declaración inmediatamente anterior, Teresa Morales o Sánchez, en su calidad de hija natural del causante Urbano Sánchez L., es legitimaria de éste y por tanto heredera preferente del prenombrado causante, en la herencia de éste y cuyo juicio de sucesión que, ha sido declarado herencia yacente, cursa en el Juzgado 1º Civil del Circuito de Ibagué, al tenor del derecho y de lo dispuesto en el artículo 20, inciso último de la Ley 45 de 1936.

"**Tercera.**—Teresa Morales o Sánchez tiene en consecuencia derecho a que se le adjudique como heredera de su padre natural señor Urbano Sánchez L., y en la sucesión de éste, el caudal hereditario con sus aumentos, mejoras y frutos de toda clase, al tenor de las disposiciones pertinentes de la ley civil sustantiva, pertenecientes al patrimonio de la sucesión de Urbano Sánchez L., y dichos bienes relictos le deben ser entregados o restituídos a Teresa Morales o Sánchez a título de heredera universal y única del renombrado causante".

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.

DESISTIMIENTO DE UN JUICIO POR TRANSACCION CELEBRADA ENTRE LAS PARTES. — FALTA DE INTERES JURIDICO EN QUIEN SE PRETENDE COADYUVANTE EN EL JUICIO PARA IMPUGNAR EL DESISTIMIENTO

La Corte ha dicho en repetidas ocasiones que no basta para intervenir como coadyuvante en un juicio un interés meramente económico; es necesaria la existencia de un vínculo jurídico que haga procedente la intromisión del tercero.

Y también ha expresado: "El coadyuvante no es parte en el juicio; en el juicio no hay más que dos partes: la actora o demandante y la opositora o demandada. Quien coadyuva la acción del demandante no promueve pleito propio; ayuda o defiende causa ajena; su derecho se limita a tal ayuda, y no trasmite el ayudado sus propios fueros y sus peculiares privilegios". (V. Cas. de 31 de agosto de 1945, G. J. número 2025-bis, pág. 1116).

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

(Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse)

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en el ordinario de Sara Isaac Sierra, como representante de sus hijos naturales Alfonso y Carol Barbosa Isaac, contra doña Carlota B. v. de Barbosa.

Antecedentes

Obrando como personero judicial de Sara Isaac Sierra, el abogado doctor Francisco de P. Vargas Vélez presentó demanda contra la señora viuda de Barbosa en la que se hacen varias peticiones. La sentencia recurrida se refiere a las contenidas en las letras d) y e) del libelo, que dicen: "d) Que la señora Carlota Barrios v. de Barbosa carece de derecho para exigir de mi mandante la totalidad o la cuarta parte ni cuota alguna de la suma de **diez y ocho mil pesos** ($ 18.000.00) que como honorarios de albacea testamentario en la sucesión del doctor Sofronín G. Barbosa señaló el Tribunal en providencia de 24 del presente año; e) Que la señora Carlota B. v. de Barbosa está obligada a pagar a mi mandante la suma de **catorce mil ciento sesenta y seis pesos con sesenta y siete centavos** ($ 14.166.67) m. cte. saldo o resto de la de **veintidós mil quinientos pesos** ($ 22.500.00) que corresponden a mi mandante por ser uno de los cuatro partícipes entre quienes por partes iguales debe ser repartida la suma de **noventa mil pesos** ($ 90.000.00) que como frutos civiles produjeron los bienes herenciales de la sucesión del doctor Sofronín Barbosa, saldo que resulta por haber ya dicha señora entregado a mi representado la suma de **ocho mil trescientos treinta y tres pesos con treinta y tres centavos,** de la misma moneda.

Los hechos fundamentales de la demanda los sintetiza el fallador así: "Muerto el señor doctor Sofronín Barbosa, la demandada Carlota Barrios, en su triple carácter de cónyuge sobreviviente, heredera y albacea, promovió ante el Juzgado Tercero Civil de este Circuito la liquidación del haber sucesoral y de la sociedad conyugal disuelta por la muerte del causante Barbosa. Mientras se liquidaba el sucesorio mencionado los menores Alfonso y Carol Barbosa Isaac, representados por su madre Sara Isaac Sierra y por conducto de su apoderado, el doctor Francisco de P. Vargas Vélez, y por separado el señor Euclides Barbosa, promovieron demanda ordinaria de filiación natural, y fue así como el juicio tendiente a la liquidación del haber sucesoral y de la sociedad conyugal que había formado con la señora Barrios de Barbosa el causante, quedó paralizado".

Fallados definitivamente los juicios ordinarios reconociéndole a los demandantes su carácter de hijos naturales, se liquidó el juicio de sucesión en la forma legal.

En el trabajo de partición se dejó constancia de que "tanto el pasivo de que se acaba de hablar como todos los demás gastos que han ocasionado este juicio, se han dividido entre los interesados a prorrata de sus cuotas, y es por ello por

lo que decimos que ni hay pasivo ni habrá necesidad de hijuela para pago de gastos...". A pesar de esta cláusula, la cónyuge sobreviviente Barrios v. de Barbosa obtuvo que la jurisdicción le señalara honorarios como albacea por la suma de **diez y ocho mil pesos** ($ 18.000.00). Entregados a los herederos hijos naturales los bienes que les correspondían, se convino en fijar en la suma de **noventa mil pesos** ($ 90.000.00) los frutos de los bienes mientras fueron administrados por la cónyuge para repartirlos entre los herederos a prorrata de sus cuotas. Se dice que a los menores Carol y Alfonso se les debe la suma de **veintiocho mil trescientos treinta y tres pesos con treinta y cuatro centavos** ($ 28.333.34).

Al mismo tiempo que se tramitaba ante el Juzgado 2º Civil del Circuito de Cartagena la demanda que se acaba de determinar en que se actuaba en nombre del menor Alfonso Barbosa Isaac, ante el Juzgado 1º del mismo Circuito se presentaba otra en representación del menor Carol Barbosa Isaac, con las mismas peticiones y fundamentos de hecho del anterior. Se dispuso la acumulación de las acciones para tramitarlas bajo una misma cuerda.

El abogado doctor Vargas Vélez ejercía la personería en estos juicios; pero la señora Sara Isaac Sierra, madre natural de los referidos menores cambió de apoderado. En esta situación y cuando todavía no se había ordenado la acumulación, el abogado doctor Vargas, solicitó del Juzgado 2º Civil del Circuito se le tuviera como coadyuvante de la parte demandante en el juicio. El Juzgado por providencia del 28 de junio de 1949 no accedió a lo pedido por el dicho señor abogado. Ese proveído quedó en firme; pero ante el Juzgado 1º Civil se formuló la misma petición y ese despacho en auto de junio 7 de 1949 dijo: "Tiénese al señor doctor Francisco de Paula V.... como coadyuvante activo en este ordinario que adelanta Sara Isaac Sierra, madre natural del menor Carol Barbosa Isaac, representada actualmente por el doctor Tomás Figueroa Cervantes".

Observando el procedimiento de rigor, las partes en el juicio llegaron a verificar una transacción y como consecuencia de ella desistieron de las acciones propuestas y el Juzgado **a quo** por providencia del 17 de abril de 1950, aceptó el desistimiento de los juicios acumulados y dispuso que se archivara el expediente. El apoderado del doctor Vargas apeló de esa resolución y el Tribunal de Cartagena en proveído del 22 de enero de 1952, expresó: "1º Admítese el desistimiento propuesto por los doctores Tomás Figueroa Cervantes y Clodomiro Herrera Meñaca, de los juicios acumulados que siguen el primero como representante judicial de los menores Alfonso y Carol Barbosa Isaac, contra la señora Carlota Barrios viuda de Barbosa, representada por el segundo de los abogados dichos. — 2º La admisión de este desistimiento no significa forzosamente la terminación del litigio, el cual puede seguir su curso con la actuación del coadyuvante litis-consorcial.

"Queda reformado en los términos anteriores el auto de fecha diez y siete de abril de mil novecientos cincuenta".

Las sentencias de instancia

El Juzgado **a quo** declaró:

1º — Que la señora Carlota Barrios viuda de Barbosa carece de derecho para exigir a la señora Sara Isaac Sierra suma alguna en razón del valor de los honorarios como albacea testamentaria de la sucesión del doctor Barbosa señalados por el Tribunal Superior.

2º—La referida señora v. de Barbosa está obligada a pagar a la señora Sara Isaac Sierra en su condición de representante legal de los menores Alfonso y Carol Barbosa Isaac la suma de **cinco mil seiscientos setenta y seis pesos con sesenta y seis centavos,** saldo o resto que corresponde a los nombrados menores por concepto de frutos civiles de los bienes sucesorales; y

3º—La señora demandada debe pagar los intereses legales de esta suma desde el siete de julio de 1947 hasta cuando se verifique el pago.

El Tribunal Superior desató la apelación interpuesta contra ese fallo confirmando el numeral 1º de la sentencia; y rebajando en un cincuenta por ciento (50%) las sumas señaladas en los numerales 2º y 3º.

La casación

La parte demandada interpuso el recurso y en el escrito respectivo se formulan contra la sentencia seis cargos que se examinarán en el orden lógico en que ello debe hacerse, principiando por el sexto fundado en la causal segunda del artículo 520 cuando se dice que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, violándose los artículos 471 y 593 del C. J.

El cargo se hace consistir, en que los demandantes, menores Barbosa Isaac, en la letra d) de

la demanda principal pidieron que se declarara que la señora Barrios de Barbosa carecía de derecho para exigir de los mandantes del doctor Vargas parte alguna de la suma de **diez y ocho mil pesos** ($ 18.000.00) en que fueron fijados los honorarios de dicha señora como albacea testamentaria; y que el fallo hizo esa declaración refiriéndose no a los menores sino a la señora Sara Isaac Sierra. El recurrente encuentra que esa situación hace procedente la causal.

La Corte considera:

El cargo carece de fundamento por dos razones: Porque el poder para actuar en el juicio le fue conferido al doctor **Francisco de P. Vargas** por la señora Sara Isaac Sierra en su calidad de representante legal de sus menores hijos naturales Alfonso y Carol Barbosa Isaac; luego es notorio que la declaración de la sentencia en cuanto se refiere a la mandante, se hace en el carácter expresado en el respectivo poder; y 2º porque la parte motiva de la sentencia es explícita cuando relieva que la nombrada señora Sierra ha obrado no personalmente sino en nombre de sus aludidos descendientes. Se rechaza el cargo.

Cuarto cargo. — Se acusa la sentencia por la causal sexta del artículo 520 del C. J. "Nulidad por ilegitimidad de personería del coadyuvante".

El cargo se rechaza porque el recurrente al fundamentarlo se refiere a la personería sustantiva que tenga el coadyuvante para haber actuado en el juicio, negándole el derecho mismo por él invocado y desconociéndole, por lo tanto, el título propio en que pudiera apoyarse la coadyuvancia, confundiendo el recurrente la legitimación **ad-causam** con la legitimación **ad-procesum** cuya falta sí genera la causal por él invocada. El abogado doctor Vargas ha actuado en el negocio por conducto de apoderados legalmente reconocidos. No existe, pues, la nulidad a que alude el recurrente, y en el supuesto de que la hubiera, sólo la parte mal representada hubiera podido alegarla.

Cargo tercero.—De los demás cargos formulados por el recurrente, se destaca el que contiene el capítulo 3º. Porque él va al fondo mismo de la situación creada por el Tribunal cuando en providencia interlocutoria que se ha anotado declaró que el abogado doctor Vargas tenía el carácter de coadyuvante en virtud del litis-consortio. El cargo se concreta así: "Acuso la sentencia por la causal 1ª del artículo 520 del C. J., infracción de los artículos 2484, 1379, 1583 por aplicación indebida y del 2483 del C. C. por falta de aplicación".

En la fundamentación de este ataque se dice: "Para desconocer la transacción, el Tribunal aplicó el artículo 2484 del C. C. y se fundó en el siguiente hecho: 'Este contrato, refiriéndose al de transacción, fue celebrado el 28 de julio de 1950, y el doctor Francisco de P. Vargas había sido aceptado como coadyudante en auto de fecha siete (7) de junio de 1949, o sea con un año de anterioridad se le reconoció el carácter de coadyudante litis consorcial, es decir, de interviniente con la calidad, autonomía y capacidad de parte, lo cual significa que fue admitido como uno de los principales interesados en los juicios dichos.

El artículo 2484 del C. C., dice: "La transacción no surte efecto sino entre los contratantes. Si son muchos los principales interesados en el negocio sobre el cual se transige, la transacción consentida por uno de ellos no perjudica ni aprovecha a los otros; salvo, empero, los efectos de la novación en el caso de solidaridad. Luego no puede oponérsele al contrato de transacción celebrada entre otras personas al doctor Francisco de P. Vargas y la excepción consiguiente no puede ser reconocida (sic)'. Hasta aquí el Tribunal".

"De la exposición transcrita, se desprende, continúa el recurrente, que la sentencia consideró al coadyuvante litis-consortio, como principal interesado en los juicios acumulados, por el hecho de haberle reconocido con anterioridad su calidad, autonomía y capacidad de parte. Si tales afirmaciones fueran ciertas, que no lo son como se demostró en cargos anteriores, ello no equivaldría ni remotamente a la expresión de principales interesados en el negocio sobre el cual se transige usada por el artículo 2484 del C. C. y por tanto siendo dos cosas distintas, erró el Tribunal en la aplicación de dicho artículo, el cual en el caso de autos debió interpretarse en armonía con los artículos 1397 y 1583 del mismo texto. En efecto, el artículo 2484 del C. C., al expresar que sí son muchos los principales interesados en el negocio sobre el cual versa la transacción indicó una situación jurídica que forzosamente debe tenerse en cuenta al aplicarse; esta es la de principal interesado... El negocio sobre el cual versó la transacción era el de supuesta acreencia, o real acreencia, si se quiere, a cargo de la señora de Barbosa y a favor de los meno-

res. ¿Cómo entró a formar parte interesada el doctor Vargas en ese negocio? En ninguna forma, y así se desprende del referido contrato sin más comentarios. ¿Cuál es el vínculo de Vargas en el contrato? Lo explica el mismo contrato en referencia; por una expectativa de derecho que le daría título jurídico al cumplirse por el pretendido coadyuvante no sólo una labor con éxito, sino que los menores recibían el resultado de estas dos cosas, o sea el pago... Es necesario advertir, a pesar de haberse dicho antes, que la calidad de litis consortio del coadyuvante no quedó definida con el auto interlocutorio que se profirió en el curso del debate, sino con la sentencia que se acusa, en donde realmente se trató este punto...".

La Corte considera:

De los términos que anteceden, un tanto imprecisos, sí se deduce que el recurrente le niega al doctor Vargas el interés jurídico que tenga en el juicio para que el Tribunal lo hubiera declarado coadyuvante cualificado, dándole, por consiguiente, una errada interpretación al artículo 2484 del C. C. no otorgándole la transacción verificada entre las partes ni al desistimiento consecuencial el valor pleno que tenía.

Para entrar al fondo mismo de la cuestión es preciso establecer que ni el auto proferido por el Juzgado en que se tuvo al doctor Vargas como coadyuvante, ni el interlocutorio del Tribunal en que calificó esa coadyuvancia como litis-consortio para negar la totalidad de los efectos al desistimiento, hacen tránsito a cosa juzgada y que, por lo tanto, en casación y de acuerdo con el ataque formulado por el recurrente, sí se puede entrar a examinar el mérito legal de esas providencias.

Como se ha anotado, el Juzgado 2º del Circuito de Cartagena, que fue el que vino a conocer de las dos acciones acumuladas, en auto de 28 de junio de 1949, providencia ella sí razonada, no accedió a reconocer al doctor Vargas como parte coadyuvante de la demandante en el juicio; contra ese proveído no se interpuso ningún recurso. El Juzgado Primero que conocía de la otra demanda que luego fue acumulada por auto de fecha anterior, 7 de junio de 1949, tuvo al doctor Vargas como "coadyuvante activo". Las partes guardaron silencio respecto de ese proveído. Al aceptar el Juzgado del conocimiento el desistimiento de los juicios acumulados y disponer que el expediente fuera archivado, el apoderado del doctor Vargas pidió revocatoria de esa providencia alegando el interés de coadyuvante. Llevado el negocio por apelación al conocimiento del Tribunal esta entidad profirió la providencia interlocutoria del 22 de enero de 1952 cuyas conclusiones se han transcrito antes, y le dio al doctor Vargas el carácter de litis-consortio. Véase, pues, cómo la calidad de coadyuvante reconocido al doctor Vargas, negado después y calificado más tarde por el Tribunal no fue materia de un debate específico entre las partes, sino efecto de incidentes resueltos por los falladores en que no se discutía, por ningún aspecto, el fondo mismo de las cuestiones de hecho y de derecho planteadas en el juicio; de ahí que la Corte estime que los argumentos del recurrente encaminados a desconocer el interés jurídico del doctor Vargas para haberse opuesto al pleno cumplimiento de la transacción y del desistimiento, puedan ser considerados al atacar la sentencia por errónea interpretación del artículo 2484 del C. C.

Tratando de los requisitos que deben conformar la regla de la cosa juzgada Colin y Capitant dicen: "**Tercero.**—Que es necesario que se trate de una sentencia definitiva. Por lo tanto, en principio no tienen autoridad de cosa juzgada las decisiones **anteriores a la sentencia, decisiones preparatorias, provisionales o interlocutorias.** De ahí la máxima de que lo interlocutorio no obliga al Juez. Sin embargo, ocurrirá otra cosa y una decisión interlocutoria adquirirá la fuerza de cosa juzgada, si, como ocurre con frecuencia, ha resuelto definitivamente una cuestión de derecho o de hecho debatida expresamente entre las partes". (Tomo III. Curso Elemental de Derecho Civil).

Tuvo el Tribunal para fundamentar su resolución interlocutoria lo dicho por el doctor Vargas en el memorial respectivo ante el Juzgado y que fue transcrito en ese fallo.

Expuso el doctor Vargas: "En el juzgado de usted cursa un juicio ordinario intentado por la señora Sara Isaac Sierra, madre natural del menor impúber Carol Barbosa Isaac, ejerciendo la patria potestad y como su representante legal, contra la señora Carlota B. v. de Barbosa, para que se hagan unas declaraciones así: Que en la cuenta de partición de la sucesión testamentaria del doctor Sofronín Barbosa se determinó que todos los gastos habían sido hechos y cancelados por los interesados a prorrata de sus cuotas; que en la misma se estableció que no había pasivo y se precisó que las únicas deducciones eran sumas

distintas a los honorarios del albacea; que todo honorario de albacea hace parte de los gastos del juicio; que la señora Carlota Barrios carece de derecho para exigir de Carol Barbosa Isaac la totalidad, la cuarta parte o cuota alguna de la suma de **diez y ocho mil pesos** que el Tribunal señaló como honorarios del albacea en la sucesión testamentaria de Sofronín Barbosa; que la señora Carlota B. viuda de Barbosa está obligada a pagar al menor Carol Barbosa Isaac **catorce mil ciento sesenta y seis pesos con sesenta y siete centavos** moneda corriente, en concepto de saldo de veinte y dos mil (sic) quinientos pesos que le corresponden al menor dicho al repartirse el monto de los frutos civiles que produjeron los bienes sucesorales durante la administración de la señora viuda de Barbosa, es decir, durante los pleitos suscitados para que pudieran ser aceptados los menores hijos naturales de Sofronín Barbosa. Yo fui el abogado que se hizo cargo de gestionar el derecho del menor Carol Barbosa y por mis gestiones debía pagárseme el cincuenta por ciento de lo que lograra conseguir para dicho menor. Las gestiones se concretaron a toda la secuela de un juicio ordinario, el cual tuvo sus dos instancias, ante el señor Juez Tercero Civil del Circuito de Cartagena y el Tribunal Superior, y recurso de casación que se tramitó ante la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema. El juicio ordinario fue promovido dentro del de sucesión del doctor Sofronín Barbosa, que se ventiló ante el señor Juez Tercero Civil de este Circuito, y culminó en sentencia totalmente favorable a la pretensión de la demanda. De conformidad con el convenio que celebré con la representante legal del menor Carol, yo alcancé a tener derecho al cincuenta por ciento de lo que se le adjudicó en la sucesión de su padre natural y desde luego, tengo interés personal, material y moral, en que no se merme lo que a dicho menor se adjudicó, porque merma de hecho mi emolumento u honorario y disminuye también en importancia el triunfo que obtuve, que también fue triunfo moral. En el juicio sucesorio de don Sofronín Barbosa se estableció en la cuenta de partición (base sexta) que todos los gastos del juicio habían sido hechos y cancelados por los interesados a prorrata de sus cuotas, es decir el honorario del albacea estaba ya tomado en cuenta y no había ya derecho a reclamar nada posteriormente. Pero ahora se reclama suma o calidad de dinero sobre el particular, luego si este crédito subsiste, si no triunfa la tesis de la demanda al respecto, merma de hecho lo que se adjudicó al menor Carol y de consiguiente lo que me corresponde. Una de las peticiones de la demanda en que hablo tiende a conseguir que se declare que la señora Carlota de Barbosa no tiene derecho a pedir nada a Carol Barbosa en concepto de honorarios de albacea La otra solicitud de la demanda que dio origen al juicio que se ventila ante usted, es la relativa al pago de los productos de los bienes adjudicados durante la época de la administración de la señora viuda de Barbosa. Y es evidente que si la señora no paga a Carol lo que en realidad le adeuda, se aminora mi entrada en concepto de honorario, que como he dicho ya, por el cincuenta por ciento de lo que dicho menor reciba. Le fueron adjudicados a dicho menor bienes raíces y con ellos tiene derecho a los frutos civiles. Además, sobre el particular firmamos un documento privado en que se dejó constancia del comienzo de pago de la señora de Barbosa, documento que ella misma presentó ante los funcionarios que conocieron del juicio de sucesión. Tengo, pues, interés en que no se vuelva a pagar a la señora de Barbosa el gasto en concepto de honorario de albacea, porque disminuyen los bienes y lo mismo mi porcentaje. Y tengo interés en que ella pague los frutos civiles a que se comprometió, según documento privado que ella misma presentó a los juzgadores y al Tribunal, porque de las sumas que ella pague tengo yo derecho a mi porcentaje".

El Tribunal, como se ve, para llegar a las conclusiones de su proveído en que consideró al doctor Vargas como litis-consorte, con derecho a oponerse al desistimiento, sólo tuvo en cuenta las afirmaciones de éste en relación con un supuesto contrato realizado con la señora Isaac madre de los menores, sobre derechos por él adquiridos, el cincuenta por ciento (50%) de lo que les correspondería por consecuencia de los juicios de filiación natural y de sucesión tramitados por el referido señor abogado; al expediente no se llevó la prueba de la existencia de ese contrato, y, por lo tanto, la demostración del interés jurídico del doctor Vargas para que hubiera podido ser tenido como litis-consorte, carece de todo fundamento legal como lo tiene el auto del Juez **a quo** en que lo tuvo como coadyuvante ante las simples afirmaciones del abogado hechas en la solicitud respectiva que el Tribunal recoge en su interlocutorio y que se han transcrito.

Tan evidente es lo expuesto, que la providen-

cia del Juzgado del Circuito que lleva fecha diez y siete (17) de abril de mil novecientos cincuenta (1950) en que se ordenó el desistimiento de los juicios acumulados y se dispuso que el expediente fuera archivado, fue objeto del recurso de reposición y del subsidiario de apelación resuelto por el Tribunal por auto de enero 22 de 1952, y sólo cuando se solicitó ante el **a quo** la reposición fue acompañado el documento privado que se va a analizar y que llegó al expediente sin citación contraria, lo que ha motivado uno de los ataques formulados por el recurrente por violación del artículo 597 del C. J., documento que, por otra parte, no fue objeto de consideración especial en el Tribunal, pero que se comenta para mayor claridad de las consecuencias de este fallo. Es la única prueba que pudiera acreditar el presunto interés del doctor Vargas en el negocio.

El 27 de junio de 1949, es decir, antes del auto del Juzgado 1º en que se admitió la coadyuvancia, se firmó un contrato entre la señora Isaac, obrando como representante legal de sus menores hijos naturales, y el doctor Vargas en que se anotaron, entre otras, estas cláusulas: "Primera. Vargas recibirá de Sara Isaac los medios o instrumentos necesarios para defender la integridad de los bienes adjudicados a los menores Carol y Alfonso Barbosa Isaac, en la sucesión del señor Sofronín Barbosa Q., para evitar que ellos sean mermados por demandas ordinarias o ejecutivas que persigan destruir la situación de dichos bienes que (sic) obra o acción de la señora Carlota Barrios de Barbosa, pues se estima que Vargas y Sara Isaac están obligados a defender conjuntamente los intereses de dichos menores el uno personalmente y la otra en representación de sus menores hijos ya mencionados. — Segunda. También procurará Vargas que a los menores dichos se les pague por la viuda de Barbosa señora Carlota Barrios de Barbosa el saldo que esté adeudando o que resulte adeudar según documento privado que se firmó en julio de 1947 por los interesados en el juicio de sucesión relativo a la rendición de cuentas, y que fue presentado en la actuación de la señora v. de Barbosa. Las sumas que se logren en este carácter serán divididas en dos partes iguales: una para Vargas y otra para los menores dichos". En este contrato se habla de la entrega de poderes que la señora Isaac debe realizar.

De acuerdo con esa convención el doctor Vargas quedó obligado a recibir de la señora Isaac los medios o instrumentos necesarios para defender la integridad de los bienes adjudicados a los menores en frente de posibles actuaciones de la señora v. de Barbosa, procurando también que a esos menores se les pagara lo que dicha señora les adeudaba de acuerdo con el documento a que se hace referencia, y que las sumas que se lograran por este concepto fueran divididas en la forma dicha. Claramente se deduce de los términos del documento que lo que se pactó fue un contrato de mandato en el cual la señora Sara Isaac debía entregar al doctor Vargas los poderes correspondientes en los respectivos Juzgados debiendo recibir el apoderado por tal trabajo la mitad de lo que se lograra como resultado de los juicios. Hay allí simplemente un mandato con remuneración eventual a favor del apoderado; lo que éste consiguiera en virtud de su actuación judicial a favor de los menores. Siendo esto así, no existe ningún fundamento jurídico para estimar, como lo hizo el Tribunal que el doctor Vargas es un litis consorte con "la calidad, autonomía y capacidad de parte" y que por lo tanto, la transacción verificada entre la actora y la demandada, realizada con las plenas formalidades legales para ponerle fin a los juicios no puede perjudicarlo de acuerdo con los términos del artículo 2484 del C. J., disposición ésta que le sirve de fundamento al ataque del recurrente por haber sido indebidamente aplicada por el fallador. Si la señora Isaac revocó tácitamente los poderes que le había conferido al doctor Vargas otorgándoselos a otro profesional, tiene los recursos legales que estime del caso para hacerse pagar de su mandante el trabajo por él realizado. Resulta, por otra parte, fuera de toda lógica que en el fallo que se revisa se condene a la señora v. de Barbosa a pagarle a la señora Sara Isaac Sierra en su calidad de representante legal de sus menores hijos el valor a que se refiere el fallo, cuando esta señora desistió de las acciones como consecuencia de la transacción. Si la condena no se hizo a favor del doctor Vargas el Tribunal está reconociendo que él no era "principal interesado" en el negocio y que, por consiguiente, no podía oponerse a la transacción.

El negocio objeto de este estudio ofrece otro aspecto que merece ser considerado: Cuando se realizó la transacción entre las señoras Isaac y v. de Barbosa, ésta no tenía por qué tener conocimiento de las convenciones privadas existentes entre la señora Isaac y el doctor Vargas, si acaso las hubo, y por tanto a ella no podían afectarle para que la transacción tuviera con rela-

ción a ella su plena validez jurídica en cuanto tendía a ponerle fin a las acciones que se ventilaban en los Juzgados.

Admitiendo, en un supuesto benévolo y en presencia del documento a que se ha hecho referencia, la calidad de coadyuvante del doctor Vargas, es de pertinente aplicación la doctrina contenida en el fallo de la Corte fechado el 31 de agosto de 1945. Allí se trataba de la siguiente situación: "La señora Dolores Castillo v. de Delgado, por medio de escritura pública confirió poder al abogado doctor Higinio Solarte V., para que la representara en el juicio que iba a promover contra el Departamento del Cauca sobre declaratoria de nulidad de un contrato de compraventa; por la cláusula segunda del contrato se reconoció al abogado el cuarenta por ciento (40%) del producto total de la indemnización que hubiera de pagar el Departamento, por concepto de honorarios. El abogado inició el juicio pero posteriormente la mandante desistió de la acción instaurada por su apoderado; el doctor Solarte se opuso al desistimiento presentado por su mandante por considerarlo lesivo de sus intereses y contrario a lo estipulado en el poder y solicitó, además, se le tuviera como coadyuvante en el juicio a fin de llevar a buen término la acción por él incoada.

En aquella ocasión dijo la Corte, entre otras cosas: "El recurrente recibió por el instrumento público mencionado atrás (escritura 1172) mandato para entablar un juicio a nombre de la señora Dolores Castillo v. de Delgado; y en estas condiciones es claro que su interés como apoderado judicial se ciñe por completo a las reglas que sobre procuración establece la ley. El artículo 2144 del Código Civil contempla el caso de la representación en juicio y lo asimila en un todo a las reglas que gobiernan el mandato. Este contrato, como tal, puede regirse según las cláusulas que con este fin establezcan las partes, pero en ningún caso será posible que las facultades que se confieran al mandante sobrepasen las atribuciones que la ley misma da al mandatario, ya que sería ilógico que quien tiene la capacidad para autorizar no la pueda tener para obrar, hasta el extremo, como lo quiere el recurrente, de que se deje sin efectos una revocatoria del poder que el mandante confirió libremente. A este respecto dice el artículo 2191 del Código Civil: 'El mandante puede revocar el mandato a su arbitrio, y la revocación expresa o tácita, produce su efecto desde el día en que el mandatario ha tenido conocimiento de ella'; y el 2189 ibidem, estatuye que 'el mandato termina... 3º Por la revocación del mandante...". El reclamante apoya sus asertos en lo que dispone el artículo 233 del Código Judicial: 'Todo aquel a quien conforme a la ley puede aprovechar o perjudicar una sentencia tiene derecho a intervenir en el juicio, coadyuvando o defendiendo la causa que le interesa". El apelante cree que "conforme a la ley" él está en el caso contemplado en el artículo antes transcrito. La norma legal en referencia ha sido abundantemente estudiada por la Corte: no basta —ha dicho la Corte en repetidas ocasiones— que se alegue para intervenir como coadyuvante en un juicio un interés meramente económico, sino que exista el vínculo jurídico que haga procedente la intromisión del tercero. Pero aún en el caso de que se le permitiera al recurrente intervenir como lo pretende en el litigio de su ex-mandante la señora Dolores Castillo v. de Delgado, una vez que ella ha desistido de la acción, ¿qué papel podría desempeñar el apoderado? Veamos lo que al respecto ha dicho al Corte en casos semejantes: 'El coadyuvante no es parte en el juicio; en el juicio no hay más que dos partes: la actora o demandante y la opositora o demandada. Quien coadyuva la acción del demandante no promueve pleito propio; ayuda o defiende causa ajena; su derecho se limita a tal ayuda, y no transmite el ayudado sus propios fueros y sus peculiares privilegios". (G. J. Tomo XXXII, pág. 328) "El interviniente adhesivo no puede desarrollar en el litigio sino una actividad coordinada a la parte de la cual es propiamente accesorio, y en ningún caso asumir su sitio principal o aspirar a sobrevivirla procedimentalmente". (G. J. Tomo XLVI, pág. 267). No ve, pues, la Sala, a quién pueda ayudar el recurrente ni a qué pueda conducir su intervención en este litigio". (Casación 31 de agosto de 1945. G. J. número 2025-bis, pág. 1116).

En presencia de lo antes expuesto prospera el ataque formulado y la sentencia debe ser casada.

Fallo de instancia

De los elementos analizados anteriomente se deduce que el abogado doctor Francisco de P. Vargas Vélez no logró demostrar en el juicio que él tuviera un interés jurídico propio que lo pudiera hacer considerar como un principal interesado en los negocios que fueron objeto de la transacción verificada entre las partes en el juicio y por tanto el desistimiento, consecuencia de

esa transacción, produce la plenitud de sus efectos en cuanto puso fin a los litigios pendientes entre las señoras Isaac y viuda de Barbosa.

La aludida transacción fue autorizada por sentencia del Juzgado 1º Civil del Circuito de Cartagena que en copia auténtica se trajo a los autos, sentencia que, al mismo tiempo "autoriza a la señora Sara Isaac Sierra para que en representación de sus menores hijos naturales Alfonso y Carol Barbosa Isaac, desista incondicionalmente y sin costas en concurrencia con la señora Carlota Barrios de Barbosa de todas las acciones judiciales que se han intentado mutuamente". Los abogados doctores Clodomiro Herrera Meñaca en su condición de apoderado de la señora Barrios de Barbosa y Tomás Figueroa Cervantes en su calidad de apoderado de la señora Sara Isaac Sierra, en el carácter anotado y expresamente autorizado para desistir, presentaron ante el Juzgado a quo el memorial fechado en abril de 1950 en que desisten en forma simple e incondicional de los juicios ordinarios acumulados que siguen en ese Juzgado los menores Alfonso y Carol Barbosa Isaac, desistimiento que viene judicialmente autorizado a virtud de una transacción verificada entre las partes".

El desistimiento, como se ha visto, realizado por la señora de Isaac en representación de sus menores hijos fue autorizado judicialmente.

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 del Tribunal Superior de Cartagena que ha sido objeto del recurso;

2º—Se revoca la sentencia proferida por el Juzgado 2º Civil del Circuito de Cartagena el 26 de septiembre de 1952;

3º—Acéptase el desistimiento de los juicios ordinarios a que se refiere la parte motiva de este fallo; y

4º—Archívese el expediente en el Juzgado de origen.

Cópiese, publíquese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

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

ACCION DE SIMULACION. — PERSONERIA DE LOS ACREEDORES PARA ENTABLAR LA ACCION CONTRA LOS ACTOS DE LOS DEUDORES. — TECNICA DE CASACION

En sentencia de casación de fecha 10 de agosto de 1943, la Corte estudió el caso de la declaratoria de simulación pedida por un acreedor de quien aparece enajenando, y en tal sentencia se pone de presente el cambio de jurisprudencia, en este punto, pues hasta el año de 1924 no se reconoció personería a los acreedores para iniciar la acción de simulación. (La parte pertinente de la sentencia expresada, publicada en la GACETA JUDICIAL número 2001, pág. 40, se halla transcrita en este fallo).

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

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila)

La sociedad comercial denominada Grace & Cía. (Colombia) S. A., sucursal de Medellín, demandó en juicio ordinario de mayor cuantía y ante el juez civil del circuito de Jericó a Pedro o Pedro María Gómez R. y a Concepción (Concha) Gómez García de Gómez, para que "en sentencia que cause ejecutoria, se atiendan los siguientes pedimentos:

"a) Que el contrato contenido en la escritura número 1602, pasada en la notaría 4ª de la ciudad de Medellín el día 26 de febrero de 1952, por la cual Pedro o Pedro María Gómez R. aparece vendiendo a Concepción (Concha) Gómez García de Gómez la finca territorial conocida con el nombre de 'Mangavilla', ubicada en el paraje 'Quebradalarga', del distrito de Tarso, con todas sus mejoras y anexidades, por los linderos que allí se determinan, que son los mismos que obran en el numeral 1º de esta demanda, es nulo por falta de consentimiento tanto del vendedor como de la compradora, y, asimismo, por falta de precio.

"Primera subsidiaria.—Si no se hiciere la declaración anterior, que se declare la simulación absoluta del mismo acto o contrato contenido en la precitada escritura número 1602, de la procedencia indicada, pues, por parte de Pedro o Pedro María Gómez R. no hubo intención de vender, ni hubo intención de comprar por parte de Concepción (Concha) Gómez García de Gómez, sino la creación de un mero acto aparente en perjuicio de Grace & Cía. (Colombia) S. A., sucursal de Medellín, entidad acreedora de Pedro o Pedro María Gómez R.

"Segunda subsidiaria.—Que se declare la rescisión del contrato de compraventa que puntualiza la escritura número 1602 de 26 de febrero de 1952, otorgada en la notaría 4ª de la ciudad de Medellín, en la que figura como vendedor don Pedro o Pedro María Gómez R., y como compradora doña Concepción (Concha) Gómez García de Gómez, en razón de que sólo se llevó a cabo en perjuicio de Grace & Cía. (Colombia) S. A., sucursal de Medellín, entidad acreedora de don Pedro Gómez R.

"Tercera subsidiaria—En el caso de que no se haga ninguna de las declaraciones anteriores, y en el evento de que la parte demandada demostrare que el contrato contenido en la escritura número 1602 pasada en la notaría 4ª de la ciudad de Medellín, el día 26 de febrero de 1952, es una donación, que ésta se declare nula en el exceso de dos mil pesos por no haber precedido el correspondiente permiso judicial, que es de rigor legal.

"b) Como consecuencia de hacerse cualquiera de las anteriores declaraciones, ordénese que el inmueble conocido con el nombre de 'Mangavilla', ubicado en el paraje de 'Quebradalarga', del municipio de Tarso, por los linderos individualizados en el numeral 1º de esta demanda, ha vuelto a radicarse en cabeza de Pedro o Pedro María Gómez R., porque no hace parte del patrimonio de Concepción (Concha) Gómez García de Gómez, quien debe restituírlo, dentro del término que usted le señale de acuerdo con la ley, al prenombrado Gómez R., oficiándose al notario 4º de la ciudad de Medellín para que haga la correspondiente anotación en la escritura matriz

(marcada con el número 1602, de fecha y procedencia citadas), y al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de este circuito, para la cancelación de la inscripción respectiva; y

"c) Que se condene a los opositores al pago de las costas procesales.

"El derecho arranca de los artículos 1458, 1494, 1501, 1502, último inciso del 1518, 1524, 1849, 1928 y 2491 y concordantes del Código Civil; 205 y 739 y pertinentes del Código de Procedimiento Civil".

Los hechos en que se apoya la demanda, pueden resumirse así:

En el mes de agosto de 1947 Grace & Cía. (Colombia) S. A. y Marco Julio Gómez celebraron el contrato de comisión mercantil que aparece en el documento privado de esa fecha.

La cláusula décima-octava de tal contrato dice: "Para responder de todas y cada una de las obligaciones que contrae el comisionista por medio de este contrato y por los saldos de café y dinero que resulten a su cargo, el comisionista ofrece como su fiador solidario al señor Pedro Gómez R., varón, mayor de edad y vecino del municipio de Tarso, quien en prueba de que se obliga como fiador solidario con el señor Marco Julio Gómez para responder a Grace, según lo que se estipula en este contrato, firma este documento y hace constar que renuncia el beneficio de excusión de bienes".

El documento citado fue reconocido judicialmente por Pedro Gómez R. el 6 de febrero de 1952.

El 31 de diciembre de 1950 Marco Julio Gómez reconoció y encontró corrientes los saldos a su cargo y a favor de Grace & Cía. (Colombia) S. A., "constituídos por mil novecientas noventa y ocho con sesenta y cinco arrobas (1.998-65) y dos mil novecientos cuatro pesos con veinticuatro centavos ($ 2.904.24) moneda corriente. Enfáticamente certifica que ambos saldos están a su cargo y naturalmente en favor de Grace & Cía."

La sociedad demandante inició el juicio ejecutivo contra sus deudores y el juez del conocimiento libró "mandamiento de pago en favor de Grace & Cía. S. A. y en contra de Marco Julio Gómez y Pedro Gómez por la suma de cuarenta y nueve mil novecientos sesenta y seis pesos con veinticinco centavos, los intereses de esta suma desde que la obligación se hizo exigible...". Esta providencia tiene fecha 9 de julio de 1952.

La sociedad acreedora solicitó el embargo de bienes del deudor Marco Julio Gómez, pero esos embargos se cancelaron, pues los bienes fueron perseguidos por acreedores hipotecarios.

La misma sociedad pidió el embargo preventivo de la finca "Mangavilla", de propiedad de Pedro Gómez R., el día 25 de febrero de 1952 y el juez 4º civil del circuito de Medellín lo decretó el mismo día.

La orden de embargo preventivo sobre la finca "Mangavilla" fue entregada en la oficina de registro de Jericó el 26 de febrero de 1952 a las cinco de la tarde; pero ese embargo no pudo ser registrado en la oficina dicha, porque en la misma fecha y entre las dos y las tres de la tarde, se había registrado en la oficina de registro de Jericó, la escritura número 1602 otorgada en la ciudad de Medellín, el propio 26 de febrero de 1952, y esa escritura contiene el contrato por el cual Pedro Gómez R. vende a su hija natural Concepción (Concha) Gómez García de Gómez la misma finca de "Mangavilla", con todas sus mejoras, dependencias, anexidades, casas, edificios, empresas, herramientas y en general todos los enseres de la finca; el precio de la venta fue la cantidad de cuarenta mil pesos "que la compradora paga así: dos mil ciento cuarenta y cinco pesos con sesenta y ocho centavos ($ 2.145.68) que deja en su poder para el pago al Banco Agrícola; diez mil pesos ($ 10.000.00) que el vendedor tiene recibidos desde el año de 1948 por valor de participación en utilidades de ganados que correspondían a la compradora; diez mil pesos ($ 10.000) que recibió también de la compradora para mejoras y sostenimiento de la finca también desde el año de 1948; y diez y siete mil ochocientos cincuenta y cuatro pesos con treinta y dos centavos ($ 17.854.32) que tiene recibidos en dinero a su satisfacción".

Dice la parte actora que con la venta de la finca "Mangavilla" el deudor Pedro Gómez R. quedó prácticamente en insolvencia, y que también es insolvente el deudor Marco Julio Gómez, pues los bienes que le quedaron a uno y a otro no alcanzan, ni en mínima parte, para pagar la deuda a favor de Grace & Cía. (Colombia) S. A.

Con las pruebas presentadas por el actor se pretende demostrar que la compradora de "Mangavilla" es persona que carecía de capital para poder hacer una negociación de esa cuantía; que Pedro Gómez reconoció a la compradora como a su hija natural desde el año de 1923 y que Concepción (Concha) Gómez García aceptó este reconocimiento en el año de 1948; que la circunstancia de haberse decretado un embargo preven-

tivo de la finca "Mangavilla" el 25 de febrero de 1952 y el hecho de aparecer otorgada la escritura de venta de la finca el día 26 del mismo mes y registrada esa escritura entre las dos y las tres de la tarde de la fecha dicha, mediando una distancia de 145 kilómetros entre Medellín y Jericó, indica que el contrato de venta del deudor Pedro Gómez R. a su hija natural, no es un contrato real, pues se celebró únicamente con el ánimo de sustraer los bienes del deudor de su patrimonio, para perjudicar a su acreedora Grace & Cía. S. A.

La parte demandada Concepción (Concha) Gómez García de Gómez, pretende demostrar que sí tenía suficiente para hacer la compra de "Mangavilla"; que nada tiene de extraño que una escritura otorgada en Medellín el 26 de febrero de 1952 sea registrada en Jericó el mismo día y dos horas antes de que hubiera llegado a la oficina de registro de esa población la orden de embargo de la finca comunicado el mismo día; que ni ella y su vendedor Pedro Gómez sabían del embargo decretado sobre la dicha finca y que Gómez de Gómez ha venido administrando la finca desde hace muchos años y continúa administrándola, por medio de uno de sus hijos, a pesar de que su padre siga viviendo en la finca.

Las pruebas presentadas por las partes consisten en declaraciones de testigos, certificados notariales, copias de escrituras, copias del juicio ejecutivo de Grace & Cía. (Colombia) S. A. contra Marco Julio Gómez y Pedro Gómez R., y otros documentos que han sido debidamente estudiados por el Tribunal, como adelante se verá.

La primera instancia de este juicio terminó con la sentencia dictada por el juez civil del circuito de Jericó el día 15 de octubre de 1953, cuya parte resolutiva dice:

"1º—Niéganse las peticiones principales y subsidiarias contenidas en el libelo de Grace & Cía. (Colombia) S. A., contra los señores Pedro o Pedro María Gómez R. y Concepción (Concha) Gómez de G., de las condiciones conocidas, y en consecuencia se absuelve a éstos de los cargos que se les formularon.

"2º — Se ordena la cancelación de la inscripción de la demanda.

"Líbrese el oficio correspondiente al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de esta ciudad.

"3º—Costas a cargo de la parte actora".

Por apelación que interpuso la parte actora conoció en segunda instancia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín y en sentencia que lleva fecha catorce de agosto de mil novecientos cincuenta y cuatro, dispone:

"Se revoca la sentencia apelada de 15 de octubre de 1953, procedente del juzgado civil del circuito de Jericó, y en su lugar se declara que es absolutamente simulado el contrato de compraventa celebrado entre Pedro o Pedro María Gómez R. y Concepción (Concha) Gómez García de Gómez, y que consta en la escritura número 1602 de 26 de febrero de 1952, de la notaría cuarta de Medellín. Como consecuencia de lo anterior, se declara que el inmueble denominado 'Mangavilla', sito en el paraje de Quebradalarga, del municipio de Tarso y alindado en la forma expresada en el hecho primero de la demanda, no ha salido del patrimonio del señor Pedro o Pedro María Gómez R.

"Ofíciese al señor notario cuarto de Medellín para que haga la corresspondiente anotación en la escritura matriz número 1602, de 26 de febrero de 1952, sobre simulación absoluta del contrato que contiene.

"Comuníquese al señor Registrador de Instrumentos Públicos de Jericó para que verifique la cancelación de la inscripción, a folio 335 del libro número 1, tomo I, bajo la partida número 129, referente a la escritura número 1602 de 26 de febrero de 1952 de la notaría cuarta de Medellín.

"Se condena en las costas de la primera instancia a la parte demandada. Sin costas en el recurso".

Contra esta sentencia interpuso el recurso de casación la parte demandada, y la Corte procede a resolverlo, pues están cumplidos los trámites propios del recurso.

La sentencia recurrida

El Tribunal, de acuerdo con las peticiones de la demanda, principia su estudio en la parte motiva de la sentencia, refiriéndose a la "Nulidad por falta de consentimiento", afirma que los vicios del consentimiento son el error, la fuerza y el dolo, y anota que la parte actora no indica en su demanda por cuál de estos tres aspectos ataca el contrato a que se refiere la escritura número 1602 de que ya se ha hecho mención. Descarta la posibilidad de que la demanda se refiera al error o a la fuerza, porque en el expediente no aparece ninguna prueba sobre su incidencia. "...en cuanto al dolo, éste se podría referir, más

que todo, a la voluntad de crear una apariencia de contrato de compraventa, para ocultar bienes a terceros acreedores que los van a embargar, en forma inminente. Pero no es posible declarar una nulidad, en este caso, por falta de consentimiento, porque don Pedro Gómez y su hija Concepción bien pudieron haber consentido en celebrar el contrato oculto de donación o considerar inexistente entre ellos el contrato de compraventa, una vez pasado el peligro de los acreedores; en síntesis, ellos sí pueden consentir en algo que está oculto, que no se sabe, por ser terceros acreedores quienes persiguen la simulación. Así se sabe que don Pedro ha continuado viviendo en "Mangavilla", mas no se sabe en qué condición, si como dueño, mediante el contrato oculto o como padre de la compradora a quien donó una vez el fundo.

"El Tribunal concluye que no hubo consentimiento serio respecto a celebrar, por la escritura número 1602 citada, entre don Pedro Gómez y su hija, un contrato de compraventa. No hubo ánimo de vincularse, por parte del vendedor con una obligación de entregar su finca 'Mangavilla' a cambio de un precio que recibía, de una vez, ni por parte de la compradora de pagar realmente ese precio y obligar al vendedor a una tradición y entrega real de la cosa vendida. Dicha vinculación pudo haber sido para celebrar un contrato oculto de donación o simplemente para retraer los bienes de la ejecución de los acreedores, procurando una insolvencia aparente y por eso no hay nulidad por falta de consentimiento sino que éste es simulado".

En el aparte "Falta de causa lícita", se expresa así el Tribunal:

"Puede tenerse como causa o motivo que indujo a celebrar el contrato de compraventa entre don Pedro y su hija, la creación de esta apariencia jurídica con el objeto de sacar aparentemente el (sic) dominio de don Pedro sus bienes amenazados con un embargo inminente, o de traspasarlos a su hija con un contrato oculto de donación. Es imposible saber, penetrar en la verdadera mente de los contratantes para concluir si el contrato de compraventa fue simulado, y si no fuese por el perjuicio de los acreedores, el contrato tendría validez, si se hiciera prevalecer como donación. Pero la insolvencia que con este contrato de compraventa se crea don Pedro, señala una causa ilícita".

Entra en seguida el sentenciador en el estudio del punto que denomina "Nulidad por falta de pago" y llega a la conclusión "por una serie de indicios conexos y relacionados entre sí de que en el contrato que contiene la escritura 1602 mencionada, hubo falta de precio".

Los indicios a que se refiere el Tribunal, y que son estudiados en la sentencia, los hace consistir en lo siguiente:

Que el pago se hizo en forma de dación, en cuanto a la mitad del precio, o sea por la cantidad de veinte mil pesos "que el vendedor Pedro Gómez dijo tener recibidos desde el año de 1948 por valor de participación en utilidades de ganados y para mejoras y sostenimiento de la finca, que correspondían a la compradora", y agrega: "Los testimonios aportados al juicio dan a entender que la demandada Concha Gómez de Gómez tenía parte en la administración de la finca 'Mangavilla' y negociaba con animales en forma personal o por intermedio de su hijo Delio. No es, pues, muy absurdo que el vendedor Pedro Gómez le debiese por este concepto sumas de dinero, pero la circunstancia de que las partes señalen que dichas deudas nacieron desde el año de 1948, crean un indicio de que las partes contratantes quisieron eludir la posibilidad de que dichos valores entraron (sic) a la sociedad conyugal formada por dicha señora Concepción Gómez de Gómez con Luis Carlos Gómez Barrientos, porque el juicio de separación entre estos dos cónyuges fue fallado definitivamente el 10 de febrero de 1948. Se advierte, pues, que se quiso eludir la incorporación de estas deudas a la sociedad conyugal. (Véase fs. 76 y vto., cuad. principal).

"Forzado aparece que el señor Pedro Gómez haya contraído desde 1948 a 1952 para con su hija, deudas por valor de veinte mil pesos ($ 20.000) en una finca a la cual señalan los mismos contratantes un precio de cuarenta mil pesos ($ 40.000)... Los peritos, en el informe a folios 130 del cuaderno número 3, le señalan a la finca un valor de $ 62.300.00 y conforme su peritazgo, no es posible saber en qué se hayan invertido los veinte mil pesos que dijo deber el señor Gómez a su hija".

Varios otros indicios examina el Tribunal, en esta parte del fallo, y los hace consistir en que la demandada Concepción (Concha) Gómez de Gómez no conseguía más dinero que el que pudiera darle el negocio de ganado o administración de 'Mangavilla' y que el costurero que tenía en la población de Tarso no era un negocio importante; dice que los certificados del catastro, el juicio de separación con su esposo y los testimo-

nios aportados al juicio, justifican esta conclusión. Y que ninguna prueba ha acompañado la parte demandada tendiente a acreditar una solvencia de la señora Gómez de Gómez distinta de la proveniente de su coadministración con su padre en la finca objeto del contrato. Y naturalmente existiendo entre padre e hija los vínculos naturales y contractuales, la facilidad de un acuerdo entre ellos para fijar arbitrariamente deudas, es inmenso y ellos mismos no se preocuparon por preconstituir documentos registrados que pudieran expresar dichas deudas en otra forma. La ley es cauta para admitir por simple declaración de testigos la existencia de deudas de un valor mayor de quinientos pesos ($ 500.00). Cuando más no debe serlo el juez o magistrado en aceptar dichas deudas, cuando quienes las afirman tienen precisamente interés en declarar su existencia y no las demuestran con prueba distinta, o sea cuando no había la amenaza de perder sus bienes con un embargo y remate. Ninguna cuenta bancaria, ninguna deuda de terceros, ningún dinero se mostró para acreditar el pago de la cantidad de $ 17.854.32.

"Es un indicio que el contrato celebrado entre un padre y una hija, en circunstancias de estar amenazados los bienes de aquél con un embargo inmediato, implica un acuerdo o colusión para evadir dicho embargo. Y bien, podían preocuparse ellos, en este caso de comprobar cómo se pagaba el precio y en qué forma existía éste en la realidad".

Hace mérito la sentencia del hecho de que el Banco Agrícola no hubiera aceptado la subrogación para que Concepción Gómez de Gómez quedara como deudora en lugar de Pedro Gómez R., por la poca cantidad de $ 2.145.68, "lo que constituye un indicio de que el Banco tuvo la negociación entre el señor Gómez y su hija como un contrato simulado o en fraude de terceros".

Simulación absoluta: Este punto, que está planteado en la primera petición subsidiaria de la demanda, le merece al Tribunal la mayor atención, como que en definitiva es la petición que acepta la sentencia acusada, según quedó expuesto al transcribir la parte resolutiva de esa providencia.

Para llegar a la conclusión de que el contrato que celebraron Pedro Gómez R. y su hija Concepción (Concha) Gómez García de Gómez y que se refiere a la venta que el primero hace a la segunda de la finca "Mangavilla", contrato que aparece de la escritura número 1602 de 26 de febrero de 1952 de la notaría cuarta de Medellín, es absolutamente simulado, acude a la prueba de indicios, y enumera los siguientes:

Que al vender la finca "Mangavilla" Pedro Gómez se colocaba en una situación de insolvencia, con el objeto de eludir a los acreedores. Sabía el vendedor Gómez que mediante el contrato de compraventa quedaba sin efecto el embargo y el juicio ejecutivo propuestos contra él y contra sus bienes por Grace & Cía. (Colombia) S. A.; las copias acompañadas a este juicio y tomadas del ejecutivo de Grace & Cía. (Colombia) S. A. contra el citado Gómez y otro, y que se adelantaba ante el juez 4º civil del circuito de Medellín, al cual fue citado Pedro Gómez el 6 de febrero de 1952, para que reconociera el documento que firmó como fiador de Marco Julio Gómez, demuestran que, desde entonces, "pudo darse cuenta objetiva y personal el demandado, que la acción ejecutiva de la Grace iba dirigida también contra él y no solamente contra Marco Julio, a quien se le habían embargado bienes desde noviembre de 1951, parte de los cuales habían sido desembargados por la existencia de un juicio hipotecario que tenía prelación en el crédito. Todo acto suyo, posterior a esta fecha, tendiente a vender sus bienes, era, sin duda alguna, con el evidente propósito de eludir esta carga que le había impuesto su fiado, mediante sus malos manejos. Si veinte días después del reconocimiento de su firma efectuaba la venta de 'Mangavilla' a su hija natural, que ipso facto lo colocaba en insolvencia, lo hacía, seguramente, en fraude de los acreedores".

A esto agrega el Tribunal la circunstancia de que la transferencia la hacía el deudor de Grace & Cía. (Colombia) S. A. a la persona más allegada a él, por los lazos familiares, de sangre, de crianza y educación y con quien convivía desde largos años atrás. Esta comunidad familiar entre padre e hija está ampliamente demostrada por las declaraciones de todos los testigos.

Y es la misma hija de don Pedro Gómez, que aparece como compradora, quien contribuye a la realización vertiginosa del contrato de compraventa, pues se le ve en Medellín el 26 de febrero de 1952 firmando la escritura número 1602, y llevando la copia a Jericó, distante 145 kilómetros que se recorren en unas cinco horas, para entregarla en la oficina de registro entre las dos y las tres de la tarde y obtener su inmediato registro. "Que esta rapidez obedece a una causa y es un indicio de la urgencia de perfeccionar el

acto de transferencia de la finca 'Mangavilla', lo demuestra el hecho de que ese mismo día se iba a registrar, también en Jericó, el embargo de la finca, decretado por el juzgado cuarto el día inmediatamente anterior, o sa el 25 de febrero".

Que Pedro Gómez y su hija Concepción sí tenían por qué conocer el embargo que iba a decretarse y comunicarse, sobre la finca de 'Mangavilla', dado que el embargo de bienes de Marco Julio Gómez en el juicio de la Grace contra el mismo Gómez y contra Pedro Gómez R., fue solicitado desde el mes de noviembre de 1951, y posteriormente vino el reconocimiento judicial de la firma por parte de Pedro Gómez R. en el documento que contenía el contrato con el cual se adelantaba el juicio ejecutivo; la insolvencia previa y declarada del deudor Marco Julio Gómez demostrada en el expediente, no dejaba otra posible solución para la sociedad acreedora que dirigir el embargo contra los bienes del fiador solidario, entre ellos la finca de 'Mangavilla'.

Analiza el Tribunal las declaraciones de los testigos, presentados por la parte actora, para concluir que ellas "indican la falta de capacidad económica de la señora Gómez de Gómez para comprar la finca 'Mangavilla' y estudia, también, las declaraciones de los testigos que presentó la demandada, para desecharlas en cuanto con ellas se pretendió demostrar que la señora Gómez de Gómez sí tenía capital suficiente para comprar la finca. En cuanto al dictamen pericial que obra en autos, dice el Tribunal:

"Señalan los peritos a la finca, en febrero de 1952 un valor de $ 62.300.00, y en agosto de 1953 a $ 120.600.00. Dicen ellos que la ostensible diferencia entre los precios consiste en la limpieza de los potreros, sementeras de agregados, en fin, en las mejoras que la señora Concepción Gómez de Gómez ha puesto en ese año y medio. Pero se le hace, aún así bien difícil a la Sala, deducir que en un año y medio pueda casi duplicarse el valor de la finca y que la señora compradora pueda haber seguido invirtiendo fuertes cantidades de dinero, si era cierto el pago del precio de la compraventa de la finca. He aquí un indicio más que lleva a pensar al Tribunal que el precio de dicho contrato, contenido en la escritura número 1602, nunca ha sido real.

"El contrato de compraventa que se ha ameritado, se hizo con el objeto de eludir el embargo inminente sobre los bienes de don Pedro Gómez, como prenda general de los acreedores, en este caso la Grace & Cía. (Colombia) S. A. y en perjuicio de éstos; dicho contrato fue simulado absolutamente y las partes no tuvieron verdadera intención de celebrarlo realmente".

La demanda de casación

Dos cargos formula el recurrente en su acusación de la sentencia, y los hace consistir en lo siguiente:

"**Primer cargo.** — Invocando la causal primera de casación, de que trata el artículo 520 del Código Judicial, acuso la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, por violación directa de los artículos 328, 329, 341, 342, 343 y 630 del Código Judicial, que llevó al Tribunal a desconocer y no aplicar los artículos 1500, 1502, 1517, 1524, 1602, 1603, 1759, 1760, 2576, 2577, 2594, 2637, 2652 y 2673 del Código Civil, que versan sobre la validez de un contrato que debe constar y consta en escritura pública".

El recurrente, para fundamentar este cargo, sostiene que la compañía demandante no puede ser actora en el juicio que se estudia, y desarrolla su argumentación diciendo que como existe un juicio ejecutivo, en el cual se persigue la finca 'Mangavilla' y ese juicio no se ha liquidado, no se sabe si existe algún saldo a cargo de Pedro Gómez y a favor de la sociedad demandante. Hace referencia a las copias que del citado juicio ejecutivo se han traído al presente negocio, y cita el artículo 981 del Código Judicial, que establece que "Hay juicio ejecutivo desde que se notifica al deudor el mandamietno de pago, hasta que éste se hace al acreedor, o se ejecutoría la sentencia que manda cesar la ejecución"; dice que en aquel juicio ejecutivo no se ha dictado la sentencia a que se refiere el artículo citado, o no existe prueba de que hubiera sido dictada. "No ha terminado ese juicio y sin embargo se adelanta otro", y agrega:

"Dentro del juicio ejecutivo hay pendiente un derecho que al demandado Gómez no se le puede desconocer: el de que pueda objetar la estimación hecha por el ejecutante sobre el valor del café, de acuerdo con el artículo 993 del C. J. Fuera de que al ejecutado Gómez le quedaría el derecho de revisión de la sentencia de pregón y remate, una vez dictada.

Todo esto significa que el juicio ejecutivo estaba "o está en ciernes, y que sólo cuando se termine y liquide, podrá saberse si a la compañía demandante no se le canceló su deuda y si le

quedó un saldo a su favor, el cual, claro está, puede hacérselo pagar invocando acciones civiles.

"Porque es verdad que de acuerdo con las leyes el acreedor puede perseguir todos los bienes patrimoniales del deudor (artículo 2488 del C. C.) y aún algunos derechos autorizados por las leyes (artículos 1295 C. C. y 909 C. J.); pero no puede, dentro del juicio y a guisa de hacerse pagar, intentar toda clase de acciones contra el deudor. El acreedor no puede incrustar dentro de un juicio ejecutivo, a manera de injerto, una acción de nulidad o de simulación. El juicio ejecutivo tiene un marco propio, que no puede invadirse por otro juicio, y ni siquiera en recurso de acumulación. Lo comprendió así, sin duda, el actor, y por eso no pidió en la demanda que 'Mangavilla' volviera a los rieles del juicio ejecutivo, sino que se declarara que pertenece a Pedro Gómez. Se ha debido pedir que 'Mangavilla' continúe intacta en el embargo...

"En síntesis: la compañía aquí demandante se impacientó, abandonó la ruta del juicio ejecutivo y optó por otro juicio alejado de aquél, en forma tan definitiva, que aún suponiendo un éxito en la presente contienda, con ella no se conseguiría volver al marco del ejecutivo".

Y en el siguiente aparte, parece que está contenido el fundamento legal del pensamiento del recurrente:

"Grace & Cía. S. A., en su demanda, olvidó y no aplicó los artículos procedimentales citados atrás, que versan sobre personería, y como consecuencia, desestimó los textos legales que dan pleno valor a la escritura 1602 otorgada a favor de doña Concepción o Concha Gómez, especialmente los artículos 1602 y 1759 del C. C. y 630 del Código Judicial. No pueden entonces prosperar las acciones invocadas por el actor".

Examen del cargo

El cargo, según los términos en que está redactada esta parte de la demanda, consiste en la violación de la ley sustantiva, o sea los artículos del Código Civil enumerados por el recurrente, a la que llegó el Tribunal por haber violado los artículos del Código Judicial que aparecen citados en el cargo que se estudia.

Atendiendo a los términos en que está concebido el cargo, éste se reduce a afirmar que la sociedad demandante carece de personería para iniciar la acción de simulación del contrato a que se refiere la escritura número 1602 de 26 de febrero de 1952, por cuanto que la misma sociedad adelanta un juicio ejecutivo contra el demandado, y ese juicio no se ha terminado, por lo cual no se sabe si realmente el demandado Gómez R es deudor de la entidad demandante y como consecuencia no se puede decir que Grace & Cía. (Colombia) S. A. tenga interés jurídico en la acción de simulación a que se refiere el negocio que se estudia.

Dejando de lado el examen de si los textos legales que el recurrente cita como violados en la sentencia del Tribunal tienen relación con el caso, debe observarse que el interés jurídico de la sociedad actora, y por lo tanto la personería de ella para actuar en este juicio se genera precisamente de la calidad de acreedora que la sociedad demandante tiene respecto del demandado, por una obligación de deber por cantidad líquida y exigible, cuando se inició el juicio ordinario que fue fallado por el Tribunal.

No sólo está acreditado el carácter de acreedora de Grace & Cía. (Colombia) S. A. respecto del demandado Gómez R., sino que existe en el proceso la evidencia de que contra el deudor se libró mandamiento de pago por la vía ejecutiva a favor de la parte demandante, y por una cantidad perfectamente determinada. Consta, asimismo, que el bien raíz que la parte acreedora perseguía judicialmente como de propiedad de su deudor, fue enajenado por éste, después de que el juez que conoce del juicio ejecutivo dictó orden de embargo preventivo; se sabe también que el demandado Gómez R. no ha demostrado que a pesar de la venta que hizo de su finca "Mangavilla" le quedaron bienes suficientes para responder de la cantidad que por orden judicial debe pagar a Grace & Cía. (Colombia) S. A. Esta sociedad afirma que su deudor se colocó en estado de insolvencia para responder por dicha obligación y el deudor no ha demostrado lo contrario, como estaba obligado a hacerlo si quería demostrar que la enajenación de la finca no causó perjuicio ninguno a su acreedor.

En sentencia de casación de fecha 10 de agosto de 1943, la Corte estudió el caso de la declaratoria de simulación pedida por un acreedor de quien aparece enajenando, y en tal sentencia se pone de presente el cambio de la jurisprudencia, en este punto, pues hasta el año de 1924 no se reconoció personería a los acreedores para iniciar la acción de simulación; posteriormente se dictó la sentencia de 30 de agosto de 1924, que cambió la doctrina.

En la citada sentencia de 10 de agosto de 1943, publicada en el número 2001 de la GACETA JUDICIAL, pág. 40, dice la Corte:

"Pero si antes de 1924, no se reconocía personería a los acreedores para entablar la acción de simulación contra los actos de los deudores señalados con esta tacha, después de esa fecha ese reconocimiento no entraña ejercicio de una acción de simulación irrestricta e ilimitada, o sea que todo acreedor por el mero hecho de serlo pueda intentarla. No: Tal acción está condicionada por ciertos y determinados factores. Por eso dijo la Corte: 'Más por aparecer, como de mayor amplitud el ejercicio de esa acción que se viene estudiando (simulación), respecto de la pauliana, ello no quiere decir que un acreedor la pueda ejercitar de un modo irrestricto e ilimitado, puesto que también está circunscrita a ciertas circunstancias que se cifran en el perjuicio de los acreedores, consistente en disminuir o suprimir bienes del patrimonio de un deudor... Es claro que no habiendo perjuicio, no cabe la acción y que el perjuicio a que se alude ha de ser la imposibilidad para el acreedor de hacer efectivos sus derechos. De modo, pues, que no es cualquier acreedor el que tiene derecho a ejercitar la acción que se viene estudiando, que no está condicionada a un concepto eventual, sino que para que prospere, el interés jurídico debe ser actual, o sea que se debe tratar de un interés protegido por la ley, que es burlado o desconocido por la colusión entre el deudor y el tercero'. Cree ésta oportuno exponer toda la tesis sobre la materia que viene tratando. En primer término, por lo que ya se explicó, el acreedor que ejercita la acción de simulación, debe tener ese carácter cuando nació el acto que ataca de simulado; pero no le basta esto únicamente para que su acción pueda prosperar, sino que es necesario que demuestre que por ese acto simulado, el patrimonio de su deudor se menoscabó o disminuyó de tal modo y en tal forma, que su interés protegido por la ley, el del acreedor, ha sido desconocido por ese acto simulado, y que la prenda genérica, mejor la garantía consagrada por el artículo 2488 ha desaparecido. Así pues, si un deudor ejecuta un acto simulado, pero se demuestra que no obstante esa simulación, dentro de su patrimonio existen bienes suficientes para pagar sus deudas, el acreedor no podría entablar la acción de simulación, por lo mismo que el acto simulado, en el caso puesto como ejemplo, no menoscaba su interés protegido por la ley".

Estos principios de la jurisprudencia tienen completa aplicación al caso materia del presente juicio y por lo tanto aparece claro el interés jurídico de Grace & Cía. (Colombia) S. A. para pedir la simulación a que se refiere la demanda, y por ende salta a la vista que sí tiene esa sociedad la personería suficiente para actuar como demandante. No se equivocó, por lo tanto el Tribunal al aceptar como parte actora a la sociedad citada, y por eso carece de razón el recurrente al atacar la sentencia por este aspecto.

Por lo expuesto se rechaza el cargo.

Cargo segundo

"Colocándome dentro del mismo numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial, dice el recurrente, acuso la sentencia del Tribunal por manifiesto error de hecho y por error de derecho en la falta de apreciación de la escritura 1602 tantas veces citada, y de otras pruebas presentadas por la parte demandada, y por la apreciación indebida de las demás pruebas del expediente, lo cual llevó al Tribunal a declarar la simulación absoluta del contrato a que se refiere aquella escritura, violándose así los artículos 1602, 1849, 1857, 1758, 1759, 1866, 2577, 2652, 2673 del Código Civil y 630 del Código Judicial, que dan fuerza legal a un contrato de compraventa celebrado por escritura pública, los cuales no fueron aplicados; y los artículos 1757, 1758, 1768 del Código Civil y 601, 661, 662, 666, 667 del Código Judicial, que versan sobre pruebas, los cuales fueron desconocidos".

Hace el recurrente un examen de las pruebas presentadas al juicio comentándolas según su propio sentido y alegando que el Tribunal las interpretó en forma distinta a como ha debido considerarlas. Se encamina la exposición del recurrente a contradecir la apreciación a que llegó el Tribunal en el examen y apreciación de los diferentes indicios que le sirvieron de apoyo para declarar la simulación del contrato que aparece de la escritura 1602, y termina el cargo en estos términos:

"...aquí no hay indicio con mérito de convicción, aquí no hay indicio que pueda producir en el ánimo del juez, ni de nadie, una sensación de certeza. La operación mental tomada de las pruebas del expediente no lleva a la verdad jurídica 'sin lugar a duda'. Y si el Tribunal afirma que existen verdaderos indicios capaces de contrarrestar la prueba de la escritura, y esos indi-

cios no existen, como lo he dejado establecido, la decisión del Tribunal debe ceder el campo a la verdad, para que la escritura pública, que si es prueba, quede en pie".

El cargo trata de la violación indirecta de los textos legales que cita el recurrente, violación que tuvo lugar porque el Tribunal incurrió en evidente error de hecho y en error de derecho en la falta de apreciación de la escritura número 1602 y de otras pruebas presentadas por la parte demandante y por la apreciación indebida de las demás pruebas del expediente.

Procede determinar si el sentenciador incurrió en evidente error de hecho o en error de derecho para poder saber si como consecuencia de esos errores se incurrió en la violación de los textos legales sustantivos, que se dice fueron violados.

El Tribunal en la sentencia hizo un análisis detenido de las pruebas presentadas al juicio por las partes, considerando la prueba testimonial, las copias expedidas por el juzgado 4º del circuito en lo civil de Medellín, las diversas circunstancias en las que fue otorgada y registrada la escritura número 1602, el contenido de ese instrumento, y las certificaciones del notario 4º de Medellín y del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Jericó.

El recurrente dice que existe el error de hecho porque según él las diversas pruebas no demuestran la simulación que declaró el Tribunal, sino todo lo contrario; es decir, que el contrato que contiene la escritura número 1602 de febrero de 1952, de la notaría 4ª de Medellín, no es simulado. Pero para llegar a esta conclusión, el recurrente se limita a hacer una crítica sobre la manera como el Tribunal apreció las pruebas, pero no señala la contraevidencia entre lo que dice el Tribunal y determinada prueba. Es una crítica de carácter general y no concreto sobre las diversas pruebas presentadas.

El sentenciador se atiene a la prueba de los indicios, y esos indicios los deduce del examen del material probatorio; analizó con todo detenimiento las pruebas y se formó la convicción, por los indicios, que de tales pruebas se deducen, que el contrato que aparece de la escritura número 1602, es absolutamente simulado.

No se advierte que las conclusiones del Tribunal pugnen de manera evidente con la realidad de los hechos, y por esta circunstancia la apreciación del Tribunal es intocable en casación.

En este recurso no se trata de revivir el proceso probatorio que se surtió en las instancias y en donde las partes tuvieron oportunidad de alegar sobre las pruebas presentadas; ante la Corte se enjuicia la sentencia citando cuáles son las disposiciones legales que ella viola, y por qué concepto, determinando con claridad, si de error de hecho se trata, cuáles pruebas fueron mal apreciadas o se dejaron de apreciar. Pero es necesario que la acusación se contraiga a determinados y concretos elementos probatorios y no que se haga una crítica general de los que condujeron al juez a fallar en determinado sentido.

Si estas condiciones de la acusación no se cumplen, como en el caso presente, no puede decirse que exista el pretendido error de hecho. Ahora, en cuanto al error de derecho que se presenta cuando el sentenciador considera la prueba, pero le otorga un valor que la ley le niega, o le niega el valor que la ley le asigna, implica siempre la violación de normas legales sobre pruebas, y el error en que incurra el sentenciador, en caso tal, es el vehículo que lleva a la infracción de la ley sustantiva, que toca el fondo del negocio.

No ha demostrado el recurrente que el Tribunal haya otorgado a las pruebas el valor que la ley les niega o que le haya negado el valor que les asigna la ley, porque el Tribunal es soberano en la apreciación de la prueba indiciaria, siempre que no pugnen sus conclusiones con la evidencia de los hechos.

"Cuando se trata de valorar y estimar la prueba indiciaria, no se comete por el juzgador error de hecho sino en casos especiales en que su interpretación repugne a la evidencia clara y manifiesta que arrojen los autos. Se deduce rectamente esto de las normas que modelan la estimación de ese medio probatorio, en especial el artículo 662 del C. J. Queda así sometida a la conciencia del juez la valoración de la prueba judicial, sin más restricción que la subordinación de su criterio a las reglas generales de la sana crítica en materia de pruebas. En casación no es procedente la acusación por error de hecho o de derecho en la apreciación de los indicios, sino en casos especiales en que su interpretación por el juzgador ha sido tan absurda que pugne con la manifiesta evidencia de los hechos, en otra forma demostrados en el proceso". (Casación, 26 de octubre de 1939. GACETA JUDICIAL, Tomo XLVIII, pág. 741).

Por lo expuesto, se rechaza el segundo cargo.

En mérito de 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 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de fecha 14 de agosto de 1954, en el juicio ordinario de Grace & Cía. (Colombia) S. A., contra Pedro o Pedro María Gómez R. y otro.

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

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

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

El Secretario, **Ernesto Melendro L.**

ACCION DE PERTENENCIA

1.—El artículo 636 del Código Judicial se ha considerado como disposición simplemente adjetiva, cuya inobservancia no conduce ni puede servir de fundamento a la casación.

2.—La Corte ha dicho que si los instrumentos a que se refiere el artículo 636 del C. J. han sido llevados al juicio por presentación directa de una de las partes sin objeción alguna de la contraparte, no se puede concluir que carezcan ellos de todo el mérito probatorio hasta llegar a considerar que no existan en el proceso.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse)

Por conducto de apoderado, la señora Matilde Montenegro de Avendaño, presentó demanda ordinaria contra la Sociedad Londoño y Compañía, Limitada, representada por su Gerente el señor Manuel Antonio Londoño, para que se hicieran las siguientes declaraciones principales:

"**Primera.** — Que la referida señora es dueña absoluta en virtud del concepto jurídico de prescripción adquisitiva del dominio del terreno especificado en la demanda;

"**Segunda**.—Que, en consecuencia, la Sociedad demandada carece de toda relación jurídica respecto al referido terreno, en cuanto a los atributos que configuran el derecho de propiedad, atributos que descansan en la cabeza de la señora Montenegro de Avendaño".

Como hechos se enunciaron los que siguen:

"La demandante desde hace más de treinta años con actos propios de dueño, como son las sementeras, la ocupación de ganados y otros actos de tal naturaleza, ha venido explotando y explota económicamente la aludida propiedad que fue adquirida por ella a título de donación gratuita hecha por escritura otorgada en Riofrío el 13 de enero de 1936, donación que le hizo el señor Pedro Pablo Alfonso, quien ocupó el terreno con anterioridad de 1921 a título de cultivador de terreno baldío nacional en que no había explotación económica por parte de terceras personas ejerciendo la posesión sin intromisión alguna; no obstante esa situación, se han presentado a la demandante los señores Leocadio Salazar y Manuel Antonio Londoño, y diciéndose dueños del terreno explotado económicamente le han exigido que lo desocupe o lo compre; los nombrados señores exhiben título de dominio perteneciente a la Sociedad Londoño y Compañía Limitada, afirmando que el inmueble es de propiedad de la citada Compañía y no baldío nacional, y que, en virtud de esas circunstancias la señora Matilde Montenegro de Avendaño tiene derecho para pedir contra la expresada Compañía la prescripción adquisitiva de dominio "sobre la base de que el terreno forma parte integrante del globo de propiedad de la Compañía".

La acción la funda en lo dispuesto por los artículos 2º y 4º de la Ley 120 de 1928; el 12 de la Ley 200 de 1936 y demás disposiciones del Código Civil en relación con la prescripción adquisitiva.

Corrido el traslado de la demanda el señor Manuel Antonio Londoño S., su apoderado, la contestó negando los hechos que la fundamentan y declarando que "por lo demás el lote al cual la demanda se refiere según su especificación y linderos fue vendido por la Sociedad Londoño y Compañía Limitada, al señor Misael Hurtado, según escritura pública que fue legalmente registrada y con base en los títulos de propiedad que la Sociedad vendedora tenía, derivados de los anteriores propietarios de esa tierra. No hay pues lugar a que se hagan las declaraciones que se piden en la demanda".

Durante la diligencia de la inspección ocular, el señor Manuel Antonio Londoño presentó copia auténtica de la escritura número 386 de 15 de diciembre de 1948, en la cual aparece que el nombrado señor en su carácter de Gerente de la Sociedad demandada, transfirió a título de venta al señor Misael Hurtado un terreno dentro del cual

se encuentra el relacionado en la demanda, según la identificación hecha por los peritos en aquel acto, identificación ordenada por el Juzgado de acuerdo con la solicitud de Londoño.

Las sentencias de instancia

El Juzgado Primero Civil del Circuito de Tuluá desató la controversia declarando probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada y absolviéndola consecuencialmente.

Fundamento de este fallo fue la diligencia de inspección ocular sobre los hechos que se han anotado. Así dijo el fallador a quo: "...Y es de anotar y dejar muy en claro que al acta levantada en dicha diligencia de inspección ocular no se le hizo ninguna objeción durante el término en que se la puso en conocimiento de las partes, conforme al artículo 719 del C. J. De lo expuesto se infiere: el poseedor inscrito del predio demandado en prescripción adquisitiva por la señora Matilde Montenegro de Avendaño, es desde el 11 de enero de 1949 (fecha del registro de la escritura, anota la Corte), el señor Misael Hurtado V., y no la Sociedad Londoño y Compañía, quien fue tan sólo causante a título singular del señor Hurtado V. y en tal caso, la demanda estuvo y está mal enderezada puesto que se dirige contra persona distinta de quien en realidad aparece como único poseedor inscrito del predio, señor Misael Hurtado V. Se presenta así, de bulto, la excepción perentoria consistente en la ilegitimidad de personería sustantiva de una de las partes".

El Tribunal de Buga a donde llegó el negocio por apelación en sentencia del 15 de septiembre de 1954, confirmó la del inferior. En dicha providencia el fallador transcribe los siguientes conceptos de un expositor al comentar la Ley 120 de 1928: "Los artículos 2º y siguientes consagran el derecho para pedir la declaración de que un bien beneficiado por el solicitante le pertenece, con base en una posesión suficiente para usucapir. Pero en el desarrollo procesal de esa acción se contemplan dos situaciones muy diversas, que reclaman, y la Ley les da tratamiento igualmente distinto: en una (artículo 4º) el poseedor sabe que un tercero determinado y conocido tiene, en principio, la calidad de legítimo dueño, pero ya desvirtuada por haberse operado la prescripción en favor del poseedor. Entonces éste tiene que demandar al aludido tercero para que con su audiencia, y sólo con la de él, se reconozca y declare la consumación del fenómeno jurídico de su adquisición, de su actual pertenencia. En este caso se sigue un juicio ordinario común y corriente, debate singular entre dos personas, cuyo fallo con o sin el artículo 12 de la Ley, no aprovecha ni perjudica sino a esos contendores, únicas partes en la controversia. Pero se presenta otra, que es la más frecuente, en que el poseedor con títulos defectuosos o sin ellos, no se halla en presencia de un primitivo dueño legítimo determinado y conocido contra quién hacer valer como acción la prescripción. Pero como de todas maneras la situación del poseedor es irregular o anómala, la Ley (artículo 6º) le ofrece el medio de legalizarla o legitimarla mediante una demanda **contra todo el mundo,** en un juicio especial en que **todo el mundo es parte,** porque la Ley llama a ese debate a todo el que pueda tener o alegar derecho sobre el bien de que se trata".

La casación

El apoderado del recurrente formuló una demanda que carece de las condiciones técnicas que debe reunir un escrito de esta naturaleza, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 520 y 531 del C. J., y sobre los cuales la jurisprudencia de la Corte se ha expresado en numerosos fallos.

El recurrente dice que "constituye un evidente error de los Jueces haberse basado en la escritura y certificado como eje central y único de la sentencia, hecho que acusa un manifiesto error que comporta la violación misma de la Ley que regula la materia". Se refiere a que el fallador tuvo en cuenta la escritura número 386 de que atrás se hizo referencia y un certificado del registrador de instrumentos públicos y privados para deducir que el "poseedor inscrito del inmueble era Misael Hurtado y no la Sociedad Londoño & Cía. Ltda. y como esos documentos fueron presentados en el juicio con violación del artículo 636 del C. J., la sentencia incurrió en el error cuya naturaleza no define el recurrente.

La Corte considera:

El artículo procedimental citado como violado por el fallador se ha considerado como disposición simplemente adjetiva, cuya inobservancia no conduce ni puede servir de fundamento a la casación. Tal precepto tiende a asegurar la autenticidad de los documentos a que él se refiere;

pero la misma Corte ha dicho (sentencia 20 de febrero de 1945) que si esos instrumentos han sido llevados al juicio por presentación directa de una de las partes sin objeción alguna de la contraparte, no se puede concluir que carezcan ellos de todo el mérito probatorio hasta llegar a considerar que no existan en el proceso. En el caso presente, el propio señor Manuel Antonio Londoño, a quien se demandó como Gerente de la Sociedad Londoño & Cía. Ltda., sin que en el expediente aparezca, por otra parte, prueba de esa calidad, presentó la escritura y el certificado en el caso de la inspección ocular sin que el apoderado de la actora hubiera puesto en duda la autenticidad de tales piezas. Sobre ellas el Tribunal consideró que la Sociedad demandada no tenía el dominio del bien sobre el cual se pretende la usucapión, y, de consiguiente, careciendo de interés jurídico en el negocio, su falta de personería sustantiva era incuestionable. A la Corte no se le han expuesto fundamentos serios que invaliden esa apreciación del Tribunal, y, por lo tanto, el cargo se rechaza.

Por último, dice el recurrente, que acusa la sentencia por no haberse declarado la prescripción, no obstante haber mérito para ello, lo que constituye la violación manifiesta de los principios legales respectivos consagrados en la Ley 200 de 1936, artículo 12, Ley 120 de 1928 y las disposiciones del Código anotadas en la demanda.

El cargo en la forma presentada no tiene fundamentación de ninguna clase. Y la demanda en general talvez pueda explicarse por la manifestación que hace el recurrente de que la premura del tiempo no le permitió meditarla debidamente.

En mérito de lo 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 del Tribunal Superior de Buga del 15 de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro.

Sin costas porque no se causaron.

Cópiese, notifíquese, publíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

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

ACCION DE FILIACION NATURAL.—VALOR DE LA PRUEBA TESTIMONIAL EN RELACION CON LA CAUSAL 4ª DEL ART. 4º DE LA LEY 45 DE 1936

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

Magistrado Ponente Dr. Luis Felipe Latorre U.

Ante el Juez Civil del Circuito de Purificación María de Jesús Ortiz de Bonilla y Anunciación Ortiz, demandaron a Zoila María Reyes v. de Portela, como única sucesora testamentaria a título universal de Francisco Portela Lozano, para que se les declarara hijas naturales de éste, habidas en la señora Segunda Ortiz y se les reconociera su derecho herencial en la sucesión del mismo, "en la proporción que determina la ley".

Invocaron como hechos fundamentales los señalados en los ordinales 4º y 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936: haber nacido durante las relaciones sexuales de Portela y Segunda Ortiz, en las circunstancias y términos de la ley y la posesión notoria del estado civil.

La primera instancia del juicio finalizó con fallo de 31 de octubre de 1953, favorable a las demandantes, confirmado por el Tribunal Superior de Ibagué por sentencia de 31 de marzo de 1955, contra la cual interpuso recurso de casación la parte demandada.

LA ACUSACION

Dos cargos hace el recurrente a la sentencia de que se trata: errores evidentes de hecho y errores de derecho en la apreciación de las pruebas relativas a las relaciones sexuales de que trata el precitado numeral 4º, y errores de hecho y de derecho respecto de las pruebas referentes a la posesión notoria a que se refiere el numeral 5º, errores que, en concepto del recurrente incidieron en violación de varias disposiciones sustantivas de la ley 45 de 1936 y del Código Civil.

Con respecto al primer caso: relaciones sexuales entre los pretensos padres y nacimiento de las demandantes dentro del lapso señalado por la ley, el Tribunal expone su apreciación de la prueba testimonial, así:

"Que por los años de 1904 y siguientes conocieron en el sitio denominado 'Coya', fracción 'Chenche y Asoleados' de la jurisdicción Municipal de Purificación una venta de trago que allí tenía la señora Mariana Ortiz, madre de Segunda Ortiz y de Apolonia, Lina y Julián Ortiz; que por ello tuvieron oportunidad de ver que Francisco Portela Lozano frecuentaba en compañía de otras personas la casa de Mariana, donde formaban parrandas; que como consecuencia de tales parrandas, Francisco y Segunda trabaron amores que terminaron en forma pública y notoria en todo el vecindario de 'Coya' con el dicho de que Segunda Ortiz era la concubina de Francisco Portela Lozano; que el amancebamiento o concubinato público de Francisco con Segunda, en la fracción citada, duró en forma continua y no interrumpida, más o menos desde el año de 1904 o 1905 hasta el de 1930, aproximadamente; que del concubinato nació en el año de 1907 (unos testigos precisan los años, otros no) María de Jesús Ortiz, quien después contrajo matrimonio con Daniel Bonilla y reside en el Municipio de Natagaima, y en el año de 1913 nació Anunciación Ortiz, quien reside en el sitio de 'Coya' de la fracción y jurisdicción ya mencionadas; que en las fracciones de 'Hilarco' de Coyaima, y 'Chenche y Asoleados' de Purificación, es fama pública que María de Jesús y Anunciación Ortiz son hijas naturales del causante Francisco Portela Lozano y de Segunda Ortiz, la hija de doña Mariana Ortiz; que cuando nacieron María de Jesús y Anunciación, el causante Francisco Portela sufragó los gastos del alumbramiento y atendió a las necesidades de su concubina, hecho que declaran unos por haberlo oído decir y otros porque pudieron darse cuenta personal, por razones de vecindad; que el causante Francisco Portela Lozano presentaba a María de Jesús y Anunciación como sus hijas naturales, a sus amigos y relacionados, en forma pública y notoria, desde el nacimiento de las mismas hasta cuando murió aquél (murió el 16 de septiembre de 1952), hecho que afirman también los declarantes Jesús Portela, Mario Portela y Liborio Lozano G., quienes dijeron ser pri-

mos hermanos del causante Francisco Portela Lozano. Y dan cuenta la mayoría de los declarantes que éste, por razón del reconocimiento que hacía de María de Jesús y Anunciación Ortiz, como sus hijas naturales, llevó a la primera por ahí en el año de 1925 o 1926, con permiso de su concubina Segunda Ortiz, para su finca sita en el punto llamado 'Paradero de Hilarco' de la jurisdicción de Coyaima, finca conocida con el nombre de 'La Reforma', donde la instaló y le encomendó la administración de la misma finca con amplias facultades, habiendo durado allí María de Jesús por un lapso de tiempo no menor de diez años, hasta el año de 1936 en que se retiró para contraer matrimonio con Daniel Bonilla; y que a la segunda la llevó en el año de 1934, por su cuenta, a la casa de Fernando Portela en el Ataco, para que temperara y recobrara la salud, y en el año de 1936, también por su cuenta, la llevó personalmente, en vía de temperada y restablecimiento físico, a la casa de la señora Mercedes Rojas v. de Devis, sita en Bopotá, y por último dicen los declarantes que a Segunda Ortiz no le conocieron intimidades carnales con hombre distinto del causante Portela Lozano, ni hijos distintos de las demandantes Ortiz, habiendo gozado siempre aquélla de buena reputación.

"Los declarantes fueron contrainterrogados sin que el contrainterrogante lograra desvirtuar la firmeza de sus convicciones respecto de los hechos sobre que declararon".

Y concluye sobre este particular:

"Del conjunto probatorio testimonial detallado en el numeral 1º de la relación de pruebas de las demandantes, el Tribunal sí llega a la conclusión de que la causal antes expresada está demostrada en este proceso, pues los declarantes dan cuenta del concubinato o amancebamiento público, aunque sin comunidad de habitación, que el causante, Francisco Portela Lozano y Segunda Ortiz sostuvieron desde el año de 1904 o 1905 hasta el de 1930 aproximadamente; y como las demandantes nacieron, dentro de ese espacio de tiempo, después de los ciento ochenta días en que aquel concubinato comenzara (1907 y 1913), entonces la causal surge con mayor entidad en el caso de autos".

El recurrente observa, en lo principal, que "cuando pretende obtenerse la declaración judicial de paternidad y ello se hace a base de prueba testimonial, como en el caso presente, es imprescindible y esencial que los testigos se refieran CON PRECISION a una EPOCA DETERMINADA por días, fechas, meses. Este extremo debe probarse legalmente y si respecto de él no se produce prueba alguna, comete error de hecho el juzgador que, por simples declaraciones de épocas vagas, no bien determinadas, aplica el art. 4º en su numeral 4º, porque lo aplica indebidamente al caso, y al declarar la paternidad quebranta la ley sustantiva como consecuencia de su error".

El concepto que precede lo deriva el recurrente de que los testigos examinados (más de 10), la mayor parte refieren la época inicial de las relaciones sexuales Portela-Ortiz a los años de 1903, 1904 y 1905, así, en general, no a una fecha precisa; día, mes y año; pero como de todas maneras aquella época inicial fue anterior a 1906, la primera de las demandantes, María de Jesús Ortiz, nacida en marzo de 1907, está amparada por la presunción legal, lo mismo que Anunciación, quien nació en diciembre de 1913; y como las relaciones sexuales de los presuntos padres perduraron, por lo menos hasta 1930, no puede haber duda de que, en cuanto al tiempo con que la ley limita la presunción, las demandantes llenan los requisitos de la ley.

La doctrina de la Corte Suprema es clara en este punto:

"Para que pueda hacerse la declaración de paternidad natural (sienta la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia G. J. Nº 2141. pág. 602) por haber existido entre el presunto padre y la madre del demandante relaciones sexuales notorias y estables, no es necesario que los testigos que depongan sobre el hecho de la existencia de tales relaciones expresen el día exacto y preciso en que ellas principiaron; basta que la época que ellos señalan como el tiempo en que dichas relaciones tuvieron comienzo anteceda al nacimiento del que pretende la declaración de ser hijo natural, un lapso por lo menos igual al en que, conforme al Código Civil, se presume que hubo de ocurrir la concepción".

Con razón el opositor anota lo siguiente:

"Es bien difícil reunir un conjunto probatorio testimonial tan nutrido y tan elocuente, como el que se adujo a este proceso con relación a hechos tan lejanos y de tan difícil percepción por la naturaleza de ellos. Pero hay veintitantos testimonios que leídos desapasionadamente y armonizados unos con otros con respecto a dos de las causales establecidas por el art. 4º de la Ley 45 de 1936, producen la convicción íntima de que

evidentemente María de Jesús y Anunciación Ortiz son hijas naturales del difunto Francisco Portela Lozano.

"Así espero que se produzca en la conciencia de los HH. Magistrados de la Corte Suprema, pues lo grave hubiera sido que mis mandantes le hubieran resultado a los Juzgadores de este negocio, con una serie de testigos diciendo que el día martes del mes de mayo de 1903, se iniciaron las relaciones sexuales estables entre Segunda Ortiz y Francisco Portela; que los vieron encerrarse y acostarse juntos en una pieza de la casa tal, ubicada en paraje cuál de la Comunidad de Chenche y Asoleados o que los vieron abrazándose o realizando el acto carnal a eso de las nueve de la noche del día x del mes z del año N. En estas circunstancias sí habría base para dudar de la veracidad de esos testigos, porque la identidad de sus dichos con semejante lujo de detalles y de precisión cronológica induciría necesariamente a los campos de la sospecha".

Esta misma consideración, expresada en vocablos menos crudos pero más ajustados a la terminología jurídica, llevó a la Corte en fallo de 14 de febrero último en sentencia sobre filiación natural, en el juicio de Consolación Chaves de Racines contra Gregorio Venegas, a desestimar la prueba de testigos tan acordes en los más mínimos detalles y pormenores de forma, tiempo y lugar de unas relaciones sexuales, que tales concordancia y precisión hicieron decididamente sospechosos esos testimonios.

En cuanto a la fecha del nacimiento de las demandantes, el recurrente glosa las declaraciones de los testigos que se refieren a ese hecho, por imprecisas y vagas, pero la inanidad del cargo se patentiza al observar que tales nacimientos aparecen acreditados con las correspondientes partidas de estado civil, de manera que sobran las declaraciones de testigos, suponiendo que en realidad fueran defectuosas.

El segundo cargo se endereza a demostrar la deficiencia de la prueba sobre posesión notoria del estado civil (caso 5º del artículo 4º de la ley 45).

La apreciación del Tribunal sobre este aspecto, se pronuncia así:

"En el caso de autos sucede que aun cuando hallándose para el Tribunal demostrada la causal 4ª del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, no sería necesario entrar a estudiar si también está demostrada la posesión notoria del estado de hijas naturales de las demandantes respecto del causante, sin embargo, la prueba testimonial aducida por dichas demandantes en las varias oportunidades del proceso, ya vistas, es tan completa y abundante, que precisamente es tal prueba la que mayor mérito puede darle al juzgador para despachar en forma favorable las peticiones de la demanda. En efecto, del conjunto testimonial referenciado se deduce en forma categórica y sin dudas de ninguna clase que el causante Portela Lozano atendió a sus hijas, no sólo desde el momento mismo en que vieron la luz solar, proveyendo a su subsistencia y salud, educación y establecimiento, sino tratándolas como verdaderas hijas suyas, en tal forma, que no sólo el vecindario de su domicilio en jurisdicción del Municipio de Coyaima, sino los vecindarios de los Municipios de Purificación y de Natagaima, escenarios en que se cumplieron los hechos relatados por los declarantes, y los deudos y amigos del causante, reputaron a las demandantes como hijas de éste, a virtud de ese tratamiento. Y ese tratamiento de Francisco Portela Lozano para con sus hijas, duró no sólo por espacio de diez años continuos, sino, como se vio desde que ellas nacieron hasta cuando Francisco murió en septiembre de 1952, habiendo adquirido el conocimiento los declarantes, nó de cualquier manera, sino mediante la observación de hechos positivos, como los declarados por ellos y que ya se especificaron en la relación de pruebas correspondientes.

"Y lo declarado por los testigos de la parte actora se refuerza aún más ante la consideración de que el causante Portela Lozano, al otorgar su testamento público o última voluntad, no pudo olvidar a sus hijas y hubo de hacerles en aquél, por iguales partes, el legado consistente en un lote de terreno denominado Hilarco de la jurisdicción Municipal de Coyaima".

Contra esta apreciación se viene el recurrente lanza en ristre porque, en su concepto, no aparece comprobado plenamente, hasta el mayor extremo, que el pretenso padre proveyera en forma total a la subsistencia, salud, educación y establecimiento de las demandantes. Para el recurrente cualquier deficiencia en alguno de tales conceptos, como el de la educación, desquicia completamente las bases de la posesión notoria del estado civil de hijo.

Fácilmente se descubre aquí que en el supuesto de que la crítica fuera en cierto modo razonable, la discrepancia con la apreciación del Tribunal no procedería de un error manifiesto de hecho ni de un error de derecho, sino de una simple divergencia de criterios que no da base

para una casación. Tal es la doctrina jurisprudencial de la Corte sentada en muchos fallos.

Por último, admitiendo que la posesión notoria invocada adoleciera de sustanciales defectos en su comprobación, y en tal virtud resultara inestimable para declarar el estado civil de hijas naturales cuyo reconocimiento solicitan las demandantes, la Corte comparte el concepto expresado por el Tribunal de que se halla demostrada "la causal 4ª del artículo 4º de la Ley 45 de 1936", o sea, el advenimiento de las demandantes durante el lapso de cerca de treinta años de relaciones sexuales notorias entre Francisco Portela y Segunda Ortiz, madre de María de Jesús y Anunciación, quienes, sin lugar a duda nacieron dentro de los términos señalados en la precitada causal 4ª, que es bastante para reconocer judicialmente la filiación declarada por el Tribunal.

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 y condena en costas al 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.

ACCION DE PETICION DE HERENCIA. —EN QUE CONSISTE ESTA ACCION. — CASO EN QUE SE PUEDE ENTABLAR ESTA ACCION PARA LA SUCESION Y NO PARA EL HEREDERO.— TECNICA DE CASACION

1—La acción de petición de herencia, según el artículo 1321 del C. C., es la que la ley le confiere a un heredero de mejor derecho para reclamar bienes de la herencia ocupados por otra u otras personas en la misma condición de herederos. Es una acción real y con ella se persigue una universalidad, esto es, lo que por el carácter hereditario haya de corresponderle al actor, ya conste dicha universalidad de uno o varios bienes, de suerte que puede seguirse contra quien posee solamente una cosa de la herencia.

Pero no ha de intentarse para la sucesión del causante, porque, como lo dicen Planiol y Ripert, "en estos casos el heredero no puede entablar las acciones del difunto, sino basarse en su derecho personal a la partición o a la atribución de su cuota legítima". El heredero "obra dentro de los límites de su propio interés y por su cuenta, sin representar a los demás y sin que a los unos favorezca ni perjudique la actitud de los otros en el juicio".

2—En casación de febrero 27 de 1946 la Corte expresó que el heredero verdadero debe dar la prueba de su título en esta acción de petición de herencia, que esta calidad es personal y que, por tanto, las acciones del difunto no le serán de utilidad; "es necesaria una acción especial, nacida de su persona y que sea la consecuencia de su vocación hereditaria", que es la acción de petición de herencia. Sólo cuando obra con acciones reales o personales que corresponderían al causante si estuviera vivo, siendo el representante jurídico del difunto y no habiéndose liquidado la herencia proseguía la Corte— "debe demandar para ésta, para la universalidad herencial". Pero, por ejemplo, si los bienes están en poder de un tercero, y si "el heredero verdadero es único y el putativo liquidó la herencia mediante los trámites correspondientes, hasta el registro de la partición y sentencia aprobatoria, entonces BASTARIA ENTABLAR LA ACCION DE PETICION DE HERENCIA Y REIVINDICAR PARA SI DE MANOS DEL TERCERO LOS BIENES POSEIDOS POR ESTE", luégo, claro está, de discutir con el putativo el título de heredero.

3—Para saber si la sentencia puede casarse, apareciendo fundado un cargo, es necesario averiguar si tiene otro fundamento esencial, pues si una providencia se apoya en varias razones, cada una de las cuales sería suficiente para proferir la parte resolutiva, es necesario atacarlas todas, pues de lo contrario es forzoso concluír que la demanda de casación es trunca y la Corte no puede suplantar al recurrente.

En sentencia de 12 de agosto de 1930, dijo la Corte que cuando un fundamento de la sentencia del Tribunal que por sí solo sirve para sostener la parte resolutiva de la sentencia, no ha sido combatido en casación, aunque el otro de los motivos pudiera ser erróneo, a la Corte no le sería dado infirmar el fallo acusado. Constante ha sido la jurisprudencia de la Corte en el sentido indicado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. Bogotá, a catorce de marzo de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Ha venido a la Corte el juicio ordinario de José Luis Aramburo, Hernando Escobar y Benicio Escobar contra Eleázar Arroyave Restrepo, en virtud del recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte actora..

ANTECEDENTES: I. Los mentados Aramburo y Escobar demandaron a Arroyave Restrepo, ante el Juez del Circuito de Bolívar (Antioquia), para que en juicio ordinario se declarara, en síntesis, lo siguiente: a) que los demandantes, como causahabientes de Aníbal Arroyave Alvarez, tie-

nen derecho preferente a la herencia de Ricardo Arroyave Restrepo y excluyen a Eleázar Arroyave Restrepo; b) que éste debe restituírles en la proporción del 30% para Hernando Escobar, del 30% para el doctor José Luis Aramburo y del 40% para Benicio Escobar, el lote de terreno denominado "El Encanto", situado en el paraje de "La Rochela", del Municipio de Betania, alinderado como se dice en la demanda; c) que el demandado debe pagar el valor de los frutos, en la proporción indicada, a partir de la notificación de la demanda; y d) que también debe pagar las costas del juicio.

II. Los hechos de la demanda pueden resumirse así:

a) Aníbal Arroyave Alvarez o Aníbal Alvarez demandó en juicio ordinario a los herederos de Ricardo Arroyave Restrepo para que se le reconociera como hijo natural de éste y los derechos hereditarios en la sucesión de su padre natural, reconocimiento que obtuvo en las dos instancias y ante la Corte Suprema de Justicia.

b) Dentro de la sucesión del nombrado Ricardo Arroyave Restrepo se reconoció como heredero, entre otros, al demandado en este juicio, Eleázar Arroyave Restrepo, y en la partición de bienes se le adjudicó el lote de "El Encanto", situado en el Municipio de Betania, en el paraje de "La Rochela", y es el actual poseedor inscrito y material del inmueble..

c) Aníbal Arroyave cedió a Hernando Escobar Uribe, por escritura número 28, de 7 de enero de 1948, el 60% de sus derechos en la sucesión de Ricardo Arroyave Restrepo; a Benicio Escobar, por escritura número 689, de 16 de agosto de 1948, el 40%; y Hernando Escobar Uribe, a su vez, transmitió a José Luis Aramburo, por escritura número 478, de 22 de abril de 1953, el 30 por ciento.

d) Aníbal Arroyave y, en este caso, sus causahabientes, tienen mejor derecho a los bienes herenciales que el demandado Eleázar Arroyave Restrepo (fls. 18 y ss. del c. 1º).

III. El Juzgado Promiscuo del Circuito de Bolívar, en sentencia de 6 de febrero de 1954, hizo las declaraciones pedidas en la demanda, porque consideró probados los hechos en que se funda (fls. 33 v. y ss. del c. 1º).

IV. Pero el Tribunal Superior, en la sentencia de 31 de marzo del año próximo pasado, que es objeto del recurso de casación, revocó la del Juzgado y en su lugar declaró probada "la excepción perentoria temporal de petición de modo indebido".

Para hacer esta declaración arguyó, en síntesis, el Tribunal:

a) Las escrituras números 28, de 7 de enero de 1948, y 689, de 16 de agosto de 1948, de la Notaría de Andes, por las cuales Aníbal Arroyave cedió a Hernando Escobar Uribe y a Benicio Escobar Uribe sus derechos en la sucesión de Ricardo Arroyave Restrepo no se inscribieron en forma legal en el registro y, por tanto, no se efectuó legalmente la tradición de los derechos: tales escrituras se registraron en el Circuito de Bolívar, pero no hay constancia de que se hubieran registrado en el de Andes, que fue donde se otorgaron. Y

b) "No se ha pedido para la sucesión del causante Ricardo Arroyave Restrepo, en cuyo favor han debido impetrarse las declaratorias, sino para los demandantes mismos", porque en caso de haberse registrado debidamente los títulos, "ellos apenas probarían que los demandantes son titulares de un derecho herencial, pero no de un derecho de dominio sobre los inmuebles materia de la controversia" (fls. 19 y ss. del c. 5º).

Demanda de Casación

Como ya se dijo, contra esta sentencia interpuso el apoderado de los demandantes el recurso de casación, y al efecto le hace tres cargos, con base en la causal primera del artículo 520 del código judicial, que pueden resumirse así:

1º—El Tribunal violó el artículo 1321 del código civil, al decidir que era necesario demandar para la herencia del causante Arroyave Restrepo y no para el heredero verdadero.

La acción de petición de herencia la confiere la ley es al heredero —prosigue el recurrente— "y en su propio y personal beneficio", porque su finalidad es la de que, no solamente se le adjudique la herencia al heredero, sino la de que "se le devuelvan concretamente los bienes herenciales en poder del heredero putativo", devolución que debe hacerse al propio demandante y no a la sucesión. Habiendo concluído el juicio de sucesión, es absurdo entrar en un nuevo juicio sucesorio que carecería de objeto. Mal puede adjudicarse la herencia a la herencia misma, siendo así que ese objeto es el liquidar el patrimonio herencial y atribuír los bienes a cada uno de los herederos poniendo término a la comunidad. "Si el demandante es heredero verdadero y tiene mejor derecho a la herencia, el putativo debe restituírle directamente esos bienes que se le adjudicaron en la sucesión del de cuius". .

En apoyo de su alegación termina el recurrente este cargo con la cita de algunas doctrinas de la Corte sobre el particular.

2º—El Tribunal violó el artículo 1321 del código civil, a consecuencia de errores de hecho que aparecen de manifiesto en los autos, por no apreciar debidamente los certificados del Registrador relativos al lote que se reclama, las sentencias por medio de las cuales se reconoce la filiación de Aníbal Arroyave, el reconocimiento de herederos en el juicio de Ricardo Arroyave Restrepo y la escritura de compraventa entre Pedro Antonio y Zoila Rosa Arroyave.

Desconoció, por tanto, el Tribunal, los siguientes hechos: que en el juicio de sucesión de Ricardo Arroyave Restrepo se hizo a Eleázar Arroyave la adjudicación de los lotes de que trata este juicio; que Aníbal Arroyave es hijo natural de Ricardo Arroyave Restrepo y tiene los derechos herenciales que corresponden a esta calidad; que, en consecuencia, excluyó de modo absoluto a los hermanos del causante, tanto más cuanto que la sentencia fue pronunciada en favor y "frente a y contra el heredero Eleázar Arroyave"; que el juicio de sucesión de Ricardo Arroyave Restrepo terminó y ya no existe ni se puede hacer revivir; que la herencia adjudicada al heredero putativo, que tal es Eleázar, debe ser restituída al heredero verdadero, mas no haciendo un nuevo juicio mortuorio, "sino reconociendo al heredero verdadero su derecho preferente y restituyéndole los bienes".

El Tribunal quebrantó el artículo 1321 citado, a consecuencia de los errores apuntados, en cuanto de acuerdo con él, no es para la sucesión que "debe demandarse en acción de petición de herencia, sino directa y personalmente para y en beneficio del heredero verdadero"..

3º—El Tribunal violó, por no haberlos aplicado, los artículos 664, 670 y 673 del código civil, a consecuencia de lo cual quebrantó también el artículo 1321 del código civil..

Cargo que fundamenta el recurrente diciendo en síntesis: que las cosas incorporales pueden ser derechos reales; que el derecho de herencia es real; que no es impropio decir que el heredero es dueño de su derecho de herencia; que la sucesión es un modo de adquirir el dominio; y que, en consecuencia, la acción de petición de herencia persigue que se restituyan al verdadero heredero los bienes ocupados por el putativo.

Por tanto, la sentencia del Tribunal es violatoria de los textos citados "en cuanto exige que la petición de herencia se demande por la herencia misma o para la sucesión, cuando en verdad debe demandarse para el verdadero y único titular del derecho de herencia, que es el heredero".

En apoyo de su tesis cita también algunas doctrinas de la Corte.

Consideraciones de la Corte

Como se ve del anterior resumen de la demanda de casación, el recurrente le hace dos acusaciones a la sentencia del Tribunal: la primera contenida en los cargos primero y tercero, que exigió que los actores demandaran para la sucesión o herencia de Ricardo Arroyave Restrepo; y la otra, contenida en el cargo segundo, que no tuvo en cuenta las pruebas que acreditan el mejor derecho de los mismos a la herencia ocupada por Eleázar Arroyave.

Se principiará, pues, por el primer punto, respecto del cual expresa el fallo acusado:

"Pero en lo que debe hacer hincapié la Sala, en el caso de autos, es en que no se ha pedido para la sucesión del causante Ricardo Arroyave Restrepo, en cuyo favor han debido impetrarse las declaratorias, sino para los demandantes mismos. Y es que en el caso de estar debidamente registrados los títulos ameritados, ellos apenas probarían que los demandantes son titulares de un derecho herencial, pero no de un derecho de dominio sobre los inmuebles materia de la controversia. Por consiguiente, ya entable la acción de petición de herencia contra el putativo heredero que posee, o ya reivindicatoria contra el tercero que ha adquirido del heredero aparente, en ambos casos quien sólo es titular de un derecho de herencia ha de instaurar la acción en favor de la sucesión del causante, para que los bienes vuelvan a dicha sucesión, se enlisten y se haga la partición correspondiente. Lo que acaba de decirse está indicando que en los autos se configura la excepción perentoria temporal de petición de un modo indebido y así se resolverá".

La acción de petición de herencia, según el artículo 1321 del código civil, es la que la ley le confiere a un heredero de mejor derecho para reclamar bienes de la herencia ocupados por otra u otras personas en la misma condición de herederos. Es una acción real y con ella se persigue una universalidad, esto es, lo que por el carácter hereditario haya de corresponderle al actor, ya conste dicha universalidad de uno o varios bienes, de suerte que puede seguirse contra quien posee solamente una cosa de la herencia.

Pero no ha de intentarse para la sucesión del causante, porque, como lo dicen Planiol y Ripert,

"en estos casos el heredero no puede entablar las acciones del difunto, sino basarse en su derecho personal a la partición o a la atribución de su cuota legítima". El heredero "obra dentro de los límites de su propio interés y por su cuenta, sin representar a los demás y sin que a los unos favorezca ni perjudique la actitud de los otros en el juicio".

En el caso de que se trata, la herencia está partida y el actor no concurre con otros herederos con quienes pretenda compartirla, es más, es un heredero único del causante que excluye a todos y a cada uno de los demandados reconocidos en esa calidad, en el juicio de sucesión.

En casación de 11 de septiembre de 1924, había dicho la Corte que esta acción de petición de herencia se "finca en el derecho que tenga el demandante a la herencia ocupada por otro, derecho que dimana del carácter de heredero que compruebe como prevaleciente sobre esta misma calidad que pretenda tener el ocupante de los bienes heerditarios. El punto principal de dicha acción es la determinación de tal calidad. **Y no es necesario abrir un juicio universalísimo con demandados ignotos,** pues en ningún caso la sentencia que se dictara en este juicio podría perjudicar a otras personas que aquellas especialmente determinadas por la ley, respecto de las cuales puede tener efecto relativo la cosa juzgada" (G. J. tomo XXXI, número 1608, página 126 y subraya la Corte).

Y en casación de 27 de febrero de 1946 expresó que el heredero verdadero debe dar la prueba de su título en esta acción de petición de herencia, que esta calidad es personal y que, por tanto, las acciones del difunto no le serán de utilidad: "es necesaria una acción especial, nacida de su persona y que sea la consecuencia de su vocación hereditaria", que es la acción de petición de herencia. Sólo cuando obra con acciones reales o personales que corresponderían al causante si estuviera vivo, siendo el representante jurídico del difunto y no habiéndose liquidado la herencia —proseguía la Corte— "debe demandar para ésta, para la universalidad herencial". Pero, por ejemplo, si los bienes están en poder de un tercero, y si "el heredero verdadero es único y el putativo liquidó la herencia mediante los trámites correspondientes, hasta el registro de la partición y sentencia aprobatoria, entonces **bastaría entablar la acción de petición de herencia y reivindicar para sí de manos de tercero los bienes poseídos por éste",** luégo, claro está, de discutir con el putativo el título de heredero. Y concluía la Corte: "siendo única y universal heredera, habiendo sido reconocida como heredera de mejor derecho y habiéndose terminado y protocolizado la causa mortuoria del **de cuius,** no cabía la demanda de reivindicación para la sucesión o para una comunidad de herederos que no existía. No habiendo el Tribunal decretado la acción reivindicatoria porque la actora en el juicio no demandó para una sucesión que ya había sido liquidada, fuerza es concluir que se violaron las dispoisciones citadas por el recurrente, y que se debe casar la sentencia" (G. J. tomo LX, números 2029-31, página 50 y subraya la Corte).

El cargo, por tanto, aparece fundado. Sinembargo, para saber si la sentencia puede casarse, es necesario averiguar si tiene otro fundamento esencial pues si una providencia se apoya en varias razones, cada una de las cuales sería base suficiente para proferir la parte resolutiva es necesario atacarlas todas pues de lo contrario es forzoso concluír que la demanda de casación es trunca y la Corte no puede suplantar al recurrente.

Pues bien, la demanda de casación termina con este aparte:

"No comparto las consideraciones hechas por la sentencia en relación con el registro de las cesiones que de su derecho hereditario hizo el verdedero a los señores Hernando y Benicio Escobar Uribe, actores conmigo en este juicio. Mas por no ser objeto de acusación en cuanto no influyeron en la decisión final, procuraré expresar mis puntos de vista sobre éllas en ocasión propia" (f. 19 v.).

Pero que sí influyeron en la decisión final, se desprende de la lectura del fallo acusado, en el cual aparece:

"De suerte que recapitulando lo anterior se tiene que las escrituras números 28 y 689 de 1948 no se registraron debidamente, porque su inscripción se hizo en una oficina de Registro distinta a la del circuito notarial donde se otorgaron. Que la indebida inscripción equivale a falta de registro, con las consecuencias de la ley. Que la tradición del derecho hereditario se hace simbólicamente por la inscripción en el respectivo libro que indica la ley. Que faltando esa inscripción la cesión que se haya hecho en virtud del título correspondie (sic), no da por sí sola al titular la posesión de ese derecho.

"Finalmente se advierte que si los cesionarios Escobar Uribe no han adquirido aún la posesión del derecho hereditario que les vendió el here-

dero Aníbal Arroyave Alvarez, consecuencialmente tampoco la ha adquirido el doctor José Luis Aramburo, cesionario del derecho que compró a Hernando Escobar Uribe" (fl. 22 y v. del c. 5).

En sentencia de 12 de agosto de 1930, dijo la Corte que cuando un fundamento de la sentencia del Tribunal que por sí sólo sirve para sostener la parte resolutiva de la sentencia, no ha sido combatido en casación, aunque el otro de los motivos pudiera ser erróneo, a la Corte no le sería dado infirmar el fallo acusado. Constante ha sido la jurisprudencia de la Corte en el sentido indicado. En sentencia de 14 de mayo de 1918 (tomo XXVI, página 58) dijo esta superioridad: "Aun cuando sean fundados alguno o algunos de los motivos alegados por el recurrente en casación para infirmar la sentencia del Tribunal ella no es casable, si se apoya en otra u otras razones no combatidas por el recurrente" (G. J. tomo XXXVIII, número 1865, página 58).

Y en un caso semejante expresó esta Corporación:

"El fallo del Tribunal tiene dos motivos, cada uno poderoso a sustentarlo. El recurrente ha atacado victoriosamente el primero de esos motivos. Subsiste el segundo, y subsistiendo es imposible casar el fallo. La Corte cumple su misión de enderezar la jurisprudencia declarando procedente la acusación contra uno de los dos sostenes del fallo recurrido. Caerían ambos, y con ellos la sentencia, si tuvieran una misma base, o si, teniendo diferentes bases, el no atacado eficazmente careciera de fuerza suficiente para sustentarla por sí sólo. Pero la Corte cuyo oficio en casación es rigurosamente crítico, no puede moverse sino dentro de los límites fijados por el recurso, y ya ha dicho que con respecto al segundo apoyo del Tribunal no se ha señalado la norma sustantiva que se considere infringida" (Casación de 18 de noviembre de 1937, G. J. tomo XLV, número 1930, página 846).

En consecuencia, como la Corte estima que no ha de mudarse la jurisprudencia constante en el particular, y siendo uno de los fundamentos de la sentencia recurrida el indebido registro de las escrituras de cesión de derechos, en concepto del Tribunal, punto que no fue atacado en la demanda, no hay lugar a casar dicho fallo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia. —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida de que se ha venido hablando.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese, 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 Lugo, Secretario.



NO PUEDE GENERAR ERROR DE HECHO MANIFIESTO EN CASACION LA ERRONEA INTERPRETACION DE LA CONTESTACION DE LA DEMANDA. — MANERA DE FORMULAR LA TACHA DE FALSEDAD DE UN DOCUMENTO PRIVADO. — ALCANCE DEL ARTICULO 23 DE LA LEY 45 DE 1936. — DERECHO DE LOS HIJOS NATURALES A LA CUARTA DE MEJORAS

1—La interpretación que el sentenciador le da a la contestación de un hecho de la demanda, cuando éste se refiere a una prueba, no puede generar el error de hecho "mnaifiesto" que pueda llevar a la invalidación del fallo.

El error que se le imputa al fallador en este caso ni siquiera se refiere a la prueba misma, sino a la interpretación que se le dio a la respuesta y la facultad de la Corte no puede llegar hasta deducir la existencia del error de hecho porque el Tribunal se hubiera equivocado en la conexidad de la contestación con la afirmación contenida en un hecho de la demanda.

2—No es admisible que al contestar el demandado un hecho de la demanda diciendo "Tampoco le consta a mi mandante", esa expresión lleve implícita la objeción de falta de autenticidad de un documento privado. Esa tacha ha debido formularse clara, concretamente para que por parte del actor se movilizaran los medios competentes para desvirtuarla. La Corte en este aspecto ha dicho: "...Se redarguye de falso un documento o se le objeta cuando se niega la verdad, legalidad o autenticidad que se le atribuye o cuando se alega cualquiera de las falsedades o defectos que lo hacen ineficaz o nulo. La objeción se hace, debe hacerce manifestando la parte contra quien se produce, de una manera expresa y directa, que no reconoce en él cualidades que se suponen, y se determinarán en el escrito los vicios o faltas que contengan" (Cas. octubre 31 de 1940, L. 377).

3—En armonía con los arts. 23 y 24 de la ley 45 de 1936 y 1277 del C. C., en el caso sub-judice, el testador no podía disponer en su testamento de la cuarta de mejoras sino a favor de su hija natural; y si dispuso de esa cuota como lo hizo, la reforma debe aprovechar a la legitimaria. El art. 23 lleva implícitas las disposiciones que se han citado aunque el fallador no las hubiera mencionado en su sentencia, porque el desarrollo práctico de aquélla hace forzosa la aplicación de éstas.

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

(Magistrado Ponente Dr. Ignacio Gómez Posse.

Se define el recurso de casación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de este Distrito en el ordinario de URSULA MALAVER DE NAVARRETE contra la sucesión de AMBROSIO MOLINA M., representada por doña Juana Rosalía o Rosa Cañón v. de Molina, su heredera universal.

Antecedentes:

La respectiva demanda contiene las siguientes súplicas:

1ª)—Que se declare que URSULA MALAVER hija natural de Verónica Malaver, también es hija de Ambrosio Molina y tiene derecho a sucederle;

Por la segunda se impetra la reforma del testamento abierto otorgado por Ambrosio Molina y que consta en la escritura Nº 807 de 1º de septiembre de 1950, de la Notaría 6ª de Bogotá, y se declara a doña Ursula como legitimaria que es con derecho a que se le adjudique la legítima rigurosa mas la cuarta de mejoras y la cuarta de libre disposición en la sucesión de Molina.

En la tercera se pide que se condene a la demandada a restituírle a la actora las cosas hereditarias hasta completar el derecho que se le adjudique junto con los frutos respectivos.

Que si cuando se dictare la sentencia se hubiere hecho la partición en el juicio de sucesión de Ambrosio Molina se ordene la reforma de esa partición a fin de que se le adjudiquen a Ursula

Malaver los bienes necesarios de acuerdo con el derecho que le corresponde.

Se solicitó, además, la condena en las costas del juicio.

Como hechos fundamentales se formularon los siguientes:

Entre los años de 1910 y 1912, más o menos, Ambrosio Molina y Verónica Malaver comenzaron relaciones amorosas, que luego se convirtieron en relaciones sexuales. Estas relaciones fueron notorias y estables ya que tuvieron comunidad de habitación pues vivieron bajo un mismo techo como marido y mujer.

Como fruto de esas relaciones sexuales nacieron dos niñas: Una llamada Rumalda en agosto de 1913, quien murió al poco tiempo y otra, la demandante, Ursula, en junio de 1914.

Esas relaciones sexuales duraron más o menos desde 1911 hasta 1920, año en que el señor Molina contrajo matrimonio con Juana Rosalía o Rosa Cañón.

Molina siempre trató a Ursula Malaver como a su hija, así la llamaba o presentaba; atendió a su subsistencia, educación y establecimiento, y en virtud de ese trato y comportamiento de Molina, sus deudos y todo el vecindario de su domicilio siempre han tenido y reputado a Ursula Malaver como hija natural de Ambrosio Molina. Esa situación duró más de diez años continuos.

El hecho 7º, se expone así: "Ambrosio Molina reconocía no solo de palabra, sino también por escrito, que Ursula Malaver era su hija, y en carta que con esta demanda presentó así la llamaba.

Ursula Malaver tiene la calidad de legitimaria de su padre natural Ambrosio Molina, y como tal derecho a que se le adjudique la legítima rigurosa, la cuarta de mejoras y la cuarta de libre disposición por no haber dispuesto de ella el testador.

La demandada está ocupando como heredera testamentaria todos los bienes sucesorales y ha percibido los frutos de ellos desde la muerte del causante.

En la contestación de la demanda, por conducto de apoderado doña Juana Rosalía v. de Molina expresó: "En cuanto a las peticiones de la demanda, como a mi mandante no le consta por no tener conocimiento de ellas, es decir, que su difunto esposo hubiera tenido descendencia natural, pues ni siquiera conoce a la demandante, mientras no se prueben los hechos, fundamento del derecho que se reclama, no puede reconocer éste. Tanto más, que el causante afirma en su testamento no tener hijos naturales".

Al hecho 7º, se refirió así: "Tampoco le consta a mi mandante".

La carta a que este numeral se refiere reza literalmente: "Señorita Ursula Malaver. mi estimada Hija la saludo y deseo esté bien vea Ursula yo no bolvi a escribir por esta razón porque Uds. siguió mandando enviados a mi casa con papeles o cartas que yo no las e resivido cosa que no debía aber echo Ud. eso para aserme intranquilizar eso es falta de saber comprender la razón aora mucho menos lebante problema de ir a mi casa porque yo no la puedo atender i sería un fracaso para ambos yo la estimo pero eso que le digo asido el motivo para yo no volber a escribirle a Usted lo ve que más antes nos estábamos comunicando sin esas cosas aora sino porque en esa forma ya le digo que no así es que cialgún día que yo la nesesite para ablar alguna cosa con Uso la mando llamar a alguna parte pero a mi casa no porque ya le dije que allá no la puedo atender.- Excuse todo y resiba el abraso de su Padre Ambrosio Molina. - Ursula ciacaso me avisa ci Resibió esto en dos palabras con el dador de este y no más".

El juzgado a-quo, el del Circuito de Zipaquirá, desató la controversia con fallo absolutorio a favor del demandado. El Tribunal resolvió la apelación interpuesta revocando la sentencia del inferior y en su lugar declara:

1º) Ursula Malaver hija natural de Verónica Malaver, lo es también de Ambrosio Molina y como a tal se le reconoce el derecho de concurrir al juicio sucesorio de su padre natural en los términos prescritos por el artículo 23, de la Ley 45 de 1936, sin perjuicio de terceros.

2º) No se accede a las demás súplicas de la demanda.

3º) Sin costas en las instancias.

El fallador de instancia para llegar a la conclusión primera, estimó que hallaba demostrada la causal 3ª, del art. 4º de la Ley 45 de 1936 que dice: "Hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural... 3º) Si existe carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre, que contenga una confesión inequívoca de paternidad".

Importa destacar las consideraciones del Tribunal sobre esta cuestión, porque sobre ella gira la parte esencial del ataque en casación contra la sentencia.

Dice el Tribunal: "El señor apoderado de la parte demandada, al contestar el libelo, y después de manifestar que los hechos anteriores a éste no le constaban a su mandante, dice respecto del que acaba de transcribirse (el 7º, relieva la Cor-

te), 'tampoco le consta a mi mandante'. Quiere esto decir que a doña Juana Rosalía Cañón v. de Molina, no le constaba que el causante Ambrosio Molina hubiera reconocido no solamente de palabra sino también por escrito, que Ursula Malaver era su hija; pero en relación con la carta que se acompañó a la demanda, que de modo expreso se anunció en el hecho transcrito, y que por ello mismo el señor apoderado estuvo en capacidad de examinar, analizar y deducir las posibles consecuencias jurídicas, que para su mandante pudiera acarrear dicho documento, guardó absoluto silencio. Si su intención hubiera sido la de desconocer la autenticidad de aquella carta, fácil hubiera sido expresar que, respecto del reconocimiento que a Ambrosio Molina se le atribuía en el hecho 7º del libelo, no le constaba a su mandante, como lo dijo: y que en relación con la carta aludida en el mismo hecho, ni la reconocía como auténtica, ni la rechazaba como falsa, pero que la objetaba para que la contraparte probara su autenticidad".

Cita el siguiente concepto del doctor Enrique A. Becerra tomado del alegato presentado por el apoderado de la parte demandada en el juicio: "El que presenta un documento privado atribuído a otro, tiene que demostrar la verdad de su afirmación cuando es negado; porque es una alegación pura y simple que necesita del reconocimiento o la prueba para tener autenticidad". Y continúa el Tribunal: "Mas, para el caso sub-judice, el documento privado presentado con la demanda o sea la carta que se atribuye a Ambrosio Molina dirigida a Ursula Malaver, no fue, como atrás se dijo y se demostró, negada por la parte obligada, es decir, la demandada, habiendo obrado en autos con conocimiento de su apoderado; ni se objetó oportunamente, ni se redarguyó de falsa".

El fallador encuentra que la aludida carta debe ser estimada por el Tribunal como documento privado implícitamente reconocido por la parte obligada y que ella contiene una inequívoca confesión de paternidad, encontrándose, por consiguiente, probada la causal 3ª del art. 4º de la Ley antes citada procediendo, por lo tanto, la declaración judicial impetrada en el juicio.

Contiene la sentencia recurrida, además, las siguientes proposiciones: "No hay lugar a hacer las demás declaraciones que se impetran en la demanda, por cuanto siendo la actora heredera forzosa de su padre natural al tenor del artículo 23 de la Ley 45 de 1936, y por virtud de lo resuelto en este fallo, y habiendo sido pasada en silencio en la memoria testamentaria del causante, de acuerdo con el artículo 1.256 del C. C., se entiende que ha sido instituída en su legítima. 'La simple preterición de un legitimario —ha dicho la Corte— no puede servir de fundamento a la acción de reforma del testamento. Siempre un asignatario forzoso tiene aptitud y oportunidad dentro del juicio sucesorio para hacer valer su derecho preterido, ya que éste lo deriva de la ley y tal alcance tiene el artículo 1.276 del C. C.' Además, tampoco está probado que la adjudicación de los bienes sucesorales ya le haya sido hecha a la demandada en el juicio de sucesión respectivo, como para que pueda decretarse la restitución solicitada o hacerse algún pronunciamiento en cuanto al trabajo de partición correspondiente".

La Demanda de Casación

Cuatro ataques se formulan contra la sentencia de instancia:

Dentro de la causal 1ª de casación del artículo 520, violación de la Ley sustantiva, el recurrente formula el primer cargo así: "Violación directa del art. 645 del C. J. e indirecta del ordinal 3º art. 4º de la Ley 45 de 1936, a virtud de evidente error de hecho".

Dice el recurrente que el error consiste "en la recortada y por ende, falsa interpretación que el Tribunal le asigna a la respuesta que dio el apoderado de la demandada al hecho 7º de los postulados en la demanda del actor". Y que la contestación a ese hecho "tampoco le consta a mi mandante" sí comprendió la carta porque el hecho 7º, se refiere esencialmente al reconocimiento que por escrito se dice había hecho Ambrosio de Ursula Malaver como su hija natural; reconocimiento por escrito del cual se aseguró que la carta lo revelaba"; que "si en la contestación de la demanda el demandado afirma que no le consta el reconocimiento por escrito, expresamente se está refiriendo a la carta, que es el único reconocimiento escrito que se le pone de presente, de manera que constituye un grave error dividir la contestación que es indivisible, como lo es igualmente el hecho que ésta contempla".

Agrega el recurrente, que "al decir el demandado que, "tampoco le consta" aludiendo a ese hecho, es claro como la luz del sol que se está refiriendo a la carta, único escrito presentado; y nada más necesitaba agregar, ni explicar porque lo dicho es suficiente como fue suficiente la misma expresión en orden a los demás hechos postulados;... y que en esos términos sencillos

se expresaba que no le constaba la autenticidad de la carta, o sea que esperaba la prueba de su legitimidad'. En suma, no la tachó de falsa pero tampoco la admitió; por ello se quedó aguardando en vano a que la parte actora allegase la prueba de la autenticidad".

Al referirse el recurrente al alcance del art. 645 del C. J., dice: "Según este precepto la parte contra la cual se presenta en juicio un documento privado para que obre como prueba debe asumir una de estas tres actitudes; cada una de las cuales tiene sus propios efectos; guardar silencio, en cuyo caso el documento se tiene por reconocido tácitamente; equivale a una confesión de autenticidad; objetarlo, con lo cual a la contraparte le corresponde la carga de la prueba de que es auténtico; u oponer expresamente la tacha de falsedad total o parcial, lo que obliga al que presentó el documento a demostrar dentro del incidente de falsedad que la imputación es infundada".

"Tanto en el 2º como el 3er. caso, sobre quien presenta el documento recae la carga de la prueba de su legitimidad. Es natural, que el planteamiento de cada uno de estos cargos, por parte de aquel contra quien se afirma obligado por el documento, depende el del conocimiento antelado que tenga del escrito; si lo estima adulterado o falso le opondrá la tacha de falsedad; mas si carece de noticias acerca de su real existencia, por provenir como en el presente caso de un causahabiente, que pudo haberlo escrito, sin que a la parte le conste el hecho, así lo tendrá que manifestar, y entonces esa actitud también compromete a la contraparte a demostrar que el documento es legítimo".

En otro aparte dice el distinguido abogado que lleva la representación del recurrente, que "... Contestando el hecho séptimo del libelo en el sentido de que no le constaba la existencia de la carta, es decir, que ignoraba que Ambrosio Molina fuera en realidad autor de élla, esa actitud cabe dentro del artículo 645 pues en realidad representa una objeción o un desconocimiento expreso del documento, y en manera alguna un asentimiento, menos un silencio que implicase aceptación según el art. 645".

Se refiere el recurrente a la doctrina de los procesalistas y de la Corte para concluír una vez más, que en la contestación dada por el demandado al hecho séptimo se rechazó implícitamente la legitimidad de la carta y ante esa situación el actor ha debido suministrar la prueba de su autenticidad y que no habiéndolo hecho la carta no reviste ningún valor probatorio.

Con esto incurrió el Tribunal, dice, en un error de hecho patente llevándose de calle, por ese error el artículo 645 del C. J. el cual aplicó indebidamente, error que llevó al quebranto del ordinal 3º del art. 4º de la Ley 45 de 1936 por indebida aplicación.

La Corte considera:

El cargo, como se ha dejado expuesto, consiste en sostener que el fallador incurrió en error de hecho al dividir la contestación dada por el demandado al hecho 7º del libelo, estimándose que la respuesta: "tampoco le consta a mi mandante" se refería a la totalidad de la proposición contenida en el referido numeral y nó a su primera parte, como lo hizo el Tribunal. El ataque, pues, se refiere a la interpretación que el fallador le dio a la respuesta; y esa interpretación, como se verá adelante con la cita de diversas doctrinas de la Corte, no puede generar el error de hecho "manifiesto" que pueda llevar a la invalidación del fallo. Pero aún en el supuesto de que el criterio del Tribunal fuera equivocado tampoco podría llegarse al extremo de que con la contestación se hubiera formulado una objeción contra la autenticidad de la carta para que la parte actora corriera con la carga de la prueba de su legitimidad. La expresión "tampoco le consta a mi mandante", en gracia de una benévola interpretación, implicaría un desconocimiento del hecho real o físico de la existencia de la misiva, lo que no podría aceptarse porque la carta fue acompañada objetiva y realmente a la demanda. Por ello no es aceptable, como lo sugiere el recurrente, que el demandado careciera de noticias acerca de su real existencia y que al manifestar que no le constaba el hecho, iba implícita la objeción de falta de autenticidad. Esa tacha ha debido formularse clara, concretamente para que por parte del actor se movilizaran los medios competentes para desvirtuarla. La Corte en este aspecto ha dicho: "...Se redarguye de falso un documento o se le objeta cuando se niega la verdad, legalidad o autenticidad que se le atribuye o cuando se alega cualquiera de las falsedades o defectos que lo hacen ineficaz o nulo. La objeción se hace, debe hacerse manifestando la parte contra quien se produce, de una manera expresa y directa, que no reconoce en él cualidades que se suponen, y se determinarán en el escrito los vicios o las faltas que contengan". (Casación 31 de octubre de 1940. Tomo L, pág. 377).

Ni se alcanza a precisar por qué la interpretación hecha por el Tribunal constituya el error

de hecho alegado, cuando los juzgadores de instancia tienen un amplio campo dentro del cual pueden moverse al apreciar lógicamente los elementos que forman su convicción y determinar el valor intrínseco de la prueba. El error que se le imputa al fallador ni siquiera se refiere a la prueba misma —la carta cuestionada— sino a la interpretación que se le dio a la respuesta y la facultad de la Corte no puede llegar hasta deducir la existencia del error de hecho porque el Tribunal se hubiera equivocado en la conexidad de la contestación con la afirmación a que se contrae el numeral 7º de la demanda, lo que, como se ha visto, no da tampoco fundamento para la causal alegada.

Muy numerosa es la jurisprudencia de la Corte sobre esta materia; para los fines de este fallo basta citar algunas doctrinas: "El juzgador de instancia goza de libertad de criterio para enjuiciar y estimar las pruebas aportadas a los autos, según las reglas de la sana crítica y la tarifa legal y la Corte no puede modificar esa decisión mientras no haya un error de hecho manifiesto o un error de derecho que justifique su determinación de infirmar el fallo acusado. No basta que se acredite una errónea, imperfecta o poco técnica apreciación de las pruebas, ni es suficiente que tal apreciación sea o pueda ser diferente o contraria a la que la Corte hubiera hecho en el caso de haber fallado en instancia. Es menester algo más para que el recurso proceda. Es necesario que esa mala apreciación de pruebas haya llegado a dar por resultado un verdadero manifiesto error de hecho que a su turno implique infracción de reglas legales sustantivas. (Casación 12 de febrero de 1956).

"La apreciación de las pruebas hecha por el sea compartida por la Corte; y debe ser porque el recurso no tiene por objeto hacer un nuevo Tribunal, debe ser respetada, aun cuando ella no análisis de los elementos probatorios, ni rectificar el criterio del juzgador de instancia sobre las puras cuestiones de hecho". (Sentencia 4 de abril de 1936 y marzo 23 de 1954).

"Si en todos los casos en que el Tribunal apreciara mal una prueba este error de apreciación debiera considerarse como un error de hecho, habría bastado al legislador conceder el recurso de casación por mala apreciación de los elementos probatorios sin más y habría sobrado que agregara que esa mala apreciación debe tener como causa un error de hecho evidente. Y tampoco tendría sentido la insistente doctrina de la Corte según la cual en casación no puede cambiarse la estimación probatoria que hizo el Tribunal de instancia, por el solo motivo de que el criterio estimativo de la Corte no sea el mismo de aquél" (G. J. Nº 2138-2139).

"El error de hecho en la apreciación de pruebas que conduce a la violación de la ley sustantiva y que permite a la Corte la casación de un fallo tiene que ser manifiesto, es decir, tan grave y notorio que a simple pista se imponga a la mente sin mayor esfuerzo ni raciocinio, o en otros términos de tal magnitud que resulte absolutamente contrario a la evidencia del proceso. No es, por tanto, error de hecho que autorice la casación de un fallo aquél a cuya demostración sólo se llega mediante un esforzado razonamiento. Ha sido esta doctrina constante de la Corte, sólidamente fundada en la naturaleza del recurso de casación que, como es bien sabido, no tiene por objeto hacer un nuevo análisis de todos los elementos probatorios aducidos en el juicio". (Casación octubre 27-1954).

No se encuentra, pues, en virtud de lo anteriormente dicho, que el fallador hubiera aplicado indebidamente el art. 645 del C. J., al estimar que la carta que se ha cuestionado fue tácitamente reconocida por la parte demandada; y que como ella contiene "una inequívoca confesión de paternidad de Ambrosio Molina respecto de Ursula Malaver, es bastante, según lo dispuesto por el numeral 3º del art. 4º de la Ley 45 de 1936 para que proceda la declaración indicial impetrada en el juicio".

Se rechaza el cargo.

Segundo Cargo

Se acusa la sentencia por error de derecho violador de los artículos 1.767 del C. C., ordinal 3º del art. 4º de la Ley 45 de 1936 y 645 del C.. J.

El recurrente estima que el error de derecho "consiste en que el Tribunal habilita la prueba testimonial, inoperante de suyo para edificar sobre ella la presunción de que la carta es auténtica, tratando así de buscar un asidero en refuerzo de su tesis del reconocimiento tácito".

Para fundamentar el cargo el recurrente se refiere a las declaraciones de Angel María Pachón y Anacleto Garnica, que insertó en su fallo el Tribunal y transcribe estos apartes del mismo: "Tanto de estos testimonios como de otros que aquí figuran se infiere que Ambrosio Molina sí daba demostraciones de especial deferencia para con Ursula, no solamente cuando vivió a su lado sostenida por él, sino cuando ésta, siendo aún niña se fue a Carupa con Verónica su madre; se dice que tomó interés para que asistiera a la

escuela. Todos los declarantes, o al menos la mayor parte de ellos, afirman, con razones verosímiles que tanto Verónica como Ursula su hija, vivieron con Ambrosio hasta poco tiempo antes de que éste contrajera matrimonio con Juana Rosalía o Rosa Cañón. Es apenas natural que, diciéndose, como se decía por aquellos contornos que Ambrosio llevaba vida marital con Verónica Malaver, y que de esa unión era fruto la entonces pequeña Ursula, procuraba alejar de sí a quienes seguramente podían ser obstáculo para el bien vivir con su esposa, y es muy seguro, también que Juana Rosalía al noticiarse de aquellos decires veredales pusiera de su parte cuanto podía para evitar todo entendimiento entre su esposo y la antigua amante de éste y la probable hija. Debió ocurrir entonces que las relaciones entre Ambrosio y Ursula (sic) de públicas que eran antes pasaron a ser lo más ocultas posibles; y que la correspondencia de Ursula para con Ambrosio a quien ella consideraba su padre fuera interceptada por Juana Rosalía. **La prueba de esto se encuentra en la carta que se viene analizando".** (Subraya la Corte).

De esto deduce el recurrente, que el Tribunal violó los preceptos que cita en el cargo ya que el fallador "desconfiando de su tesis de reconocimiento tácito de la carta por parte del demandado, pretendió buscar otro apoyo en las declaraciones de testigos que acababa de desechar por su ineficacia allegadas al juicio con la finalidad de demostrar otras dos causales de filiación consistentes en las relaciones sexuales estables y la posesión notoria". En síntesis se afirma que el Tribunal intentó reforzar "con declaraciones la autenticidad de la carta y que, por ese medio no se puede llegar a aceptar el reconocimiento tácito de la carta que aceptó el Tribunal ya que la prueba testimonial es improcedente".

La Corte considera:

Es cierto que el Tribunal insertó en su fallo las declaraciones a que se ha aludido, pero no para reforzar la prueba de la autenticidad de la carta; todo lo contrario, el Tribunal consideró que lo dicho por los testigos se encontraba demostrado con la carta referida. Expresamente así lo dijo como se ha advertido en la frase que la Corte ha subrayado. Es claro, que al Tribunal le hubiera bastado simplemente apoyarse en la carta para hacer la declaración de la filiación natural. Si se refirió a otras demostraciones, lo hizo en forma tangencial, sin que ello hubiera sido necesario, pero tal exceso del fallador en analizar otras probanzas no puede fundamentar la causal invocada. No se puede negar que la misiva, y solo ella, fue el fundamento específico que tuvo en consideración el Tribunal para llegar a la conclusión de la sentencia. Se rechaza el ataque.

Tercer cargo

"Error de hecho evidente y manifiesto con la consiguiente violación de los artículos 645, 665 y nuevamente el ordinal 3º del art. 4º de la Ley 45 de 1936".

El recurrente lo hace consistir "en que el Tribunal elevó las declaraciones de Angel M. Pachón, Anacleto Garnica y demás producidas en el juicio por la parte demandante con la pretensión fracasada de acreditar las causales 4ª y 5ª de filiación, a la categoría de factor apreciable en orden a deducir de ellas la presunción corroborante de la autenticidad de la carta. Es decir, que para el Tribunal las declaraciones son notoriamente deficientes en orden a poner de manifiesto cualquiera de aquellas dos causales, pero en cambio sí son utilizables para confirmar que la carta la escribió Ambrosio Molina. Edifica así el juzgador una presunción a base de las declaraciones".

La Corte considera:

Sobre el error de hecho alegado son de pertinente aplicación las anotaciones hechas al estudiar el primer cargo.

No es exacto que el Tribunal hubiera "intentado reforzarse" como lo dice el recurrente, en su criterio de autenticidad de la carta con declaraciones recibidas para probar las causales 4ª y 5ª del art. 4º de la citada Ley 45.

El fallador, luego de hacer un estudio detenido de la prueba discutida, llega a ésta conclusión que desvirtúa el cargo formulado: "De manera que este documento privado implícitamente reconocido por la parte obligada contiene una inequívoca confesión de paternidad de Ambrosio Molina respecto de Ursula Malaver. Y como quiera que este requisito es bastante según lo dispuesto por el numeral 3º del art. 4º de la Ley 45 de 1936, para que proceda la declaración judicial impetrada en este juicio, así lo hace el Tribunal". Y vuelve a insistirse, por ser expresa la manifestación del fallador, que éste no tomó las declaraciones de los testigos como prueba de autenticidad de la carta, sino que, por el contrario,

aceptó incidentalmente la verosimilitud de esas declaraciones apoyado en el texto de la carta. No se acepta el cargo.

Cargo Cuarto

"Violación directa de los artículos 1.055 del C. C. y 20 y 23 de la Ley 45 de 1936".

El ataque se fundamenta así: "De acuerdo con el testamento la señora Juana Rosalía v. de Molina es heredera única y universal de Ambrosio Molina. De manera que si declarara la filiación, la demandante desplazaría a la cónyuge sobreviviente en una cuota parte de la herencia. Cuál? Tendría que ser la mitad de la herencia, nada más, de acuerdo con el art. 20 de la Ley 45 de 1936, reformatorio del art. 1.047 del C. C. Por lo tanto el testamento debe mantenerse, porque a la cónyuge no se le puede desconocer su calidad de heredera del causante, de que está revestida según el testamento y la Ley. Así ha debido declararlo expresamente el Tribunal, con el fin de aclarar bien la situación del cónyuge sobreviviente en relación con la hija natural que reconoció tanto más cuanto que en la demanda se intentó la acción de reforma del testamento, con la pretensión de abarcar toda la herencia del de cujus. Acción que el Tribunal niega por innecesaria con fundamento en que el art. 23 de la ley 45 le da a la Malaver el carácter de legitimaria, con los derechos previstos por esa disposición. Cuando eso no es así, porque antes del art. 23 invocado está el art. 20 que dice cómo se distribuye la herencia en el caso de que los herederos sean hijos naturales.

"Por tanto el Tribunal violó directamente el art. 1.055 del C. C., 20 y 23 de la Ley 45 de 1936; el primero por haber desconocido implícitamente en su totalidad el testamento de Ambrosio Molina que es válido en cuanto a que la declaración de filiación en favor de Ursula Malaver no le quita a la cónyuge el carácter de heredera testamentaria, de acuerdo con el testamento; el art. 20 por no haberlo aplicado el Tribunal, limitando de acuerdo con él el alcance de la partición herencial de Ursula; y el 23 por indebida aplicación, porque consideró a ésta con derecho a las tres cuartas partes de la herencia. siendo así que no tiene derecho más que a la mitad, naturalmente fuera de los gananciales de la sociedad conyugal que de todas maneras tienen que pagársele al cónyuge sobreviviente".

La Corte considera:

Para estudiar el cargo se transcribe lo que en éste aspecto dijo el Tribunal: "No hay lugar a hacer las demás declaraciones que se impetran en la demanda; por cuanto siendo la actora heredera forzosa de su padre natural al tenor del citado art. 23 de la Ley 45 de 1936, y por virtud de lo resuelto en este fallo, y habiendo sido pasada en silencio en la memoria testamentaria del causante, de acuerdo con el art. 1276 del C. C., **se entiende que** ha sido instituída en su legítima. 'La simple preterición de un legitimario —ha dicho la Corte— no puede servir de fundamento a la acción de reforma del testamento. Siempre un asignatario forzoso tiene aptitud y oportunidad dentro del juicio sucesorio para hacer valer su derecho preterido, ya que éste lo deriva de la ley y tal alcance tiene el art. 1.276 del C. C.' (Casación 8 de mayo de 1942)".

De acuerdo con la anterior motivación se advierte que el fallador procedió de acuerdo con las normas legales pertinentes; no desconoció implícitamente la totalidad del testamento de Ambrosio Molina, como lo dice el recurrente; simplemente declaró que a Ursula Malaver "se le reconoce el derecho de concurrir al sucesorio de su padre natural en los términos prevenidos por el art. 23 de la expresada ley 45 de 1936". No podía aplicar el art. 20 de esta ordenación, sustitutivo del 1.047 del C. C., que forma parte del Título 2º del Libro 3º del C. C. que estatuye las reglas relativas a la sucesión intestada, porque lo demandado fue la reforma del testamento a fin de que a la hija natural en su carácter de legitimaria se le reconocieran los derechos que la ley le asigna y a que expresamente se refiere el art. 23 ya citado; la hija natural preterida en el testamento, en presencia de la acción incoada, queda protegida en la liquidación de su legítima efectiva en la forma preceptuada por el art. 24 de la ley 45 de 1936 que hizo extensiva a los hijos naturales la ordenación consagrada en el art. 1.277 del C. C.

En armonía con los preceptos anotados, el testador no podía disponer en su testamento de la cuarta de mejoras sino a favor de su hija natural; y si dispuso de esa cuota como lo hizo, la reforma debe aprovechar a la legitimaria. El art. 23 en que se fundó la resolución del Tribunal, lleva implícitas las disposiciones que se han citado aunque el fallador no las hubiera mencionado en su sentencia, porque el desarrollo práctico de aquélla hace forzosa la aplicación de éstas. No se ad-

vierte, por otra parte, por qué el Tribunal violó el art. 1.055 del C. C.

El expositor Carrizosa Pardo en su tratado sobre "La Sucesión" advierte que existe conflicto entre los artículos 20 y 23 de la Ley 45, y para desatarlo hace el siguiente análisis: "¿Pero cómo resolver este conflicto? Porque el Juez que haya de aplicar la Ley 45 de 1936, estará solicitado por dos fuerzas contrarias: prestar su acatamiento a lo que disponen los artículos 19 y 20, perjudicando al hijo natural, o dar preferencia al 23 y otorgarle al hijo su legítima y su cuarta de mejoras. El problema tendrá que resolverse haciendo prevalecer el artículo 23, no tanto por ser posterior, como por fuerza de la naturaleza misma de la disposición que contiene. El hecho solo de haber creado reservas forzosas a favor de ciertos herederos llamados legitimarios, es demostrativo de que el legislador consideró sus intereses más dignos de protección y más sagrados que los intereses de los otros herederos legitimarios. Y también es claro que entre legitimarios, dispuso más cercanos y estrechos los derechos de los hijos que los derechos de los ascendientes, toda vez que a los primeros concedio exclusivamente la cuarta de mejoras. Luego las leyes en donde estas preferencias manifiesta el legislador, deben prevalecer a todo trance, si se quiere seguir el plan legal, y obtener los efectos individuales y sociales que persigue la ley".

El doctor Gustavo A. Valbuena en su libro sobre "Derechos de los Hijos Naturales" al comentar el art. 23 referido, dice, entre otras cosas: "Antes bastaba que no hubiera descendientes legítimos con derecho a suceder, para que el testador pudiera disponer a su arbitrio de la mitad de los bienes que quedaran una vez hechas las deducciones y agregaciones antedichas. Ahora es necesario que falten, además, los hijos naturales y sus descendientes legítimos, para gozar de aquella facultad dispositiva, a virtud de que la cuarta de mejoras antes exclusivamente para los descendientes legítimos (artículo 1253 del C. C.) hoy tiene que ser destinada a ellos, o a los hijos naturales personalmente o representados por su descendencia legítima".

Por lo dicho no se acepta el cargo.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia objeto del recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

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

ACCION REIVINDICATORIA. — CALIFICACION DE LA BUENA O MALA FE DE LA POSESION EN RELACION CON EL DERECHO DE PROPIEDAD

Ajustándose al texto del art. 768 del C. C., la jurisprudencia ha sentado doctrinas orientadas en el sentido que tal disposición indica, pero unas veces con un criterio extremadamente riguroso que excluía de manera absoluta la buena fé en todo caso de falta de título (fallo de 1891) y posteriormente consagrando una regla más elástica, con espíritu más amplio y en forma relativa (fallo de 1941 G. J.. LI, 172 y 173).

Dice esta sentencia: "La BONA FIDES ha de considerarse, como ya ha tenido ocasión de expresarlo esta Salo (G. J. T. 47, pág. 465), como una realidad jurídica actuante y no simplemente como una intención de legalidad y una creencia de legitimidad, en forma que la cuestión predominante cuando se trate de apreciar la buena fe ha de considerarse menos en el hecho psicológico de creer que la razón de la creencia, esto es, EN EL COMO Y POR QUE SE CREE. (Subraya la Sala). Si es necesaria la conciencia de una adquisición legítima para que la fe del poseedor sea buena, resulta una relación o conexidad tan íntima entre el título originario de la posesión y la creencia honesta de la propiedad, que no es posible admitir la buena fe en quien posee sin ningún título.

"LA FALTA DE TODO TITULO, ESPECIALMENTE EN MATERIA INMOBILIARIA ES UNA CIRCUNSTANCIA JURIDICAMENTE ANORMAL QUE NO PERMITE GENERALMENTE PRESUMIR LA BUENA FE (Subraya la Sala). La presunción que la ley establece a este respecto en el artículo 769 del C. C., requiere, pues, como base indispensable para poder actuar y producir sus efectos jurídicos, la existencia, en quien pretende utilizarla, de un título constitutivo o traslaticio de dominio, esto es, la prueba de una relación de derecho de las que confieren ordinaria o derivadamente la propiedad de las cosas, sin la cual es imposible la conciencia de haber adquirido una cosa por los medios que autoriza la ley. Sin esta prueba básica sobre la fuente de la posesión no tiene en qué reposar la presunción legal, y está bien que así sea, porque las ventajas muy apreciables que en materia de frutos concede la ley al poseedor de buena fe no tiene otra función que la honestidad de su creencia, ya que en realidad esas ventajas son recortes que se hacen al derecho de propiedad".

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

Magistrado Ponente, Dr. Luis Felipe Latorre U.

Ante el Juez Primero Civil del Circuito de Tunja Lorenzo Justiniano Jiménez demandó por la vía ordinaria a Pablo Gutiérrez, en reivindicación de la casa 5-66 de la carrera 2ª de aquella ciudad, determinada por los linderos relacionados en el libelo inicial del juicio..

La solicitud comprende el pago de frutos.

La primera instancia finalizó con fallo totalmente favorable al actor; el demandado apeló y el Tribunal Superior de Tunja decidió el litigio en el mismo sentido (11 de marzo de 1955), pero con las adiciones de que la entrega del inmueble al demandante Jiménez debía efectuarla Gutiérrez cuando aquél le pagara o le asegurara satisfactoriamente el monto de las mejoras útiles puestas por el poseedor; debiendo éste, a su vez, pagar a aquél los frutos que el inmueble hubiera producido estando en poder del demandante desde el 12 de diciembre de 1952, fecha de la contestación de la demanda. Dichos montos de mejoras y frutos debían tasarse conforme al artículo 553 del Código Judicial.

De los dos contendores solamente el demandante recurrió en casación.

El Recurso:

La acusación se refiere a las prestaciones por mejoras y frutos, en el sentido o concepto que se examinará poco más adelante.

El Tribunal hace el siguiente resumen de los hechos que cada parte invoca:

"Lorenzo Justiniano Jiménez, por medio de la escritura Nº 958 de 11 de agosto de 1952 otorgada en la Notaría Segunda de este Circuito, compró a la señorita Cristos Salinas la casa Nº 5-66 de la carrera 2ª de esta ciudad, a que se refiere la demanda. La Salinas adquirió el dominio del mismo inmueble por compra que le hizo a Isabel Cifuentes de Montejo en escritura Nº 721 de 26 de agosto de 1941 otorgada en la misma Notaría.

"Desde el momento de comprarla, la Salinas entró a poseer la casa; pero posteriormente el demandado Sr. Gutiérrez, quien convivía con ésta, se dio por poseedor de la casa, y sin título alguno desalojó de ella a la Salinas.

"Desde entonces Gutiérrez posee materialmente la casa y la usufructúa en forma completa.

"El demandado Gutiérrez se opuso a la demanda alegando ser el verdadero dueño de la casa en virtud de que la venta consignada en el título por el cual adquirió la Salinas fue simulada, y ésta sólo intervino en el contrato con el carácter de testaferro de Gutiérrez, para quien se hizo realmente la venta".

Con estos antecedentes, las piezas del proceso y las alegaciones en casación, la Corte entra a estudiar y decidir el recurso.

El demandante se queja de que el Tribunal se pronunció sobre obligación de pagar mejoras al demandado y subordinación de la entrega del inmueble al pago o caucionamiento de ellas, por errores de hecho y de derecho en que el Tribunal incurrió al apreciar los elementos que tuvo en cuenta para estimar que el demandado era poseedor de buena fe con las ventajas que le ofrecen los artículos 964 (inciso 3º) y 966 del Código Civil, y errores en la apreciación de las pruebas sobre el hecho mismo de las mejoras, todo lo cual se tradujo en violación de las precitadas disposiciones sustantivas.

En el orden lógico de las materias contempladas en el recurso, se impone la consideración, en primer término, de los reparos sobre el concepto de la buena fe que trae el fallo recurrido, porque sí aparece que el Tribunal desacertó en ese punto, sobre el examen de la compleja y muy discutida cuestión de probanza de las mejoras.

Por tanto, la Corte estudiará, ante todo los

"Con independencia de los errores de apreciación probatorios anteriormente señalados, violó cargos II y IV planteados así:

el Tribunal, por indebida aplicación, el inciso primero del artículo 966 del Código Civil, ya citado y transcrito, por cuanto trató al demandado como poseedor de **buena fe** para el efecto del abono de mejoras útiles hechas con **anterioridad a la contestación de la demanda,** siendo lo evidente que obran circunstancias destructoras de la presunción de buena fe en la adquisición de la posesión por el demandado. En efecto:

"Es un hecho evidente, el cual no ha sido siquiera discutido, que el demandado Pablo Gutiérrez, tuvo conocimiento personal de que la casa materia de la demanda fue escriturada en venta a **Cristos Salinas,** de quien la adquirió el demandante, y que bajo tal conocimiento se hizo a la posesión de ella sin título alguno a su favor. De tal suerte que adquirió dicha posesión **a sabiendas** de que la casa no le pertenecía. Sin que pueda traerse a cuento aquí la pretendida **simulación** de aquella venta, porque tal cosa quedó definitivamente descartada del debate procesal.

"De esa manera se dio indebida aplicación al precepto legal que acaba de citarse, aplicándolo como si el demandado fuera poseedor de buena fe, contra la realidad del proceso.

"De la misma manera y por el mismo concepto quedó también violado por infracción directa el inciso 5º del mismo artículo 966, según el cual el 'poseedor de **mala fe** no tendrá derecho a que se le abonen las mejoras útiles de que habla este artículo'. Infracción que consistió en no haberle dado aplicación, siendo el demandado poseedor de **mala fe** según quedó demostrado".

"... ... ...

"Siendo el demandado poseedor de **mala fe,** según quedó demostrado, el Tribunal dio indebida aplicación al inciso 3º del artículo 964 del Código Civil, y lo infringió de esa manera en cuanto a la restitución de frutos que impuso al demandado, tratándolo como poseedor de buena fe. Dice, en efecto, el citado precepto legal: 'El poseedor de buena fe no es obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda'. Y el Tribunal lo aplicó a un poseedor de mala fe, como se demostró que es el demandado.

"Consecuencialmente dejó de aplicar el Tribunal, infringiéndolo de manera directa, el inciso 1º del mismo artículo 964 que dice: 'El poseedor de mala fe es obligado a restituír los frutos naturales y civiles de la cosa, y no solamente los percibidos, sino los que el dueño hubiere podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder'. Infracción que consistió en haber desobedecido este mandato, dejándolo de aplicar a un poseedor de mala fe, como se demostró ser el demandado".

La buena y la mala fe son conceptos que jue-

gan en muchas relaciones y situaciones jurídicas, pero en el caso actual solamente interesa el sentido de aquellos en cuanto al derecho de propiedad.

En este terreno opera el artículo 768 del Código Civil que reza:

"768. La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos exentos de fraudes y de todo otro vicio.

"Así, en los títulos traslaticios de dominio, la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato.

"Un justo error en materia de hecho, no se opone a la buena fe.

"Pero el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario".

Ajustándose a este texto, la jurisprudencia ha sentado doctrinas orientadas en el sentido que tal disposición indica, pero unas veces con un criterio extremadamente riguroso o que excluía de manera absoluta la buena fe en todo caso de falta de título (fallo de 1891) y posteriormente consagrando una regla más elástica, con espíritu más amplio y en forma relativa (fallo de 1941).

Recientemente, en sentencia de 3 de junio de 1954 (Gaceta Judicial Nº 2142, págs. 758 y siguientes), la Corte hizo un detenido estudio de "La buena o la mala fe en la posesión del demandado" (capítulo II del fallo páginas 766 a 773 de la Gaceta). Entre otros elementos ilustrativos se aducen aquellas doctrinas así:

"La carencia de título en el poseedor permite presumir la buena fe?

"La Corte en fallo de antigua data había sostenido la tesis general y absoluta de que para la posesión de buena fe se requiere necesariamente la existencia de título. 'Para que el poseedor sea reputado de buena fe —dijo en fallo de casación del 24 de abril de 1891— se requiere necesariamente la existencia de un título constitutivo o traslaticio de dominio, esto es, la prueba de una relación de derecho de las que confieren originaria o derivadamente la propiedad de las cosas, en virtud de la cual el poseedor puede adquirir la conciencia de que ha recibido la cosa por medios legítimos de quien tenía la facultad de enajenarla. No puede en consecuencia, presumirse poseedor de buena fe a quien no muestra título, o sea, la causa o razón porque recibió la cosa'. (G. J. VI, 86 2º).

"La Corte en fallo de casación del 2 de abril de 1941 dijo sobre este particular lo siguiente:

"La **bona fides** ha de considerarse, como ya ha tenido ocasión de exponerlo en esta Sala (G. J. T. XLVII, pág. 465), como una realidad jurídica actuante y no simplemente como una intención de legalidad y una creencia de legitimidad, en forma que la cuestión predominante cuando se trate de apreciar la buena fe ha de considerarse menos en el hecho psicológico de creer que la razón de la creencia,, esto es, **en el cómo y por qué se cree.** (Subraya la Sala). Si es necesaria la conciencia de una adquisición legítima para que la fe del poseedor sea buena, resulta una relación de conexidad tan íntima entre el título originario de la posesión y la creencia honesta de la propiedad, que no es posible admitir la buena fe en quien posee sin ningún título.

"LA FALTA DE TODO TITULO, ESPECIALMENTE EN MATERIA INMOBILIARIA ES UNA CIRCUNSTANCIA JURIDICAMENTE ANORMAL QUE NO PERMITE GENERALMENTE PRESUMIR LA BUENA FE (Subraya la Sala). La presunción que la ley establece a este respecto en el artículo 769 del C. C., requiere, pues, como base indispensable para poder actuar y producir sus efectos jurídicos, la existencia, en quien pretende utilizarla, de un título constitutivo o traslaticio de dominio, esto es, la prueba de una relación de derecho de las que confieren ordinaria o derivadamente la propiedad de las cosas, sin la cual es imposible la conciencia de haber adquirido una cosa por los medios que autoriza la ley. Sin esta prueba básica sobre la fuente de la posesión no tiene en qué reposar la presunción legal, y está bien que así sea, porque las ventajas muy apreciables que en materia de frutos concede la ley al poseedor de buena fe no tiene otra función que la honestidad de su creencia, ya que en realidad esas ventajas son recortes que se hacen al derecho de propiedad. (G. J. LI, 172 y 173)".

En el caso del pleito fallado en 1954 se trataba de una controversia entre los señores Víctor M. Rueda y "Ricardo Rueda R. e Hijos", propietarios de la finca "La Primavera" ubicada en el Municipio de Oiba, y el señor Abelardo Toledo, dueño de los predios 'Normandía' y 'El Líbano', integrantes de un solo globo,, de la jurisdicción de Charalá, contiguo a 'La Primavera', en la colindancia de los dos Municipios.

Los señores Rueda demandaron a Toledo en reivindicación de unas porciones que poseía el demandado como si integraran su finca. Toledo fue vencido, pero la Corte lo calificó como poseedor de buena fe, porque dada la forma primitiva y deficiente como en lo general se hacen en los

instrumentos sobre inmuebles rurales las relaciones de linderos, es explicable el error de hecho en que incurre el dueño de un predio rural extenso, al creer que dentro de la alinderación que expresa su título (como el de Toledo sobre sus fincas "Normandía" y "Líbano"), se encuentre una zona que en realidad es del propietario vecino.

Pero este caso del pleito fallado en 1954, es muy distinto del actual: en aquél el demandado se defendía con títulos otorgados a su favor, y aunque las pruebas que obraron en el proceso llevaron a la conclusión de que los verdaderos dueños de la zona discutida eran los demandantes, eso no desvirtuó la presunción de buena fe del poseedor que creía, equivocadamente, que su título cubría tal zona.

Cosa muy diferente es la que ocurre en el presente caso, en que Gutiérrez aduce como título a su favor el de la venta hecha por Isabel Cifuentes de Montejo a Cristos (o María del Cristo) Salinas en 1941, sin que en la escritura se advirtiera que, con mandato o sin él, la Salinas compraba para Gutiérrez. Tal creencia implica un error de derecho que se opone a la buena fe.

Por otra parte Gutiérrez trató de defenderse con la excepción de ser simulada la venta a la Salinas, que encubría la venta a Gutiérrez, pacto oculto que el demandado no demostró.

Pero hay más: el fallo del Tribunal en cuanto declaró infundada la excepción mencionada, fue consentido por el demandado, quien se abstuvo de recurrir en casación, lo que implica la firmeza del título de la Salinas y consiguientemente la falta de convicción del recurrente de haber adquirido él por medios legítimos la propiedad del inmueble de que se trata con apoyo en tal título.

Todo lo expuesto patentiza la ausencia de la buena fe del poseedor vencido y consecuencialmente el desacierto del Tribunal al pronunciar su fallo en lo referente a las prestaciones mutuas.

Por tanto, la Corte encuentra fundados los cargos II y IV formulados por el recurrente y casará la sentencia por esos motivos.

Sentencia de Instancia

Con respecto a la acción principal sobre dominio y restitución del inmueble, lo resuelto por el Tribunal es inmodificable porque en esa parte el fallo fue consentido por el demandado.

En cuanto a pago de mejoras, debe ratificarse lo resuelto, porque eliminada la presunción de buena fe, no es el caso de aplicar, como lo aplicó el Tribunal indebidamente, el inciso 1º del artículo 966 del Código Civil, sino el inciso 5º.

En lo referente a frutos, es de rigor aplicar el inciso 1º del artículo 964, y no el inciso 3º del citado estatuto, pero advirtiendo que la condena al pago de frutos al demandante no comprenderá sino los que a él se le deban, o sea, desde cuando adquirió el inmueble por escritura 958 de 11 de agosto de 1952, porque los anteriores, representativos de un crédito personal pertenecen a la vendedora Salinas y no al comprador Jiménez.

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, CASA la sentencia recurrida y en su lugar RESUELVE:

PRIMERO.—Declárase no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada en su escrito de contestación a la demanda.

SEGUNDO.—Declárase que Lorenzo Justiniano Jiménez, mayor y vecino de Tunja, es dueño de una casa de teja y barro ubicada en el barrio de San Ignacio de la misma ciudad, marcada en su puerta de entrada con el número 5-66 de la carrera segunda deslindada así: Por el occidente, linda con la carrera segunda de esta ciudad; por el sur, con casa y solar de Jacinta Cortés; por el Oriente, con solar de Mercedes Cifuentes, hoy de herederos del Dr. Hipólito Roa; y por el Norte, con predios de Alfonso Mariño y encierra; la casa comprende los servicios sanitarios, baño, estufa, lavadero y su respectivo solar.

TERCERO.—Condénase al demandado Pablo Gutiérrez a restituír al demandante Lorenzo Justiniano Jiménez, el inmueble determinado en el punto anterior, dentro de los seis días siguientes a la notificación del auto en que el Juez de primera instancia ordene obedecer y cumplir lo resuelto por el Superior.

CUARTO.—Condénase al demandado Pablo Gutiérrez a pagar a Lorenzo Justiniano Jiménez, el valor de los frutos naturales y civiles que hubiera producido la casa estando en poder de éste, a partir del día 11 de agosto de 1952.

QUINTO.—La extensión y cuantía de los frutos a que se refiere el aparte que precede, se liquidarán por el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial.

SEXTO.—Condénase en las costas del juicio a la parte demandada.

SEPTIMO.—Sin costas en el recurso.

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

Luis Felipe Latorre U. — Agustín Gómez Prada Ignacio Gómez Posse — José Joaquín Rodríguez. Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

LA FORMALIDAD DE LA INSINUACION EN LAS DONACIONES IRREVOCABLES QUE EXCEDEN DE DOS MIL PESOS. — SE EXIGE LA INSINUACION JUDICIAL EN LAS DONACIONES A FAVOR DE LEGITIMARIOS. — LA DONACION DISFRAZADA DE COMPRAVENTA, DEBE SER TRATADA JURIDICAMENTE DE IGUAL MANERA QUE UNA DONACION MANIFIESTA

1. — Secuencia del derecho de propiedad que nos faculta para disponer de los bienes que nos pertenecen como queramos, "no siendo contra ley o contra derecho ajeno" (C. C., artículo 669), se reconoce y sanciona la validez de las donaciones entre vivos, con el lleno de ciertas formalidades y dentro de ciertos límites, que se justifican por motivos de orden superior: bien por el interés del propio donante, quien por irreflexión puede precipitarse en liberalidades excesivas y ruinosas; o bien por el interés de la familia del donante, cuyos parientes más próximos llamados a recibir su herencia, pueden verse privados de las asignaciones forzosas, por obra de donaciones que absorban la totalidad de su patrimonio; o bien por el interés de los acreedores, a quienes puede menoscabarse la prenda general tácita sobre los bienes de su deudor, al través de liberalidades sin tasa. Dentro de este criterio la ley reglamenta restrictamente las donaciones entre vivos, cuya validez y eficacia se reconoce cuando se cumplen las formalidades prescritas y no se quebrantan aquellos intereses. El Código Civil exige determinadas formalidades respecto de algunas donaciones, como la insinuación judicial en las que valgan más de dos mil pesos (artículo 1458), la escritura pública debidamente registrada en las de bienes raíces (artículo 1457), y el inventario solemne de los bienes en las que se hagan a título universal (artículo 1464). Reglamenta especialmente la capacidad para donar y para recibir (artículos 1444 a 1449), impone reservas en favor del donante (artículo 1465) y en favor de los legitimarios (artículo 1244 y siguientes), grava en ciertos casos a los donatarios con las deudas del donante y autoriza la rescisión de las donaciones en fraude de los acreedores (artículo 2491, num. 2º). Y dentro de la prevención y cautela por las donaciones desorbitadas, el Código autoriza la interdicción judicial por prodigalidad en razón de "donaciones cuantiosas sin una causa adecuada" (artículo 534).

2.—El requisito de la INSINUACION en las donaciones que valgan más de dos mil pesos, tiene su origen en el Derecho Romano. Consistía en la publicidad del escrito de donación entre vivos, mediante su inserción en los registros de los magistrados. Bajo Justiniano sólo se exigía en las donaciones que pasaran de trescientos sólidos, y más tarde, de quinientos. El fin principal de la insinuación era asegurar, en interés de terceros, la publicidad de las donaciones y proteger, al mismo tiempo, al propio donante y a su familia contra liberalidades exageradas o determinadas por motivos ocultos. La falta de insinuación acarreaba la nulidad de la donación, de pleno derecho, en cuanto excediera del límite fijado. En nuestro derecho, la insinuación consiste en la autorización para hacer la donación, concedida por juez competente, a solicitud del donante o donatario. Hallándose limitadas las donaciones por el respeto de los intereses a que anteriormente se hizo mérito, el juez no puede autorizarlas sino cuando se le demuestre que con ellas no se contraviene ninguna disposición legal, ni se atenta contra tales intereses. El juez debe resolver la solicitud, "con prudente juicio", mediante el procedimiento indicado en el artículo 1204 del C. J., oyendo al agente del Ministerio Público y al Síndico Recaudador del Impuesto de Sucesiones y Donaciones (L. 63 de 1936, artículo 26), y exigiendo las pruebas que estime necesarias para asegurar la justicia de su decisión. Así se deberá comprobar que al donante le quedan bienes con qué atender a su congrua subsistencia y que

con la donación no se perjudican los derechos de los legitimarios ni se defrauda a los acreedores. El artículo 1458 del C. C. contiene en el fondo una prohibición, en cuanto no permite las donaciones entre vivos, de mayor valor de dos mil pesos sin que se hayan insinuado. La infracción de la norma prohibitiva debería acarrear la nulidad de la donación (artículo 6º), si la ley no dispusiera expresamente que vale hasta la cuantía señalada y es nula en el exceso, en lo cual sigue nuestro código la misma doctrina del Derecho Romano. La nulidad en el exceso de la donación surte el efecto de las nulidades de pleno derecho, al existir constancia del valor de los bienes donados. Si se ha donado sin insinuación un bien raíz que valga más de dos mil pesos, el donatario sólo conservará un derecho proindiviso en la finca, equivalente a aquella suma. No se requiere insinuación sino en las donaciones entre vivos. No la necesitan las que se hagan por causa de muerte, por razones obvias: éstas, si no se han revocado (artículo 1203), transmiten el dominio a la muerte del donante, y entonces cesa el interés de protección del donante. Por otra parte, los intereses de los asignatarios forzosos y de los acreedores quedan suficientemente protegidos con las normas sobre sucesión por causa de muerte, que impiden la afectación de las legítimas por tales donaciones y garantizan el pago de las deudas del DE CUJUS a cargo de sus causahabientes. Tampoco necesitan insinuación las donaciones entre cónyuges, porque éstas son siempre revocables (artículos 1195, 1196). La insinuación es necesaria en las DONACIONES GRATUITAS. Las DONACIONES CON CAUSA ONEROSA, que son en realidad donaciones gratuitas, están sujetas a insinuación; pero aquellas EN QUE SE IMPONE UN GRAVAMEN, no lo están sino en la parte gratuita, o sea, descontando el valor del gravamen; y las DONACIONES REMUNERATORIAS, sólo exigen insinuación en cuanto excedan del valor de los servicios remunerados, o sea, respecto de la parte en que son gratuitas (artículos 1461, 1462 y 1491). No exceptúa la ley de la formalidad de la insinuación, las donaciones irrevocables a los legitimarios, aun cuando expresamente se hayan hecho como anticipo de legítima o mejora. Y teniendo en cuenta los motivos anteriormente expuestos que justifican el establecimiento de la insinuación como formalidad esencial de las donaciones entre vivos que valgan más de dos mil pesos, no se ve razón alguna valedera para eximir de tal requisito las que se otorguen en favor de los legitimarios. Para esta clase de donaciones existen los mismos motivos que justifican la exigencia de la insinuación judicial.

3.—Con aplicación de la doctrina sobre la simulación-prevalencia, la Corte ha reconocido validez y eficacia a las donaciones entre vivos ocultas bajo la apariencia de una compraventa fingida, siempre que aquéllas reúnan los requisitos de fondo y de forma para su reconocimiento en derecho. En la simulación relativa, según aquella doctrina, figuran dos contratos: uno aparente u ostensible, inexistente para las partes, y otro verdadero y oculto, disimulado bajo aquel ropaje ilusorio. Despojado el contrato verdadero, de su disfraz, hay que examinar si reúne las condiciones esenciales para su existencia o validez. Así, una donación disfrazada de compraventa, debe ser tratada jurídicamente de igual manera que una donación manifiesta: podrá ser revocada por causa de ingratitud, estará sujeta a colación y reducción en caso de que menoscabe el derecho de los legitimarios, podrá rescindirse por los acreedores en caso de fraude a sus intereses, y anularse en el exceso de dos mil pesos cuando no haya existido insinuación judicial.

4.—El legitimario puede obtener la reducción de una donación irrevocable, hecha por su ascendiente en favor de otro legitimario, con menoscabo de sus derechos de tal, aun cuando aparezca cumplida la formalidad de la insinuación respecto de esa liberalidad; y el legitimario puede, con el mero interés de heredero, demandar la nulidad de una donación INTER VIVOS, otorgada por sus ascendientes en favor de otro legitimario, en el exceso de los dos mil pesos, por no haberse satisfecho el requisito de la insinuación exigido en el artículo 1458 del C. C., aunque tal liberalidad no vulnere la legítima rigorosa del actor. Se trata de situaciones jurídicas bien diferentes que no pueden identificarse. En el último caso, el

legitimario, como cualquier heredero, ejercita la acción que el mismo donante, en vida, puede promover para anular el acto liberatorio, en el exceso de los dos mil pesos, por haberse omitido la formalidad de la insinuación requerida para la validez de la donación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, cuatro (4) de abril de mil novecientos cincuenta y seis (1956).

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra)

Falla la Corte la demanda de casación formulada por Hernando Salazar Montoya y Gustavo Salazar Mejía, mediante la cual se acusa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales el 10 de agosto de 1955 en el juicio ordinario de los recurrentes citados contra Marco Salazar sobre simulación relativa de un contrato de compraventa.

I. — Antecedentes

El libelo con que se inicia este juicio contiene los hechos que en seguida se resumen:

1º—Mirtalda Montoya v. de Wenceslao Salazar, es madre del demandante Hernando Salazar Montoya y abuela paterna del codemandante Gustavo Salazar Mejía.

2º—Algunos sucesos de carácter familiar que allí se relatan, colocaron a dicha señora en grave estado de postración y enfermedad que la llevaron a tomar algunas medidas respecto de sus bienes a fin de evitarse mortificaciones en los pocos días de vida que le restaban. Y así fue como cedió a su hijo Marco Salazar Montoya, por exigencias de éste, parte de su patrimonio, en forma gratuita, por medio de la escritura número 889 de la Notaría de Aguadas del 7 de diciembre de 1950, en la cual se transfieren a título de venta a favor de aquél, los bienes raíces y muebles que allí se determinan, venta que no existió en la realidad, pues no hubo pago del precio, como lo ha confesado el mismo demandado.

3º—El contrato oculto, contenido en el citado instrumento, significa realmente una donación, pues en forma **gratuita** cedió la señora Montoya de Salazar a su hijo Marco, los bienes detallados en la escritura, desde luego que éste nada pagó por ellos y que no quedó con el deber de pagar.

4º—Constituyendo el contrato celebrado entre Mirtalda Montoya de Salazar y Marco Salazar Montoya, una verdadera donación, no se cumplió con el requisito de la insinuación judicial, no obstante que el precio de los bienes donados señalados en la propia escritura fue de $ 5.200.00 y que su valor en realidad excede de esta suma, siendo "quizá superior a los diez mil pesos".

5º—De lo anterior resulta que, en aplicación del artículo 1458 del C. C. la donación referida sólo vale hasta la suma de $ 2.000.00 quedando nula en el exceso.

6º—Mirtalda Montoya de Salazar falleció en el municipio de Aguadas el 31 de diciembre de 1953. Por ello, decretada la nulidad de la donación, los bienes a que ésta se refiere deben formar parte del acervo herencial.

7º—Con el carácter de herederos intervienen Hernando Salazar Montoya y Gustavo Salazar Mejía, el primero en su condición de hijo legítimo, y el último en su carácter de nieto, en representación de su finado padre Wenceslao Salazar Montoya, también hijo de la señora Montoya de Salazar. Con fundamento en los hechos expuestos, los demandantes pidieron al Juzgado Civil del Circuito de Aguadas hiciera las siguientes declaraciones:

"A) Que la convención o contrato contenido en la escritura pública número ochocientos ochenta y nueve (889), otorgada en la Notaría del Circuito de Aguadas el siete (7) de diciembre de mil novecientos cincuenta (1950), no es el de **compraventa** de que allí se habla, sino el de **donación** de que trata el artículo 1443 del Código Civil.

"B) Que en consecuencia el referido contrato de donación es nulo en lo que excede de dos mil pesos ($ 2.000.00) como valor de los bienes detallados en la anotada escritura, teniendo en cuenta el precio de éstos en la fecha de la mencionada escritura, por no haberse verificado previamente la insinuación, ante Juez, requerida por el artículo 1458 del mismo Código citado.

"C) Que igualmente es nulo el anotado contrato o acto de donación por no haberse confeccionado previamente el inventario solemne de los bienes de la señora Mirtalda Montoya de Salazar, como lo previene el artículo 1464 ibidem.

"D) Que como consecuencia de las declaraciones anteriores debe ser cancelada la escritura expresada, mediante la orden de ello al señor Notario Público del Circuito de Aguadas.

"E) Que también como consecuencia de las declaraciones anteriores es nulo el registro o inscripción de la misma escritura hecho el ocho (8)

de diciembre de mil novecientos cincuenta (1950) en la Oficina de Registro del Circuito de Aguadas bajo el número seiscientos treinta y cuatro (634) del libro primero, tomo tercero, el que debe cancelarse previa orden al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito.

"F) Que los bienes detallados en la escritura de que se trata deben restituírse al patrimonio de la señora Mirtalda Montoya de Salazar, por fallecimiento de ésta, para su distribución entre los herederos, de los cuales hacen parte los demandantes señores Fernando Salazar Montoya y Gustavo Salazar Mejía, con deducción de un crédito a cargo de dicho patrimonio y en favor del demandado señor Marco Salazar Montoya, por dos mil pesos ($ 2.000.00) en que se declara válida la donación de que se ha hablado, contenida en la escritura mencionada.

"G) Que las costas del juicio son de cargo del demandado".

Corrido al demandado el traslado de la demanda y surtidos los trámites de la primera instancia, el Juez puso fin a ésta en sentencia del 19 de enero de 1955. Por ella se declaró: 1º Que el contrato contenido en la escritura número 889 pasada en la Notaría del Circuito de Aguadas el 7 de diciembre de 1950, "no es el de compraventa como allí se dice sino el de donación de que trata el artículo 1443 del C. Civil"; 2º Que "por falta de insinuación" es nulo el referido contrato en cuanto exceda de $ 2.000.00, tomando como base para ello el valor de los bienes en la fecha de la respectiva escritura; 3º Que "ha quedado constituído, por ministerio de la ley, un cuasi-contrato de comunidad entre los herederos de la señora Mirtalda Montoya de Salazar y el señor Marco Salazar Montoya", con respecto a los bienes comprendidos en la citada escritura; 4º Que no es nulo el contrato de donación por no haberse confeccionado previamente el inventario solemne de los bienes de la señora Mirtalda Montoya de Salazar; 5º Que quedan sin ningún valor la escritura referida y el registro de la misma; 6º Que no se accede a decretar la restitución de los bienes comprendidos en la donación".

Este fallo fue apelado por la parte demandada, y el Tribunal Superior de Manizales en sentencia del 10 de agosto de 1955 lo revocó y resolvió la litis así:

"1º—Declárase simulado el contrato contenido en la escritura pública número 889, de fecha siete de diciembre de 1950, otorgado en la Notaría del Circuito de Aguadas, por el cual Mirtalda Montoya de S. dice vender a Marco A. Salazar M., varios inmuebles, y los muebles de la casa de habitación indicada en la letra A) de dicha escritura, junto con todas sus especificaciones.

"2º—Declárase que el vínculo jurídico que liga a dichos contratantes, es el de una donación entre vivos, hecha por Mirtalda Montoya de S. a su hijo Marco A. Salazar M.

"3º—Declárase que esta donación es válida en cuanto no perjudique las legítimas rigurosas de sus herederos, entre quienes se encuentran los demandantes señores Fernando Salazar Montoya y Gustavo Salazar Mejía.

"4º—En consecuencia, declárase que el señor Marco A. Salazar M., está obligado a devolver a la sucesión de la señora Mirtalda Montoya de S., lo que exceda de su legítima rigurosa, la cuarta de mejoras y la cuarta de libre disposición, con sus frutos civiles y naturales, producidos desde el fallecimiento de la causante, hasta el día de la entrega.

"No se hacen las demás declaraciones de la demanda, como tampoco se declaran probadas las excepciones propuestas, como perentorias".

Contra la sentencia de segunda instancia interpuso recurso de casación la parte actora, el cual después de haber sido tramitado según la ley se halla preparado para recibir la decisión de la Corte.

III. — Sentencia acusada

De la sentencia recurrida se transcriben las siguientes consideraciones en que el Tribunal funda su decisión:

"Según su forma, el contrato contenido en la escritura 889, citada, es de compraventa, por el objeto de las obligaciones acordadas. Fue puro y simple, porque no se sometió a ninguna modalidad, ni a plazo alguno para el cumplimiento de las correlativas obligaciones de vendedora y de comprador; es decir, que la primera dio en venta varios bienes inmuebles y muebles y el comprador dio en pago la suma de $ 5.200.00 que la primera declara tener recibidos. La escritura está debidamente registrada y no aparece que el contrato contenga en sí ninguna nulidad que pueda declararse de oficio.

"Pero los demandantes sostienen que no hubo pago del precio y que lo que resultó fue una donación que la madre vendedora le hizo a su hijo, señor Marco Salazar, comprador. Este, a su vez,

por medio de su apoderado, sostiene la validez del contrato como de compraventa, pero aclara diciendo que si no recibió o se pagó el precio, fue porque la vendedora ya lo tenía recibido, con el suministro de los diversos gastos y atenciones que le proporcionó el comprador.

"Planteada así la controversia, es preciso empezar por anotar que para que haya contrato de compraventa, se requiere que exista convenio o acuerdo sobre la cosa y el precio. Este puede ser determinado o determinable, según el artículo 1864 del C. Civil. De manera que si no se acuerda el precio, no hay contrato, y se entiende que debe ser pagado en dinero, so pena de que el contrato degenere en otra especie distinta, como permuta. Pero puede suceder que posteriormente a su celebración se convenga en que en vez de dinero se pague con otra cosa equivalente al mismo precio o valor y entonces se presenta la figura jurídica de la 'dación en pago', que nuestro Código Judicial (sic) no regula expresamente (artículo 1625 del C. Civil). Pero el contrato de compraventa no se extingue o anula, porque él se perfeccionó desde que se acordó la cosa y el precio (artículo 1849 ib.).

"En el presente caso la parte demandada sostiene que sí se pagó el precio, en la forma dicha en la contestación de la demanda. A esto hay que responder diciendo que en la escritura no se dijo tal cosa, y que tampoco se demostró que eso se hubiera convenido posteriormente entre las partes del contrato. Si tal hubiera ocurrido, entonces se hubiera operado la simulación de un contrato de compraventa, que sería del caso estudiar bajo esta forma, teniendo como aparente el de la escritura, y como secreta la dación en pago, o **datio in solutum**, por razón de una deuda a favor del señor Marco Salazar; pues la dación en pago, se equipara al mismo pago, o mejor, equivale a dar una cosa en pago de otra que se debe. En este caso, entendido así: la madre paga al hijo las expensas que a su favor ha hecho, transmitiéndole el dominio de los bienes de que trata la escritura en mención.

"Pero como el demandado no demostró que hubiera sido convenido entre las partes tal reconocimiento y forma de pago, no se demostró entonces esa causa de la compraventa simulada. Aun cuando se hubiera demostrado que sí le suministró los gastos a su señora madre, según algunos documentos y declaraciones de testigos traídos al juicio, no aparece comprobada la vinculación de tales gastos con el contrato de que se viene hablando. Tampoco podría hablarse de compensación, por la misma razón de que no demostró convenio sobre este punto, ni tampoco se ha alegado esta forma de pago.

"De manera, pues, que con la confesión que hizo el demandado según las posiciones que absolvió y que en pliego se trajeron con la demanda, sobre que su madre le hizo escritura de la finca y de la casa que ocupa el deponente, porque él ha vivido con ella toda la vida y quien ha atendido a todos sus menesteres, lo cual reafirma al contestar la demanda, y por no haberse demostrado convenio sobre tal forma de pago o compensación, queda entonces establecido que no hubo pago del precio y, por lo mismo, que lo que se acordó fue un contrato de compra-venta simulado, para ocultar otro, con operancia siempre de la voluntad, por una parte, de transmitir el dominio y, por la otra, de adquirirlo sobre dichos bienes.

"Pero si el contrato de compraventa es simulado por cuanto no hubo realmente precio, es preciso entonces estudiar qué clase de contrato oculto se acordó efectivamente entre las partes y si éste es válido legalmente, por no adolecer de vicio, o tener objeto ilícito o ser contrario a las buenas costumbres, lesionar el derecho de terceros, o porque vaya contra el orden público. Esto, porque de su validez depende el lazo jurídico que una a los contratantes, señores Mirtalda Montoya de Salazar y su hijo Marco Salazar, para así ver qué efecto jurídico tiene, por tanto, entre los dos.

"La parte demandante afirma que hubo una donación y que como no medió la insinuación requerida según el artículo 1458 del C. Civil, por pasar el valor de los bienes de dos mil pesos, entonces ella no es valedera sino hasta esta suma y nula por el resto.

"Ya se vio que la parte demandada pretendió establecer que sí se celebró un contrato de compraventa, aceptando la vendedora como pago del precio, los servicios o atenciones prestados por el comprador. Esta explicación, a fuer de no estar demostrada, tampoco se puede presumir, por la razón de que sería inmoral, además de ilegal, si se aceptara que el padre tiene que pagar al hijo los alimentos congruos, siendo que a ello se obliga no sólo civil, sino también moralmente. Tampoco pudiera decirse que hubo contrato de compraventa, porque si se acepta la razón del demandado, entonces lo que ocurrió fue un pago de servicios, bajo la simulación de una compraventa.

"Si aparecen cuentas sobre pago de créditos como a la Caja Agraria, se supone que fueron pagados con los mismos producidos de las cosechas dadas en prenda, pues no se demostró que fueron hechos por el señor Salazar de su propio capital, y la constancia de que sus valores fueron 'entregados' por él, no indica que haya pagado por ellos, sino que obró como comisionado. Lo mismo puede decirse de los pagos hechos por drogas y médicos, ya que la prueba de la simple transferencia de inmuebles al demandado, está indicando que la señora Montoya tenía bienes suficientes con qué subvenir a sus necesidades, los cuales manejaba el mismo demandado. Otra cosa es que su hijo la hubiera acogido en su casa, lo cual es, como se dijo, un elemental deber en la familia, por lo cual sería aberrante contratar por tal acto.

"Lo que se deduce de las pruebas del expediente, es que la señora Mirtalda Montoya hizo fue una donación de tales bienes al demandado, para lo cual sí pudo haber influído en su ánimo su propio estado de viudez, la acogida de su hijo Marco, y su protección, etc., donación que en este caso, según la forma como se planteó la relación procesal y de que ya se habló, es valedera hasta donde no perjudique el derecho de sus herederos forzosos, o mejor, las legítimas rigurosas.

"Se trata pues de una donación entre vivos, y como ella fue hecha por la madre en favor de su hijo, entonces es preciso aplicar las disposiciones pertinentes del Código Civil relativas a las deducciones y agregaciones que deben hacerse para computar las cuartas en que se divide la masa de bienes en la sucesión.

"El deceso de la donante está demostrado con la partida de defunción vista al folio 3 del cuaderno 1º y por tanto, es en el correspondiente juicio de sucesión donde se puede establecer hasta qué valor asciende el perjuicio que dicha donación produjo a sus herederos en cuanto a sus legítimas rigurosas.

"De manera que lo que la de cujus pretendió, fue favorecer en vida a su hijo Marco Salazar, con la parte de bienes de que podía disponer libremente por testamento, o sea, con la cuarta de libre disposición y con la cuarta de mejoras. Por tanto, dicha donación es valedera hasta donde no perjudique el derecho de sus herederos, entre los cuales están los dos demandantes, como hijo legítimo y nieto, respectivamente".

El Tribunal cita la doctrina jurisprudencial que concede la acción de simulación a los herederos legitimarios cuyos derechos se desconocen o merman mediante donaciones encubiertas bajo la apariencia de compraventas ficticias. Y concluye así:

"La sentencia recurrida acoge lo sustancial de la demanda y así es como declara, que el contrato que contiene la escritura 889, es de donación, no de compra-venta y que por falta de insinuación, es nula en cuanto pasa su valor de la suma de dos mil pesos. En consecuencia de ello, declara la existencia de una comunidad entre el señor Salazar, supuesto comprador y los herederos de la señora Mirtalda Montoya de Salazar. Se declara, además, la nulidad de dicha escritura y se ordena su cancelación, ordenando se oficie a los funcionarios respectivos para su cancelación.

"Pero, aunque el Tribunal considera que el lazo jurídico que une al demandado con la señora Mirtalda Montoya, hoy su sucesión, respecto de la escritura 889, es el de una donación, ésta es rescindible sólo en lo que falte para completar las legítimas rigurosas, de que antes se habló, teniendo en cuenta el valor que tenían los bienes donados en la fecha de dicha escritura".

III. — Demanda de casación

Acomodados a la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, la demanda de casación contiene tres cargos, a saber:

1º—El Tribunal violó de una manera directa el artículo 1458 del Código Civil, al no aplicarlo al caso del pleito, ya que no obstante la falta de insinuación judicial respecto de la donación contenida en la escritura número 889 de 7 de diciembre de 1950, la sentencia no declaró la nulidad pedida en el exceso de $ 2.000.00, sino que reconoció su validez en cuanto no perjudicara las legítimas rigorosas de los herederos legitimarios de la donante señora Montoya de Salazar;

2º—El Tribunal cometió un evidente error de hecho al interpretar el contrato de donación en que se convirtió la compraventa consignada en la escritura número 889 de 7 de diciembre de 1950, considerando aquélla como un anticipo no sólo de la legítima a que tiene derecho Marco Salazar Montoya sino también como una donación a título de mejoras y a título de libre disposición, sin que exista prueba adecuada sobre la voluntad de la donante en tal sentido. Y a consecuencia de tal error, aplicó indebidamente el inciso 1º del artículo 1256 del Código Civil, lo

mismo que los artículos 1251 y 1252 ibidem y 23 de la Ley 45 de 1936, y dejó de aplicar el artículo 1458 de dicho Código.

También violó directamente los artículos 1243, 1251, 1252, 1256, 1523 y 1741 del Código Civil; 23 de la Ley 45 de 1936 y 2º de la Ley 50 de 1936.

3º — El Tribunal infringió de manera directa los artículos 5º de la Ley 57 de 1887 y 1458 del Código Civil, pues si consideró esta norma antagónica con la del 1256 del mismo Código ha debido cumplir la del artículo posterior.

IV. — Examen de los cargos

La Sala expone las siguientes consideraciones de carácter doctrinal, antes de entrar en el examen de la acusación.

1.—Secuencia del derecho de propiedad que nos faculta para disponer de los bienes que nos pertenecen como queramos, "no siendo contra la ley o contra derecho ajeno" (C. C., artículo 669), se reconoce y sanciona la validez de las donaciones entre vivos, con el lleno de ciertas formalidades y dentro de ciertos límites, que se justifican por motivos de orden superior: bien por el interés del propio donante, quien por irreflexión puede precipitarse en liberalidades excesivas y ruinosas; o bien por el interés de la familia del donante, cuyos parientes más próximos llamados a recibir su herencia, pueden verse privados de las asignaciones forzosas, por obra de donaciones que absorban la totalidad de su patrimonio; o bien por el interés de los acreedores, a quienes puede menoscabarse la prenda general tácita sobre los bienes de su deudor, al través de liberalidades sin tasa.

Dentro de este criterio la ley reglamenta restrictivamente las donaciones entre vivos, cuya validez y eficacia se reconoce cuando se cumplen las formalidades prescritas y no se quebrantan aquellos intereses. El Código Civil exige determinadas formalidades respecto de algunas donaciones, como la insinuación judicial en las que valgan más de dos mil pesos (artículo 1458), la escritura pública debidamente registrada en las de bienes raíces (artículo 1457), y el inventario solemne de los bienes en las que se hagan a título universal (artículo 1464). Reglamenta especialmente la capacidad para donar y para recibir (artículos 1444 a 1449), impone reservas en favor del donante (artículo 1465) y en favor de los legitimarios (artículo 1244 y siguientes), grava en ciertos casos a los donatarios con las deudas del donante y autoriza la rescisión de las donaciones en fraude de los acreedores (artículo 2491, num. 2º). Y dentro de la prevención y cautela por las donaciones desorbitadas, el Código autoriza la interdicción judicial por prodigalidad en razón de "donaciones cuantiosas sin una causa adecuada" (artículo 534).

2.—Según el artículo 1458 del Código Civil, "la donación entre vivos que no se insinuare, sólo tendrá efecto hasta el valor de dos mil pesos, y será nula en el exceso. Se entiende por insinuación la autorización de juez competente solicitada por el donante o donatario. El juez autorizará las donaciones en que no se contravenga a ninguna disposición legal".

El requisito de la **insinuación** tiene su origen en el Derecho Romano. Se atribuye a la jurisprudencia y a Constancio Cloro el establecimiento de la formalidad de la **insinuación**, consistente en la publicidad del escrito de donación entre vivos, mediante su inserción en los registros de los magistrados. Bajo Justiniano este requisito sólo se exigía en las donaciones que pasaran de trescientos sólidos, y más tarde, de quinientos. El fin principal de la insinuación era asegurar, en interés de terceros, la publicidad de las donaciones y proteger, al mismo tiempo, al propio donante y a su familia contra liberalidades exageradas o determinadas por motivos ocultos. La falta de insinuación acarreaba la nulidad de la donación, de pleno derecho, en cuanto excediera del límite fijado. No se eximía la formalidad de la insinuación sino sólo en casos excepcionales: la dote y las donaciones **propter nuptiae**, las que tenían por objeto el rescate de cautivos o la reconstrucción de un edificio derruído o incendiado, y las que hacía o recibía el Emperador. Todas las demás donaciones **inter vivos** debían insinuarse cuando excedían de la cuantía señalada, bajo la sanción aludida.

En nuestro derecho, la insinuación consiste en la autorización para hacer la donación, concedida por juez competente, a solicitud del donante o donatario. Hallándose limitadas las donaciones por el respeto de los intereses a que anteriormente se hizo mérito, el juez no puede autorizarlas sino cuando se le demuestre que con ellas no se contraviene ninguna disposición legal, ni se atenta contra tales intereses. El juez debe resolver la solicitud "con prudente juicio" mediante el procedimiento indicado en el artículo 1204 del Código Judicial, oyendo al agente del Ministerio Público y al Síndico Recaudador del Impuesto de Sucesiones y Donaciones (Ley 63 de

1936, artículo 26), y exigiendo las pruebas que estime necesarias para asegurar la justicia de su decisión. Así se deberá comprobar que al donante le quedan bienes suficientes con qué atender a su congrua subsistencia y que con la donación no se perjudican los derechos de los legitimarios ni se defrauda a los acreedores.

El artículo 1458 del Código Civil contiene en el fondo una prohibición, en cuanto no permite las donaciones entre vivos de valor mayor de dos mil pesos sin que se hayan insinuado. La infracción de la norma prohibitiva debería acarrear la nulidad de la donación (C. C., artículo 6º), si la ley no dispusiera expresamente que vale hasta la cuantía señalada y es nula en el exceso, en lo cual sigue nuestro Código la misma doctrina del Derecho Romano. La nulidad en el exceso de la donación surte el efecto de las nulidades de pleno derecho, al existir constancia del valor de los bienes donados.

Si se ha donado sin insinuación, un bien raíz que valga más de dos mil pesos, el donatario sólo conservará un derecho proindiviso en la finca, equivalente a aquella suma.

No se requiere insinuación sino en las donaciones entre vivos. No la necesitan las que se hagan por causa de muerte, por razones obvias: éstas, si no se han revocado (C. C., artículo 1203), transmiten el dominio a la muerte del donante. y entonces cesa el interés de protección del donante. Por otra parte, los intereses de los asignatarios forzosos y de los acreedores quedan suficientemente protegidos con las normas sobre la sucesión por causa de muerte, que impiden la afectación de las legítimas por tales donaciones y garantizan el pago de las deudas del **de cujus** a cargo de sus causahabientes.

Tampoco necesitan insinuación las donaciones entre cónyuges, porque éstas son siempre revocables (C. C., artículos 1195, 1196).

La insinuación es necesaria en las **donaciones gratuitas.** Las **donaciones con causa onerosa,** que son en realidad donaciones gratuitas, están sujetas a insinuación; pero aquellas **en que se impone un gravamen** no lo están sino en la parte gratuita, o sea, descontando el valor del gravamen; y las **donaciones remuneratorias**, sólo exigen insinuación en cuanto excedan del valor de los servicios remunerados, o sea, respecto de la parte en que son grauitas (C. C., artículos 1461, 1462 y 1491).

No exceptúa la ley de la formalidad de la insinuación, las donaciones irrevocables a los legitimarios, aun cuando expresamente se hayan hecho como anticipo de legítima o mejora. Y teniendo en cuenta los motivos anteriormente expuestos que justifican el establecimiento de la insinuación como formalidad esencial de las donaciones entre vivos que valgan más de dos mil pesos, no se ve razón alguna valedera para eximir de tal requisito las que se otorguen en favor de los legistimarios. Para esta clase de donaciones existen los mismos motivos que justifican la exigencia de la insinuación judicial.

En la jurisprudencia chilena, informada por los mismos principios legales que rigen entre nosotros y en donde fue discutido el punto, hoy se acepta generalmente que las donaciones irrevocables a título de legítimas o mejoras, deben insinuarse cuando exceden la cuantía señalada en la ley.

3.—Con aplicación de la doctrina sobre la simulación-prevalencia, la Corte ha reconocido validez y eficacia a las donaciones entre vivos ocultas bajo la apariencia de una compraventa fingida, siempre que aquéllas reúnan los requisitos de fondo y de forma para su reconocimiento en derecho. En la simulación relativa, según aquella doctrina, figuran dos contratos: uno aparente u ostensible, inexistente para las partes, y otro verdadero y oculto, disimulado bajo aquel ropaje ilusorio. Despojado el contrato verdadero, de su disfraz, hay que examinar si reúne las condiciones esenciales para su existencia o validez. Así, una donación disfrazada de compraventa, debe ser tratada jurídicamente de igual manera que una donación manifiesta: podrá ser revocada por causa de ingratitud, estará sujeta a colación y a reducción en caso de que menoscabe el derecho de los legitimarios, podrá rescindirse por los acreedores en caso de fraude a sus intereses, y anularse en el exceso de dos mil pesos cuando no haya existido insinuación judicial.

Por fallo de casación civil de fecha 15 de marzo de 1955, en un juicio sobre simulación relativa respecto de un contrato de renta vitalicia hecho entre el padre y dos de sus legitimarios, bajo el cual se ocultaba una donación irrevocable en favor de éstos, la Corte declaró, dando aplicación a la doctrina expuesta, que la liberalidad sólo tenía efecto hasta el valor de dos mil pesos y que era nula en el exceso por falta de insinuación judicial. (G. J. Tomo LXXIX, número 2151, pág. 739).

4.—Aplicando la anterior doctrina al caso **sub-judice**, resulta que asiste razón al recurrente

cuando acusa el fallo del Tribunal Superior de Manizales por infracción directa del artículo 1458 del Código Civil.

Demostradas la simulación de la compraventa contenida en la escritura número 889 de 7 de diciembre de 1951, y la existencia de una donación irrevocable de los bienes allí señalados, hecha por Mirtalda Montoya de Salazar en favor de su hijo legítimo Marco Salazar, bajo la apariencia de aquel contrato, el Tribunal ha debido dar aplicación al artículo 1458 del Código Civil, y después de hacer las declaraciones sobre simulación, decretar la nulidad de la donación encubierta, en el exceso de dos mil pesos, por falta de insinuación judicial, con las prestaciones consecuenciales.

No lo hizo así el Tribunal, pues aun cuando el fallo recurrido acepta y declara la simulación, decidió que la donación hecha a Marco Mejía Montoya por su madre, era válida en cuanto no perjudicara las legítimas rigorosas de los hijos de la señora Montoya de Salazar, sin pronunciarse el sentenciador sobre la nulidad que se le había demandado.

Y de esta laya el Tribunal no sólo infringió la norma del artículo 1458 del Código Civil, que dejó de aplicar, sino que falló **extra petita** sobre la reducción de la liberalidad hecha a favor de Marco Salazar Montoya, en cuanto ésta perjudicara las legítimas rigorosas de los otros descendientes de la donante Mirtalda Montoya de Salazar, cuestión que no se hallaba en el ámbito de la **litis contestatio**. Lo que los demandantes habían pedido en su libelo, en forma clara e inequívoca, era la nulidad de la donación encubierta por la compraventa simulada, en el exceso de los dos mil pesos, por falta de insinuación judicial, sin que en la demanda se hubiera reducido el interés de los actores a la mera protección de sus legítimas rigorosas. El Tribunal parece identificar situaciones jurídicas bien diferentes: el legitimario puede obtener la reducción de una donación irrevocable, hecha por su ascendiente en favor de otro legitimario, con menoscabo de sus derechos de tal, aun cuando aparezca cumplida la formalidad de la insinuación respecto de esa liberalidad; y el legitimario puede, con el mero interés del heredero, demandar la nulidad de una donación **inter vivos**, otorgada por su ascendiente en favor de otro legitimario, en el exceso de los dos mil pesos, por no haberse satisfecho el requisito de la insinuación exigido en el artículo 1458 del Código Civil, aunque tal liberalidad no vulnere la legítima rigorosa del actor. En este último caso, el legitimario, como cualquier heredero, ejercita la acción que el mismo donante, en vida, puede promover para anular el acto liberatorio, en el exceso de los dos mil pesos, por haberse omitido la formalidad de la insinuación requerida para la validez de la donación.

En consecuencia, la Corte deberá infirmar el fallo recurrido y como tribunal de instancia dictar el que debe reemplazarlo. (C. J., artículo 539).

V. — Sentencia de instancia

Según dictamen pericial producido con las formalidades legales, a solicitud de la parte actora en la primera instancia, el cual se encuentra explicado y debidamente fundado, los bienes enajenados por medio de la escritura número 889 de 7 de diciembre de 1950 de la Notaría de Aguadas, valían la suma de veinte mil pesos ($ 20.000) a la fecha en que se otorgó tal instrumento (cuaderno número 3, fs. 16 y 17).

De conformidad con lo enunciado anteriormente, la donación que encubrió la compraventa contenida en tal escritura es válida hasta la suma de dos mil pesos y es nula en el exceso. Y de consiguiente, Marco Mejía Montoya conservará un derecho proindiviso equivalente a la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) en aquellos bienes, en relación con el valor de veinte mil pesos ($ 20.000) dado a los mismos, y restituirá a la sucesión de Mirtalda Montoya de Salazar el exceso, o sea, un derecho proindiviso equivalente a la suma de diez y ocho mil pesos ($ 18.000.00) en tales bienes. También deberá restituir el valor de los frutos naturales y civiles sobre el exceso, desde la notificación de la demanda como poseedor de buena fe, previo abono de las mejoras que hubiere hecho, con aplicación de las normas generales sobre prestaciones mutuas, valor que se liquidará por el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial.

VI. — Resolución

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida, y como tribunal de instancia reforma la de primera instancia y FALLA este negocio así:

1º — Declárase simulado el contrato contenido

en la escritura pública número 889, de fecha siete de diciembre de 1950, otorgado en la Notaría del Circuito de Aguadas, por el cual Mirtalda Montoya de S. dice vender a Marco A. Salazar M., varios inmuebles, y los muebles de la casa de habitación indicada en la letra A) de dicha escritura, junto con todas sus especificaciones.

2º—Declárase que el vínculo jurídico que liga a dichos contratantes, es el de una donación entre vivos, hecha por Mirtalda Montoya de S. a su hijo Marco A. Salazar M.

3º—Declárase que esta donación es válida en cuanto a la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00), en relación con el valor de veinte mil pesos ($ 20.000.00) asignado a todos los bienes, y es nula en el exceso de aquella suma, por falta de insinuación. Los bienes son los siguientes, ubicados en el municipio de Aguadas: a) Un solar con casa de habitación, cubierta con tejas, situada en este Municipio, en la calle de "Santander", constante de catorce varas (14) de frente, y de centro hasta un mojón que está en el lindero con propiedad que fue de Víctor Vargas, alindado así todo: por el frente con la calle dicha; por el costado derecho con propiedad que fue de Roberto Jaramillo, hoy de Isaura y Maruja Peláez; por el costado izquierdo con propiedad que fue de Jesús Antonio Suárez, hoy de la señora María Antonia Ramírez v. de Valencia; y por el centro, con propiedades que fueron de Víctor Vargas V. y Manuel Ocampo. b) Un lote de terreno situado en este Municipio, en el paraje de "Caleuyal", con todas sus mejoras y anexidades, llamado hoy "La Lotería", alindado así: De un mojón de piedra que está en la entrada del camino de "Los Charcos", siguiendo de aquí, de travesía, hasta el pie de un chachafruto, lindero con terrenos de herederos de Albina Flórez, Paulina Flórez y Pedro Gómez; siguiendo de aquí, de travesía y en línea recta, a un mojón de piedra que se clavó hacia la parte inferior de un árbol de naranjo que está en el patio de la casa de propiedad de Carmen y Mercedes Flórez; de este mojón siguiendo de travesía y en línea recta, hasta otro mojón de piedra que se clavó en la vaga de la raíz de un árbol de mango; de aquí en línea recta y de travesía, a otro mojón de piedra que se clavó al pie de un barranco; de aquí en línea recta y de travesía, hasta otro mojón de piedra que se clavó a la raíz de un guamo y a unos doce metros del anterior; de aquí, de travesía y en línea recta, a otro mojón de piedra que se clavó a unos cuatro metros arriba, y un poco diagonal hacia la izquierda, de un árbol de aguacate; de aquí, en línea recta y siguiendo de travesía a otro mojón de piedra que se clavó a una media vara encima de un árbol de Guamo; de aquí, siguiendo de travesía y con una ligera inclinación hacia la izquierda, hasta otro mojón de piedra que se clavó en el filo, lindero con predio de Joaquín Sánchez; de aquí se sigue por el filo y hacia abajo, a hasta (sic) un mojón que está en un caminito; síguese por el caminito hasta un mojón que está en un medio filo, lindero con predio de Joaquín Sánchez expresado; de aquí se sigue hasta el filo, lindero con el mismo Sánchez; de aquí, se sigue para arriba, hasta el lindero con propiedad de Jesús María Martínez, siguiendo de aquí, por el borde de la manga de Martínez al punto donde se toma el agua; agua abajo, hasta el punto donde se toma el agua para el predio de Rafaela López; de aquí, se sigue de travesía, hasta un mojón que está en el lindero con predio de Manuel Arroyave; de aquí, se sigue de travesía, hasta una mata de cabuya que está en el lindero con terreno de propiedad de Teresa Londoño; de aquí se sigue para abajo, lindando con predio de Manuel Arroyave, hasta el camino departamental; camino abajo, hasta llegar a la boca de un canalón, lindero con predio de Manuel Hoyos; canalón arriba, hasta una chamba, lindero con terreno de Jorge Bedoya; de aquí de travesía a un filo; de aquí, se sigue de travesía, a un mojón de piedra que está a la raíz de un cincodedos, lindero con propiedad del mismo Bedoya; y de aquí, se sigue en línea recta, y hacia arriba, hasta un mojón que está en un filito; de aquí, de travesía, lindando con predio del mismo Bedoya, hasta el camino de 'Los Charcos'; y camino arriba, al primer lindero; c) Un lote de terreno situado en este Municipio, en el mismo paraje del anterior, contiguo, alindado así: 'De la raíz de un 'Tambor', lindero con el terreno anterior; de aquí de travesía a una piedra grande que está en la falda; de aquí derecho a un mojón que está en la raíz de una mata de cabuya, en un filo; de aquí, derecho a un mojón que está a la raíz de un tronco de cincodedos, en el borde del camino; y camino arriba, al primer punto de partida'; d) Un lote de terreno con sementeras de café, plátano, yuca, árboles frutales, arados, con casa de habitación de bahareques y tejas, situado en este Municipio, en el paraje antes mencionado, comprendido por los siguientes linderos: 'De un mojón que está en propiedad que era de Luciano Agudelo, hoy de Antonio Gu-

tiérrez; de aquí, de travesía en línea recta, hasta otro mojón lindero con predio de Ismael Bedoya; de aquí, línea recta para abajo, hasta un mojón que está al borde del camino de Jesús Gómez, camino que conduce al tomadero del agua de aquí, siguiendo de travesía, a otro mojón que está en el lindero con predio del señor Bedoya citado; de aquí, siguiendo en línea recta, para arriba, a un mojón que está al borde de un cabuyal, que es el mojón primer lindero". Los muebles que se encuentran en la casa de habitación de que trata el numeral a).

4º—En consecuencia, el demandado Marco A. Salazar M. restituirá a la sucesión de Mirtalda Montoya de Salazar, el exceso de dicha donación en los bienes citados, o sea, un derecho proindiviso en ellos, equivalente a la suma de diez y ocho mil pesos ($ 18.000.00) en relación con el valor de veinte mil pesos ($ 20.000.00) asignado a los mismos bienes;

5º—El demandado Marco A. Salazar M. deberá pagar a la sucesión de Mirtalda Montoya de Salazar, el valor de los frutos naturales y civiles de tal derecho proindiviso, desde la notificación de la demanda hasta el día de la entrega, y previo el abono le las mejoras a que hubiere lugar, según las normas generales sobre prestaciones mutuas en caso de reivindicación, considerándose al demandado como poseedor de buena fe, valor que se liquidará por el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial;

6º—No se hacen las demás declaraciones formuladas en la demanda, como tampoco se declaran probadas las excepciones propuestas como perentorias;

7º—Comuníquese al señor Notario del Circuito de Aguadas la parte resolutiva de la presente sentencia para que se sirva anotarla al margen de la matriz de la escritura número ochocientos ochenta y nueve (889), del siete (7) de diciembre de mil novecientos cincuenta (1950);

8º—Inscríbase el presente fallo en los libros correspondientes de la oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Aguadas.

9º—No hay condenación en 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.

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

LA DEMANDA DE CASACION DEBE CUMPLIR CON LOS REQUISITOS SEÑALADOS EN EL ARTICULO 531 DEL CODIGO JUDICIAL PARA QUE PROSPERE EL RECURSO

No es admisible la demanda de casación en que el recurrente no expresa la causal para pedir la infirmación del fallo, pues se reduce a decir que funda el recurso en el artículo 520 del Código Judicial, pero sin señalar la causal pertinente; no indica los fundamentos de la acusación para sustentar el recurso ante la Corte, y no expresa cuál es el concepto de la pretendida violación de las disposiciones citadas. Habla de errores de hecho y de derecho, pero no explica en qué consisten esos errores. Es decir, que el recurrente presenta un escrito del que no puede deducirse el motivo de ataque en casación de la sentencia.

Un escrito de tal naturaleza no cumple con los requisitos que señala el artículo 531 del Código Judicial.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila)

El juez civil del circuito de Ramiriquí, por providencia de fecha cinco de marzo de mil novecientos cincuenta y uno decretó la liquidación, distribución y adjudicación provisionales de los bienes pertenecientes a la sociedad conyugal formada en virtud del matrimonio católico contraído por Mercedes Herrera con José Vicente Castro.

En cumplimiento de esa orden judicial, se practicó la partición de bienes decretada y durante el término del traslado correspondiente, el señor José Vicente Castro objetó el trabajo de partición y adjudicación de bienes; el juez del conocimiento dijo en sentencia de fecha diez y seis de junio de mil novecientos cincuenta y cuatro:

"...Segundo.—Apruébase el trabajo de partición de los bienes de la sociedad conyugal formada por Mercedes Herrera y José Vicente Castro.....

"Tercero.—Inscríbase esta sentencia y la partición aludida en el libro número primero de la Oficina de Registro de este circuito....."

Esta sentencia fue apelada por el demandado y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, con fecha 24 de noviembre de 1954, resolvió:

"Confírmase en todas sus partes la sentencia que ha sido objeto del actual recurso, emitida en este negocio por el juzgado civil del circuito de Ramiriquí con fecha diez y seis de junio del corriente año. Son de cargo del recurrente las costas del recurso.....".

Contra esta sentencia interpuso recurso de casación la parte perjudicada con el fallo, o sea la que objetó la partición.

Tramitado el recurso en forma legal, se pasa a resolver lo pertinente.

La sentencia del Tribunal examina una a una las objeciones que se hicieron al trabajo de partición aprobado por el juez, para desecharlas por no encontrar que ellas hubieran sido justificadas en el juicio, porque casi todas ellas versan sobre la propiedad de los bienes partidos, cuestiones que "no pueden ser objeto de debate dentro de la partición, por cuanto ellas son materia de acción ordinaria".

"La misión de un partidor de bienes herenciales, dice el Tribunal, o de bienes pertenecientes a una sociedad conyugal en liquidación, es la de simple contabilizador de los que hayan sido objeto del respectivo inventario con el fin de distribuírlos conforme a las normas del citado Título del Código sustantivo, si se trata de los primeros, y de lo preceptuado en el propio Título, adicionado de los mandatos de la ley 28 igualmente citada, cuando se trate de liquidar, siquiera sea provisionalmente una sociedad conyugal. Empero, si por circunstancia alguna la adjudicación respectiva se realiza sobre bienes indebidamente inventariados, esta irregularidad, que tuvo su oportunidad para subsanarla y no se aprovechó tal ocasión, no afecta o compromete el derecho del verdadero dueño de ellos, desde luego que la partición, como lo enseña la ley y la doctrina, no crea sino que reconoce derechos; no es título constitutivo sino declarativo; deja siempre a sal-

vo la real propiedad de los bienes adjudicados, y por tanto las objeciones atinentes a un trabajo de partición, a porfía, deben versar no sobre la propiedad de los bienes partidos, sino sobre la distribución inequitativa de ellos; sobre inobservancia por el partidor de las normas que le traza el artículo 1394 de la obra citada, o en fin, respecto de cualquier pretensión sustantiva o formularia en que haya incidido el distribuidor, capaz de causar quebranto alguno a los legítimos intereses de las partes.

"Tampoco es procedente exigir aquí al partidor que tenga en cuenta las compensaciones y deducciones de que habla el estatuto sustantivo y a que se refiere la ley 28 que se ha citado, porque el inventario se ha ceñido, dicho está, a alistar los bienes denunciados como sociales, cuya adquisición conjunta por los esposos Castro-Herrera, en la misma proporción de igualdad en que han sido distribuídos entre éstos, torna innecesaria toda operación aritmética al respecto. Vale decir que el partidor ha observado estrictamente los mandatos que le señala el Código sustantivo y la citada ley 28, tanto en este particular como en lo relativo a la formación del pasivo —que lógicamente corre a cargo de ambos cónyuges— en proporción también paritaria, en orden a razones ya enunciadas, que ratifican la de que ningún reclamo se formuló oportunamente sobre el particular".

En el escrito presentado a la Corte, como demanda de casación, dice el recurrente:

"...de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 520 del C. J., mediante los trámites legales, con citación y audiencia de Mercedes Herrera, representada por su apoderado, doctor Eurípides Quintero, mayores y vecinos de Ciénaga y Tunja respectivamente, con fundamento en el resumen de los hechos anteriores, que han sido materia de la presente controversia, pido se infirme la sentencia de fecha noviembre veinticuatro de mil novecientos cincuenta y cuatro, proferida por el Honorable Tribunal del Distrito Judicial de Tunja, en el juicio especial sobre liquidación provisional de la sociedad conyugal formada por el matrimonio de Vicente Castro y Mercedes Herrera, por ser violatoria de los artículos 1781, especialmente del ordinal 5º, ya que los inventariados no pertenecen a la sociedad conyugal, al menos en parte, por no existir la prueba sobre la propiedad que acredite plenamente pertenecerle a dicha sociedad conyugal, lo mismo que el artículo 1398 del C. C., una vez que se partieron bienes de otros patrimonios como se halla demostrado y que se hallan confundidos con los de la sociedad conyugal dicha, por no haberse llevado la prueba que ordena el artículo 1203 del C. J., en armonía con el artículo 205, acompañada a la demanda, con lo cual se ha aplicado erróneamente la ley 28 del año de 1932.

"Dejó de aplicarse fielmente el artículo 1394 del C. C.

"La sentencia que debía recaer sobre lo pedido y probado no podía hacerlo comoquiera que en la demanda no se insertaron linderos; los del inventario son distintos a los de los títulos escriturarios presentados posteriormente por el demandante y la partición versa sobre bienes que erróneamente se hacen aparecer como de dicha sociedad conyugal. Luego al aprobar una partición en tales condiciones se incurre en error de hecho en la aplicación de la prueba. Pero como no existe prueba sobre la propiedad de otros inmuebles al hacer adjudicación de éstos se incurre en error de derecho, por carecer de título de propiedad la sociedad conyugal expresada, con lo cual se defrauda en su cuota al adjudicatario, violando así sus legítimos derechos. Resalta pues el error de derecho del fallo recurrido, razón por la cual debe ser infirmado.

"Hago hincapié una vez más de que al no cumplirse la ley procedimental, ajustándose en la demanda a lo prescrito en el artículo 1203 del C J., ha quedado de nulidad el procedimiento afectado, según lo pedido en otro lugar, razón por la cual por este aspecto debe ser infirmado el fallo recurrido. Lo solicitado tiene fundamento legal en lo determinado en las disposiciones sustantivas y procedimentales citadas y los decretos y leyes que las adicionan y reforman".

La procedencia del recurso, dice el recurrente, "la fundo además en el artículo 520 y demás concordantes del C. J., Libro 2, Título 14, Capítulo 6º".

De la transcripción que se hace se llega al convencimiento de que la demanda de casación no cumple con los requisitos que señalá el artículo 531 del Código Judicial; no expresa la causal para pedir la infirmación del fallo, pues se reduce a decir que funda el recurso en el artículo 520 del Código Judicial, pero sin señalar la causal pertinente; no indica los fundamentos de la acusación para sustentar el recurso ante la Corte, y no expresa cuál es el concepto de la pretendida violación de las disposiciones citadas. Habla de errores de hecho y de derecho, pero no explica

en qué consisten esos errores. Es decir, que el recurrente presenta un escrito del que no puede deducirse el motivo de ataque en casación a la sentencia.

El recurrente parece ignorar la técnica de la casación y olvida que ante la Corte no puede alegarse como si se tratara del negocio en instancia. Motivo por el cual la demanda de casación debe ser rechazada.

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 Tunja, en el juicio de **Mercedes Herrera** contra **José Vicente Castro,** que tiene fecha 24 de noviembre de 1954.

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

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

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



TECNICA DE CASACION.—LAS CARTAS MISIVAS SON DOCUMENTOS PRIVADOS. — CONFESION DE PATERNIDAD CONTENIDA EN CARTA EMANADA DEL PRETENSO PADRE. — RECONOCIMIENTO IMPLICITO DE CARTAS POR LOS HEREDEROS DE SU AUTOR

1.—No es de recibo en casación acusar la sentencia por errónea apreciación de las pruebas fundando el cargo en una crítica general al conjunto de los medios de convicción que tuvo en cuenta el sentenciador para dar por demostrados los hechos controvertidos. La acusación por error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba, que conduzca a la infracción de la ley sustantiva, tiene que referirse en concreto, singularmente, a determinados elementos propatorios que el sentenciador no tuvo en cuenta o apreció indebidamente, y a consecuencia de lo cual se ha producido un quebrantamiento de las normas atinentes al fondo del negocio. Una censura global a la tarea estimativa del sentenciador sobre las pruebas, no es suficiente para sustentar útilmente la impugnación.

2.—Las cartas misivas son documentos privados, a las cuales se aplican las normas legales sobre el valor probatorio de éstos. Reconocidas en cualquiera de las formas señaladas por la ley, constituyen una verdadera confesión contra su autor, de lo que en ellas conste. De consiguiente, a las cartas misivas es aplicable la norma del artículo 645 del C. J. sobre reconocimiento tácito: una carta se tiene por reconocida cuando habiendo obrado en los autos con conocimiento de la parte obligada o de su apoderado, no se ha objetado o redargüído de falsa para que la parte que la presenta pruebe su legitimidad.

3.—Cuando el artículo 645 del C. J. usa la expresión PARTE OBLIGADA, se refiere no sólo a quien está obligado a reconocer la firma del documento, sino a toda persona que aun siendo extraña a la suscripción del documento, pueda ser obligada como causahabiente de uno de los otorgantes. Así se ha aceptado que en un juicio contra los herederos del obligado en un documento privado, el reconocimiento implícito tiene lugar cuando aquéllos no han objetado o redargüído de falsedad el acto procedente del DE CUJUS, puesto que como sucesores son parte obligada.

4—Para que una carta u otro escrito emanado del presunto padre que contenga una confesión inequívoca de paternidad, pueda ser tenido como prueba de tal hecho, conforme al num. 3º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 y en juicio sobre filiación natural, no es necesario que esté reconocido por su autor cuando el juicio se sigue contra los herederos del pretenso padre, y éstos no lo han objetado o redargüido de falsedad.

La prueba de cotejo de letras o firmas es procedente sólo cuando "por la parte a quien perjudique se niegue o se ponga en duda la autenticidad de un documento". Por consiguiente, si ha operado un reconocimiento tácito del documento, no hay lugar a practicar el cotejo, y si así se hizo, el resultado de éste no puede prevalecer sobre ese reconocimiento.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, nueve (9) de abril de mil novecientos cincuenta y seis (1956).

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra)

La Corte decide el recurso de casación formalizado por la demandada Hortensia Sánchez Hernández, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué el 6 de julio de 1955 en el juicio ordinario sobre filiación natural y petición de herencia, promovido por Lisandro Huertas.

I. — Antecedentes

I.—En libelo fechado el 13 de septiembre de 1954, Lisandro Huertas demandó por la vía or-

dinaria a Hortensia Sánchez Hernández, ante el Juzgado Civil del Circuito del Espinal, para que se le declarara hijo natural de Francisco Sánchez Hernández, hermano legítimo de la demandada, fallecido el 3 de diciembre de 1952, se le reconociera su condición de heredero legitimario del causante con derecho a su sucesión, y se condenara a la demandada a restituir los bienes de dicha sucesión en su poder.

Se sostiene en el libelo que Francisco Sánchez Hernández mantuvo relaciones sexuales estables con Ana Polonia Huertas entre los años de 1918 a 1930, y que de tal unión es fruto Lisandro. Que en vida Francisco Sánchez tratólo como a hijo, proveyendo a su subsistencia, relativa educación y establecimiento en las labores del campo, por lo cual los deudos y amigos del causante y el vecindario de su domicilio en general, los reputaron como padre e hijo, por un lapso superior a diez años continuos. Que Francisco no sólo de palabra sino también por escrito lo reconoció como hijo suyo, y que el causante, salvo la pequeña interrupción motivada por la prestación del servicio militar del demandante, lo tuvo a su lado como colaborador en las labores agrícolas y actividades comerciales. Y que antes de morir su mentado padre, estableció cultivos agrícolas en terreno de éste y tomó a su cargo la administración de los bienes paternos.

También afirma el actor que la demandada Hortensia Sánchez Hernández, hermana legítima del **de cujus**, inició los juicios de sucesión de Francisco Sánchez Hernández y de los padres de éste Hermenegildo y Toribia. Que la demandada ha manifestado a numerosas personas que reconoce a Lisandro Huertas como hijo de su fallecido hermano Francisco, y aun en actuaciones judiciales ha aceptado esta situación.

Con anterioridad a su actual demanda, Lisandro Huertas promovió la acción declarativa de filiación contra Hortensia Sánchez Hernández, pero el juicio que se había adelantado hasta encontrarse en el Tribunal Superior para sentencia, fue anulado por haberse promovido con intervención de abogado **no titulado.**

2.—La demandada se opuso a las pretensiones del actor, y agotados los trámites de la primera instancia, ésta finalizó con sentencia del Juzgado Civil del Circuito del Espinal, del 11 de marzo de 1955, por la cual se declara que Lisandro Huertas es hijo natural de Francisco Sánchez Hernández y que, en tal calidad, es heredero legitimario del causante nombrado "a quien tiene derecho a suceder, sin perjuicio de terceros, con las formalidades de la ley en los bienes que constituyan, llegado el momento, el patrimonio de la causante, según los juicios herenciales que están cursando en este Juzgado".

3.—Apelada esta decisión por la parte demandada, el Tribunal Superior de Ibagué hubo de confirmarla en fallo del 6 de julio de 1955.

4.—Inconforme la parte demandada, vencida en las instancias, ha acusado tal sentencia ante la Corte, mediante el recurso extraordinario de casación, el cual ha sido rituado conforme a la ley y se halla en estado de recibir la correspondiente decisión en el fondo.

III. — Sentencia acusada

La sentencia declara la paternidad natural de Francisco Sánchez Hernández respecto de Lisandro Huertas, considerando plenamente demostrados los hechos a que se refieren las causales de los ordinales 4º y 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936.

Entre las pruebas aducidas por la parte actora el Tribunal relaciona cuatro cartas misivas, que se dice fueron escritas por el causante Francisco Sánchez, y dirigidas a Lisandro Huertas, en las que el último recibe el trato de hijo, y los testimonios de Benigno Ochoa Villalba, Raimundo Osuna, Ignacio Góngora Ramírez, Manuel Eusebio Barrios Núñez, Mateo Fuentes, Eusebio Gómez, Antenor Sánchez, Rogelio Cuervo, Emiliano Fuentes, Diomedes Sánchez, David Sánchez, Jesús María Castro, Teodoro Calderón, Roberto Díaz, Fernando Ochoa, Esteban Góngora, Pastor Campos Villalba y Julio Serrano, "quienes exponen —reza el fallo— el primero, segundo, tercero, cuarto, quinto, séptimo, noveno, décimo y décimo sexto, que conocieron desde antes de mil novecientos diez y ocho a Francisco Sánchez Hernández y Ana Polonia Huertas, quienes hicieron vida marital en forma pública y notoria desde el citado año de mil novecientos diez y ocho hasta después del año de mil novecientos treinta, y que fruto de las relaciones que estas personas sostuvieron, fueron Lisandro Huertas y otros hijos de tales personas; que desde el nacimiento de Lisandro en mil novecientos veintisiete hasta la muerte de Francisco, acaecida en mil novecientos cincuenta y dos, el último tuvo y trató al primero como a su hijo, presentándolo así al vecindario, a sus parientes y amigos, por lo cual Huertas era reputado como hijo de Fran-

cisco, hecho que los deponentes observaron por un lapso superior a diez años; el octavo, décimo primero y décimo segundo, que eran consanguíneos del difunto Francisco Sánchez Hernández, y que a ellos lo mismo que al resto de la familia, les constaba por manifestaciones de Francisco, como por el trato que le prodigaba, que Lisandro era hijo de aquél y que proveyó a su subsistencia y establecimiento, y posteriormente lo tuvo como su colaborador en las labores agrícolas, y que tales hechos los presenciaron por un lapso superior a diez años; el sexto, declara en el mismo sentido de los primeros, pero al hablar de la conducta de Ana Polonia, de quienes los otros testigos afirman ha sido excelente, refiere que ésta tuvo un hijo que se afirmaba era de otra persona y que en la actualidad tendrá unos doce años de edad; el décimo tercero, décimo cuarto, décimo quinto, décimo séptimo, décimo octavo y décimo noveno, deponen del trato que Francisco prodigaba a Lisandro por un lapso superior a diez años, y que indicaba que el segundo era hijo del primero, concepto del que participaban sus amigos y el vecindario de su domicilio".

En relación con la prueba de las relaciones de concubinato entre Francisco Sánchez Hernández y Ana Polonia Huertas durante la época en que debió ser concebido Lisando Huertas dice el Tribunal:

"Testigos de distinta categoría declaran sobre la existencia de las relaciones sexuales estables, que mediaron entre Francisco Sánchez Hernández y Ana Polonia Huertas, por los años de 1918 hasta después del año de 1930, y entre tales testigos se cuentan parientes del presunto padre y vecinos, quienes tuvieron oportunidad de enterarse de las relaciones de los amantes, y del trato que el causante prodigaba a la Huertas, a quien presentaba como a su esposa, y a quien daba todo lo necesario para su subsistencia y vestuario.

"La multiplicidad de tales testimonios, que deponen por el conocimiento directo de los hechos que presenciaron, por haberse movido los amantes dentro del círculo social a que ellos pertenecían, o por razón de su amistad con el difunto, o por razón de su vecindad, o de conexión con las actividades habituales del causante, están indicando que las relaciones sexuales que cultivaron la madre de Huertas y Sánchez fueron notorias y estables, y puede decirse que hasta públicas.

"Tales deponentes señalan como el lapso de duración, los años de 1918 a 1930, es decir, que en 1927 cuando nació Lisandro, la Huertas y Sánchez hacían vida marital, y por lo tanto, el nacimiento tuvo lugar mucho después de los ciento ochenta días contados desde la época en que tales relaciones empezaron, y transcurrieron mucho más de trescientos para la época aproximada en que al parecer cesaron".

Y agrega el sentenciador respecto de la prueba de la posesión notoria:

"De conformidad con el dicho de los testigos ya citados, se deduce que desde el nacimiento de Huertas hasta la muerte de Sánchez, éste no fue nunca indiferente a la suerte de quien tenía como a su hijo, pues proveyó a su subsistencia, lo presentó a algunos familiares y a sus amigos, como a su hijo, lo estableció en las labores del campo, y a su muerte, Lisandro era quien administraba los bienes y representaba a Sánchez en sus negocios. Estos hechos duraron más de diez años continuos y los deponentes tuvieron ocasión de presenciarlos.

"Aunque las declaraciones ya citadas, presentan cierta uniformidad, no hay razones para dudar de la verdad de los hechos sobre que deponen los testigos, pues no se advierte en ellos ninguna actitud sospechosa que haga desconfiar de su dicho, y al parecer el defecto apuntado, obedece a falta de técnica en el funcionario que recibió las exposiciones.

"Para demostrar la autenticidad de las cartas que se dice fueron escritas y dirigidas por Sánchez a Huertas, se practicó en el juicio anulado, un cotejo, que no hay constancia de que hubiera sido puesto en conocimiento de las partes. Esta circunstancia unida a que la prueba del cotejo constituye apenas un indicio más o menos grave o vehemente, y a que se trata de una prueba trasladada, le resta valor probatorio a esta demostración, pero por débil que se suponga el hecho indiciario, forzoso es concluir que unido a la completa demostración de las relaciones sexuales, estables, notorias y públicas y a la posesión notoria, contribuye a reforzar las primeras causales".

III. — Demanda de casación

El recurrente acusa la sentencia con base en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial y formula los siguientes cargos:

1º — Violación indirecta de la ley sustantiva, por aplicación indebida y como consecuencia de errores de hecho evidentes y de derecho en la apreciación de la prueba relativa a la existencia

de las relaciones sexuales estables y notorias a que alude el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 le 1936, disposición que fue infringida en tal concepto por el sentenciador, lo mismo que los artículos 697, 661 y 666 del Código Judicial, los cuales dejó de aplicar;

2ª — Violación indirecta de la ley sustantiva, como consecuencia de errores de hecho evidentes y de derecho en la apreciación de la prueba relativa a la existencia de la posesión notoria del estado de hijo natural de Lisandro Huertas con respecto a Francisco Sánchez Hernández, y a que alude el numeral 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, disposición que fue quebrantada por el fallador lo mismo que las de los artículos 6º ibidem y 397, 398 y 399 del Código Civil.

IV. — Examen de los cargos

I. — Los fundamentos de la acusación pueden resumirse así:

a) El sentenciador simplemente relaciona, sin discriminar, los elementos probatorios pertinentes a cada causal invocada en la demanda, y sin previo análisis de ellos, estima acreditada la existencia de las relaciones sexuales y de la posesión notoria de estado mediante una motivación abstracta y general;

b) El Tribunal ha debido referirse en concreto a los testimonios de Mateo Fuentes Ortiz, Rogelio Cuervo Guzmán, Benicio Ochoa Villalba, Raimundo Osuna Villalba, Manuel Eusebio Barrios Muñoz, Fernando Ochoa Villalba, Eusebio Gómez Avila e Ignacio Gómez Ramírez, "declaraciones éstas que hablan de algunos hechos reveladores de relaciones sexuales entre la madre del demandante y el pretenso padre y en cuanto que en ellas se afirma con uniformidad desconcertante en las expresiones usadas de haber conocido a Francisco Sánchez y Ana Polonia Huertas antes del año de 1918 y a Lisandro Huertas en octubre de 1927; que Sánchez Hernández y la Huertas hicieron vida marital por 'bastante tiempo', por 'un espacio de tiempo mayor de doce años en forma estable' 'desde 1919 hasta 1930, por lo menos', 'tratándose como si fueran cónyuges legítimos'; que 'Francisco trataba a Ana Polonia como su mujer, nunca la negaba; la traía al mercado del pueblo, andaba con ella en su compañía, le prodigaba toda clase de atenciones propias del marido para su mujer, le suministraba lo necesario para su alimentación, vestuario y sostenimiento, le daba para que hiciera el mercado en el pueblo con lo cual le preparaba los alimentos', y otras afirmaciones similares para referirse a la conducta de Ana Polonia Huertas".

c) "Los testigos declaran en el año de 1954 y principios de 1955 sobre hechos que se dicen ocurridos en 1918, o sea treinta y seis años antes; sus declaraciones adolecen de imprecisión en cuanto al tiempo en que los hechos reveladores de las relaciones sexuales acaecieron, distinguiéndolos por fechas y meses, el cómo y por qué de ellos, y en relación con los límites temporales precisos sobre el momento de la concepción. Además, por sobre todo, los antecedentes de esos hechos de los cuales dedujo el Tribunal la presunción de las relaciones sexuales estables y notorias, no están probados con plenitud".

d) Si se aplican los principios del derecho probatorio consignados en los artículos 661 y 666 del C. J. a los testimonios que sirvieron de base a la decisión recurrida para dar por acreditadas los relaciones sexuales, estables y notorias, entre Francisco Sánchez Hernández y Ana Polonia Huertas, se ve que no son eficaces para tal objetivo, "ya que de ellas no puede deducirse ninguna inferencia indiciaria, porque los hechos que pudieran servirle de antecedentes no están demostrados, se trata de simples afirmaciones de los deponentes";

e) "El Tribunal Superior de Ibagué, al deducir de aquellas declaraciones inferencias indiciarias, sin que con las mismas se demuestren plenamente hechos indicadores de las relaciones sexuales estables y notorias durante los períodos a que se refiere el ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, incurrió, al apoyarse en ellas en calidad de indicios, en doble error: de derecho y de hecho evidentes, con violación de los artículos 697, 661 y 666 del Código Judicial que exigen: dos testigos hábiles concordantes en circunstancias de modo, tiempo y lugar para probar en forma plena un hecho: la plena prueba de los antecedentes en que se apoya una presunción y el último que contiene la prohibición de demostrar indicios con otros indicios, todos por falta de aplicación, que lo llevó al quebrantamiento del ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, por aplicación indebida al caso del pleito, al reconocer la existencia de esa causal, sin ser el caso. Error de derecho porque el Tribunal le asignó un valor probatorio a las declaraciones que la ley no le asigna; y de hecho evidente por haber deducido inferencias indiciarias con base en hechos indicadores no demostrados plenamente".

f) En cuanto a la posesión notoria del estado de hijo natural, el Tribunal ha debido referirse en concreto a los testimonios de Antenor Sánchez Pava, Emiliano Puentes Peña, David Sánchez Perdomo, José o Dámaso de Jesús Sánchez Pava, Eufrasio Sánchez Pava, Jesús María Castro Sánchez, Esteban Góngora Hernández, Diomedes Sánchez o Sáiz, Julio Serrano Ortegón y Pablo Laguna, "declaraciones éstas que hablan de algunos hechos fragmentarios de posesión notoria, en cuanto en ellas se afirma con expresiones comunes a todos los deponentes haber conocido a Francisco Sánchez Hernández, desde el año de 1918 y a Lisandro Huertas desde octubre de 1927; que Sánchez Hernández reconocía a Lisandro Huertas como su hijo, y así lo presentaba a sus amigos y relacionados, quienes por su parte le daban igual trato; que Sánchez Hernández sostuvo a Lisandro Huertas desde pequeño, proveía a su establecimiento y subsistencia, vestuario y alojamiento o habitación, y que lo tuvo estudiando y pagaba el valor de la pensión; que ya grande Lisandro, Francisco lo tuvo trabajando a su lado en labores agrícolas desde el año de 1938 o 1940 para acá hasta la muerte de Francisco; que éste fiaba a aquél en la Caja de Crédito Agrario".

g) "Los testigos al referirse a la posesión notoria de hijo natural no dieron la razón de su dicho, no determinaron, como era necesario, las circunstancias de lugar, tiempo y modo, es decir, cuándo, cómo y por qué les constan los hechos afirmados por ellos. Hay apenas un principio de razón de su dicho, pero la ley requiere la expresión de hechos concretos de los cuales pueda deducirse el reconocimiento, como proveer a la subsistencia y en qué consistía esa provisión, al esblecimiento y en qué consistía ese establecimiento, a la educación y en qué consistía ella dando razón de cómo se produjo. Me remito a dichas declaraciones".

h) "Si se hace la confrontación del estudio probatorio hecho por el Tribunal en la sentencia, estudio que he dejado transcrito antes, con lo dispuesto en las normas legales de los artículos 6º de la Ley 45 de 1936, 397, 398, 399 del Código Civil, se ve la evidencia de su violación, porque al estudiarse esas pruebas por el sentenciador, dio por demostrada la posesión notoria del estado de hijo natural, sin estarlo, ya que ninguno de los declarantes, precisa uno solo de los elementos constitutivos de esa posesión notoria, tan sólo se limitan a decir que Lisandro Huertas es hijo de Francisco Sánchez Hernández porque así lo trataba y por otras consideraciones de orden general. Mas no basta el trato de padre a hijo, es necesario demostrar irrefragablemente que el padre proveyó a la educación, y a la subsistencia del hijo, y a su establecimiento de un modo conveniente y que sus deudos y amigos o el vecindario en general lo hayan reputado como hijo de tal padre. En consecuencia, el Tribunal dio por demostrado un hecho que no lo está, y les dio a las declaraciones un mérito probatorio que no les corresponde".

2.—La Sala desecha las acusaciones contenidas en el primer cargo, o sea, cuanto a los errores de hecho evidente y de derecho que el recurrente imputa a la sentencia por indebida apreciación de la prueba sobre las relaciones sexuales estables y notorias entre Francisco Sánchez Hernández y Ana Polonia Huertas durante la época en que Lisandro Huertas debió ser concebido por su madre.

A los razonamientos del recurrente para sostener el cargo, la Sala observa:

1º—Las críticas que el recurrente hace a la sentencia por la manera como en esta pieza se examina el acervo probatorio, al no disecarse cada uno de los testimonios aducidos por la parte actora y separarse y clasificarse los hechos atinentes a las causales de filiación invocadas, no fundan causal de casación. Es verdad que la ley exige que las sentencias sean **motivadas** y que en ella se formule "una relación concisa en que consten... las pruebas de los hechos conexionados con las cuestiones de derecho que han de resolverse". (Const. artículo 163; C. J. artículo 471). Pero nuestra ley no erige en causal de casación la defectuosa motivación de la sentencia, ni las críticas del recurrente en el presente llevarían a este extremo, como puede observarse fácilmente por las transcripciones del fallo hechas anteriormente;

2º—No es de recibo en casación acusar la sentencia por errónea apreciación de las pruebas fundando el cargo en una crítica general al conjunto de los medios de convicción que tuvo en cuenta el sentenciador para dar por demostrados los hechos controvertidos. La acusación por error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba, que conduzca a la infracción de la ley sustantiva, tiene que referirse en concreto, singularmente, a determinados elementos probatorios que el sentenciador no tuvo en cuenta o apreció indebidamente, y a consecuencia de lo cual se haya producido un quebrantamiento de

las normas atinentes al fondo del negocio. Una censura global a la tarea estimativa del sentenciador sobre las pruebas, no es suficiente para sustentar útilmente la impugnación.

3º—El recurrente al glosar la prueba testimonial que el Tribunal tuvo en cuenta para dar por acreditado el concubinato entre Sánchez Hernández y la Huerta, acepta que los declarantes se refieren a "algunos hechos reveladores de relaciones sexuales entre la madre del demandante y el pretenso padre", que señalan como fecha inicial de esas relaciones el año de 1918 y como final el año de 1930 y que relatan aquellas circunstancias indicativas del estado concubinario en tal época, pero la uniformidad de las expresiones empleadas por los testigos, la antigüedad de los hechos que relatan, la imprecisión en cuanto a las fechas y meses y en cuanto a la razón de sus dichos, hacen inadmisible, en concepto del recurrente, esas declaraciones como prueba plena de los hechos indicadores que el Tribunal tuvo en cuenta para deducir las relaciones sexuales estables y notorias. Razonamiento éste que no sirve para fundar la acusación por **manifiesto error de hecho** en la apreciación de las pruebas y que estaría bien dirigido a la Corte si ésta obrara como Tribunal de instancia a quien correspondiera hacer un nuevo examen y ponderación de la prueba debatida en los grados del juicio. Pero no es la casación tercera instancia en que pueda reabrirse aquel debate definitivamente clausurado sobre la cuestión de hecho;

4º—Si en el caso **sub judice**, más de dos testigos deponen acordes en las circunstancias de modo, tiempo y lugar, sobre los hechos que revelan las relaciones de concubinato entre Sánchez Hernández y la Huertas por la época en que se presume concebido por ésta Lisandro Huertas, no puede afirmarse que el Tribunal desconociera las normas de los artículos 697, 661 y 666 del Código Judicial, e incurriera en error de derecho en la apreciación de la prueba indiciaria. Porque el Tribunal halló, con base en aquellos testimonios, plenamente acreditados los hechos que fundaron lógicamente su inferencia sobre el concubinato.

Estas consideraciones son suficientes para rechazar el cargo.

3—Quedando incólume el juicio del Tribunal sobre la existencia de la causal 4ª del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 para declarar la paternidad natural, la Sala no tiene para qué entrar a examinar el segundo cargo de la demanda de casación relativa a la posesión notoria del estado civil, ya que aun cuando aparecieran demostrados los errores de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas atinentes a dicha posesión, la decisión recurrida quedaría en pie con base en aquella causal de filiación.

4.—No sobra advertir que, como lo sostiene la parte opositora en el recurso, el Tribunal ha podido declarar la paternidad natural con base en la causal tercera del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, por haberse allegado al juicio cartas del pretenso padre, que contienen una confesión inequívoca de paternidad, las cuales desestimó el Tribunal, con tal valor, por una errónea interpretación de la ley.

En efecto, el actor acompañó a la demanda cuatro cartas misivas, originales, dirigidas a Lisandro Huertas por Francisco Sánchez Hernández y suscritas por éste, contentivas de una confesión inequívoca de paternidad, las cuales no fueron objetadas expresamente o redargüídas de falsedad por la parte demandada durante el proceso. A tales cartas aludió el actor en el libelo de demanda, afirmando que su pretenso padre lo había reconocido por escrito, e invocando entre las causales de paternidad la consagrada en el numeral 3º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936.

Las cartas habían obrado en el anterior proceso de filiación del mismo Huertas, agregadas a la demanda del juicio anulado y de éste se desglosaron para hacerlas valer en el presente, según constancias que aparecen en las propias cartas y en la copia del juicio primitivo.

Ni en el juicio anulado ni en el presente, la parte demandada intentó objetarlas o redargüirlas de falsedad, en forma expresa. Sólo en los alegatos de instancia alude a ellas para pedir que no se tengan en cuenta por no haberse producido legalmente experticio grafológico sobre su autenticidad, lo cual no puede interpretarse como objeción expresa de su contenido o de su firma por la persona a quien se atribuyen.

El contenido de dicha correspondencia como confesión inequívoca de paternidad fue analizado por el juez de primera instancia dentro de los siguientes términos:

"En carta del 19 de marzo de 1949 (folio 9º, cuaderno 1º) dirigida de esta ciudad a Bogotá, por Francisco Sánchez Hernández a Lisandro Huertas, le dice: 'Recordado hijo' y después de hacer algunas referencias a los negocios, dar ciertos consejos e informar sobre la familia, termina: 'Reciba recuerdos de todos los de la casa,

principalmente de sus queridos padres, que desean que Dios lo bendiga... y mande a su Atto. s. s. y padre (firmado) Francisco Sánchez H.'

"En carta del 10 de julio del mismo año, entre las mismas personas, se dice: 'Recordado hijo: lo saludo con el acostumbrado cariño... Reciba saludos... y Juan y su mamá... Y de mí abrazos y que esté bien... Sin más mande a su atento s. s. y padre...' (folio 8º, cuad. 1º).

"En otra carta sin fecha, se dice: '...Recordado hijo lo saludamos todos y le deseamos que goce de cumplido bienestar que es nuestro deseo.... Y sin más por el momento le enviamos nuestros anelos (sic) por su bienestar y mande a su atto. s. s. y padre...' (folio 7º, cuad. citado).

"En otra del 15 de agosto, se dice: 'Recordado hijo: Lo saludo cariñosamente deseándole cuando ésta llegue a sus manos, se encuentre sin novedad... Reciba saludos de todos los de la casa y abrazos le envían papá y mamá... Sin más mande a su atto. s. s. y padre...' (folio 6º, cuaderno citado).

"Si analizamos por el aspecto puramente formal las anteriores cartas dirigidas como ya se dijo por Francisco Sánchez a Lisandro Huertas y leemos con cuidado su contenido, no podemos menos de llegar a la conclusión, de que no podían ser escritas sino de padre a hijo".

No hay para qué hacer mayores consideraciones para admitir el carácter **inequívoco** de la confesión de paternidad contenida en esa correspondencia. El sentenciador ha de deducir de ellas, sin perplejidades o dudas, el reconocimiento que Francisco Sánchez Hernández hace de su paternidad respecto de Lisandro Huertas. No hay allí ni ambigüedades ni reticencias.

El Tribunal dejó de apreciar esta prueba como confesión inequívoca de paternidad, porque en la creencia equivocada de que se requería demostrar su autenticidad mediante dictamen de peritos grafólogos, consideró que no habiéndose producido legalmente este experticio, el escrito no podía atribuírse al pretenso padre.

Mas tal consideración del Tribunal debe rectificarse por vía de doctrina, porque no apareciendo formal y expresa objeción de la parte demandada sobre la autenticidad de las cartas, éstas quedaron reconocidas implícitamente, al tenor del artículo 645 del Código Judicial.

En efecto, las cartas misivas son documentos privados, a las cuales se aplican las normas legales sobre el valor probatorio de éstos. Reconocidas en cualquiera de las formas señaladas por la ley, constituyen una verdadera confesión contra su autor, de lo que en ellas conste. De consiguiente, a las cartas misivas es aplicable la norma del artículo 645 del Código Judicial sobre reconocimiento tácito: una carta se tiene por reconocida cuando habiendo obrado en los autos con conocimiento de la parte obligada o de su apoderado, no se ha objetado o redargüido de falsa para que la parte que la presenta pruebe su legitimidad.

Por otra parte, esta Sala ha dicho que "cuando el artículo 645 del C. J. usa la expresión **parte obligada**, se refiere no sólo a quien está obligado a reconocer la firma del documento, sino a toda persona que aún siendo extraña a la suscripción del documento, pueda ser obligada como causahabiente de uno de los otorgantes. Así se ha aceptado que en juicio contra los herederos del obligado en un documento privado, el reconocimiento implícito tiene lugar cuando aquéllos no han objetado o redargüido de falsedad el acto procedente del **de cujus**, puesto que como sucesores son parte obligada". (Casación, marzo 27 de 1954, LXXVII, 143).

Y en armonía con esta misma doctrina, la Corte ha expuesto:

"Para que una carta u otro escrito emanado del presunto padre que contenga una confesión inequívoca de paternidad, pueda ser tenido como prueba de tal hecho, conforme al numeral 3º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 y en juicio sobre filiación natural, no es necesario que esté reconocido por su actor cuando el juicio se sigue contra los herederos del pretenso padre.

"La prueba de cotejo de letras o firmas es procedente sólo cuando 'por la parte a quien perjudique se niegue o se ponga en duda la autenticidad de un documento'. Por consiguiente, si se ha operado un reconocimiento tácito del documento, no hay lugar a practicar el cotejo, y si así se hizo, el resultado de éste no puede prevalecer sobre ese reconocimiento. (Casación, julio 5 de 1954, LXXVIII, 31 y 32).

V. — Resolución

En virtud 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 de Ibagué, de fecha 6 de julio de 1955, 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.

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

Ernesto Melendro Lugo, Srio.



ACCION DE FILIACION NATURAL. — LA PRUEBA DE LA CONDICION DE HEREDEROS DEL PRESUNTO PADRE NATURAL EN LOS DEMANDADOS ES INDISPENSABLE PARA QUE PROSPERE LA ACCION. — LA FALTA DE ESTA CONDICION IMPONE LA ABSOLUCION DE LA PARTE DEMANDADA POR FALTA DE LEGITIMATIO AD CAUSAM DE DICHA PARTE

1—Una nulidad de procedimiento no puede alegarse con base en la causal 1ª del artículo 520 del C. J., sino dentro de la causal 6ª del mismo artículo.

2—En el presente caso se han señalado como demandados a quienes se dice que son herederos del presunto padre natural, pero como tal calidad no se demostró, resulta entonces que no está acreditado uno de los elementos estructurales de la acción, la LEGITIMATIO AD CAUSAM (Cas. agosto 19 de 1954, LXXVIII, 351); vale decir no existe parte demandada.

Al Tribunal le basta absolver a la parte demandada, pero no declarar probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de esta parte, pues en este caso lo que se contempla es la ausencia de uno de los elementos estructurales de la acción, o sea, la falta de legitimación pasiva en la causa.

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

(Magistrado ponente Dr. Julio Pardo Dávila)

Esperanza Martínez, en su calidad de madre de la menor Graciela de Jesús Caro Martínez, constituyó apoderado judicial, y éste en virtud de tal mandato, inició ante el juez 2º del circuito de Ciénaga juicio ordinario "de filiación natural y de petición de herencia" para que se resuelva:

"PRIMERO.—Que se declare a Nicolás de Caro como padre natural de la menor Graciela de Jesús Caro Martínez;

"SEGUNDO.—Que se le adjudique la herencia y se le restituyan los bienes hereditarios, en concurrencia con los herederos Gustavo y Horacio de Caro, y que actualmente están poseídos u ocupados por los señores Pascual de Caro y Graciela de Caro de Vittorino... y que más adelante determinaré;

"TERCERO.—Que se condene en costas en caso de oposición temeraria".

Señaló como demandados a Graciela de Caro de Vittorino y Pascual de Caro, "quienes actualmente pretenden ser los herederos legítimos en los bienes de la sucesión de Nicolás de Caro, fallecido en Fundación el 27 de noviembre de 1951, y quienes están ocupando dichos bienes como tales".

Los hechos son los siguientes:

Durante los años de 1948 a 1950, inclusive, Nicolás de Caro mantuvo relaciones sexuales estables, con comunidad de habitación, en la ciudad de Valledupar, con Esperanza Martínez; de esas relaciones sexuales nació en Valledupar, el 30 de enero de 1949, una niña que fue bautizada con el nombre de Graciela de Jesús Caro Martínez; Nicolás de Caro falleció en Fundación el 27 de noviembre de 1951, y desde el día del nacimiento de la niña, hasta el de su fallecimiento, el citado Nicolás de Caro reconoció inequívocamente ser el padre natural de la niña Graciela, a cuya subsistencia siempre proveyó. Nicolás de Caro reconoció ser el padre de Graciela "por medio de escritos firmados en donde hacía pública su paternidad para con la niña así como haciendo que tal hecho fuera reconocido por sus familiares y amigos: los bienes de la sucesión de Nicolás están actualmente ocupados por Pascual de Caro y Graciela de Caro de Vittorino, y fueron secuestrados, inventariados y avaluados ante el juez 2º del circuito en lo civil de Ciénaga, en donde cursa el juicio de sucesión intestada de Nicolás de Caro, y en donde fueron reconocidos como herederos del mismo los menores Gustavo y Horacio Caro en su calidad de hijos naturales".

El juez de primera instancia, porque no encontró probados los hechos básicos que alega la demandante para demostrar su carácter de hija na-

tural de Nicolás de Caro, dijo en sentencia de fecha 6 de agosto de 1953:

"No es el caso de hacer las declaraciones solicitadas en el libelo de la demanda. Condénase en las costas a la parte demandante".

La actora no se conformó con esta sentencia y por virtud de apelación, el negocio llegó al conocimiento del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, y surtida la segunda instancia el Tribunal dictó el fallo de fecha 2 de agosto de 1954, en el que principia por examinar la acción incoada y dice que "es la correspondiente a la de filiación natural, por tratarse del reconocimiento de un hijo natural mediante mandamiento judicial y dirigida contra los pretensos herederos legítimos del supuesto padre, por fallecimiento de éste". Agrega que la acción de filiación natural, muerto el presunto padre puede demandarse de sus herederos en calidad de continuadores de la persona del difunto, y dice que por este aspecto la acción intentada por Esperanza Martínez, madre natural de la menor Graciela de Jesús, contra los supuestos herederos de Nicolás de Caro, muerto el 27 de noviembre de 1951, es viable.

"Pero como en todo juicio (dice el sentenciador) deben existir dos partes: demandante y demandada, conocida la parte actora, se pregunta: está acreditada o establecida legítimamente la demandada?

"El apoderado de quien actúa como representante legal de la menor Graciela de Jesús, señaló a los señores Pascual de Caro y Graciela de Caro de Vittorino, mayores y vecinos de Barranquilla, como pretensos herederos legítimos en los bienes de Nicolás de Caro, sin determinar la calidad ni el grado de parentesco con el **de cujus.** No aparece en parte alguna del expediente que los herederos sean asignatarios herederos o continuadores de la persona del fallecido, como tampoco el grado de consanguinidad o afinidad con el mismo, de tal manera que puedan tenerse como legítimos contradictores, a falta del presunto padre, circunstancia necesaria e indispensable para determinar la posición de causahabientes en los demandados, y por lo tanto de la personería sustantiva suficiente y propia de una de las partes.

"Cuando la representación envuelve la calidad misma con que se pretende deducir el derecho al demandado, como en el caso del heredero, trátase entonces de uno de los elementos de la acción, y esa es ya cuestión de fondo que corresponde decidir en la sentencia definitiva' ".

Cita el Tribunal el artículo 443 del Código Judicial, que ordena al juez que halle justificados los hechos que constituyen una excepción perentoria, que debe reconocerla, y fallar el pleito en consonancia con la excepción reconocida, aunque ni se haya alegado ni propuesto, exceptuando la excepción de prescripción que debe siempre proponerse y alegarse.

Anota el sentenciador que es cierto que Pascual de Caro y Graciela de Caro de Vittorino se notificaron personalmente de la demanda y que constituyeron apoderado judicial en el juicio, pero que es también evidente "de evidencia absoluta", que en el proceso no obra ninguna prueba que acredite que los demandados tenían parentesco legítimo con el señor Nicolás de Caro, ni que el juicio de sucesión de éste se hubiera iniciado, ni que los demandados, o uno de ellos hubieren sido declarados herederos, ni aceptado la herencia.

Sobre estas bases razona así el Tribunal:

"De dónde pues, derivan ellos la personería sustantiva como continuadores de la persona del **de cujus,** y por lo tanto para ocupar el puesto de él, como parte, en el presente juicio de filiación natural?

"Si el heredero es legítimo contradictor en defecto del padre natural, esa calidad de causahabiente tiene que estar plenamente demostrada en el juicio para que el fallador pueda hacer la respectiva declaración, en caso de llegarse a tal extremo. Si eso no se demostrare, faltaría el elemento en quien radica el derecho que de él se demanda o pretende deducirse, es decir, haría falta la personería sustantiva en la parte demandada, lo cual constituye excepción perentoria, que el sentenciador debe reconocer ante el artículo 443 transcrito ... ...

"...no basta que los demandados a quienes se señala como legítimos contradictores, se notifiquen de la demanda y nada digan sobre este particular, sino que es de la esencia de la acción de filiación natural que se demuestre y compruebe que en ellos radican derechos y obligaciones del **de cujus** para ocupar el lugar de éste en juicio de esta naturaleza como legítimos contradictores.

"Además, como se persigue con la declaratoria de hijo natural el reconocimiento del derecho de heredar patrimonialmente al supuesto padre, según el texto del libelo de demanda, es tanto más necesaria la demostración de que los demandados en realidad aceptaron la asignación, máxime cuando se alude a otros hijos naturales, ya reconocidos (petición segunda y hecho sexto).

"Cómo hacer la declaración primera si no existe legítimo contradictor?

"Cómo la segunda, si no se ha probado que Pascual de Caro y Graciela de Caro de Vittorino sean poseedores u ocupantes de los bienes relictos de Nicolás de Caro, a falta de demostración de su calidad de herederos aceptantes del **de cujus?**

Las consideraciones que preceden llevaron al Tribunal a desatar el negocio así:

"...Reconócese la existencia de la excepción perentoria consistente en que no se acreditó la personería sustantiva de la parte demandada, siendo por lo tanto ilegítima.

"En tal virtud es el caso de no hacer las declaraciones pedidas y en consecuencia se absuelve a los demandados. Condénase en costas al apelante".

La parte actora interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, recurso que procede la Corte a resolver, pues se han cumplido las ritualidades de la ley.

El recurrente en su demanda acusa la sentencia del Tribunal basándose en "la causal prevista en el numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial" y formula un único cargo, concebido así:

"Acuso la sentencia pronunciada por el H. Tribunal de Santa Marta, el 2 de agosto de 1954, por ser ella violatoria de la ley sustantiva por infracción directa, ya que al reconocer la existencia de la excepción perentoria consistente en que no se acreditó la personería sustantiva de la parte demandada, se violó el precepto sustantivo, si los hay, del artículo 455 del C. J. que estatuye que el juez que conoce de un juicio y que antes de decidir sobre lo principal observe que existe alguna causal de nulidad, manda ponerla en conocimiento de las partes por medio de auto que se notifica personalmente.

"Ahora bien, de los autos se halla ausente ese conocimiento que el Tribunal ha debido dar a las partes antes de decidir sobre lo principal de esta controversia, y al ocurrir el sentenciador en esa omisión, además de violar directamente el principio constitucional de que nadie podrá ser juzgado sino... y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio, violó indirectamente y por falta de aplicación al caso de autos el artículo 455 del C. J. que regula la facultad de poner en conocimiento de las partes las causales de nulidad que observen los funcionarios judiciales, antes de decidir sobre lo principal del negocio".

Se considera:

En la primera parte del cargo se acusa la sentencia por violación directa del artículo 455 del Código Judicial, precepto de carácter sustantivo, según el recurrente y en la segunda parte afirma la demanda que el sentenciador violó indirectamente y por falta de aplicación el mismo artículo 455.

Del contexto del cargo se deduce que el recurrente acusa la sentencia por violación directa, por falta de aplicación del artículo 455 del Código Judicial, en razón de que no aparece en el expediente que el juez hubiera puesto en conocimiento de las partes la causal de nulidad que, para el recurrente, existe en el juicio por ilegitimidad de personería en la parte demandada.

Pero en el supuesto de que realmente pudiera alegarse una nulidad en el procedimiento, el cargo está mal formulado porque no encaja dentro de la causal primera del artículo 520 del Código Judicial; ha debido invocarse el motixo sexto del mismo artículo. Pero es que ni aún dentro de la causal sexta de casación cabría la acusación de la sentencia, porque en el caso en estudio no se trata de una nulidad en el procedimiento de las que pueden ser materia de la casación, en conformidad con la ley. Simplemente lo que ocurre es que no existe parte demandada, pues no se acreditó que Pascual de Caro y Graciela de Caro de Vittorino sean herederos de Nicolás de Caro ni que tengan vínculos de parentesco con dicho señor.

Es bien sabido que para que se pueda estructurar la acción se requiere, como condición indispensable, que exista la legitimación en la causa que consiste "en la identidad del actor con la persona a quien la ley concede la acción instaurada (legitimación activa) y la identidad del demandado con la persona contra quien es concedida la acción (legitimación pasiva). De tal manera que la legitimación en la causa es cuestión atinente a la titularidad del derecho de acción o de contradicción".

"La **legitimatio ad causam** es cosa bien distinta de la **legitimatio ad procesum:** aquella es un elemento estructural de la acción ejercitada en cada caso, mientras que la última es un presupuesto procesal que consiste en la capacidad para estar en ejercicio por sí mismo o por medio de otros; la primera es requisito necesario para obtener sentencia favorable, mientras que la última es condición previa indispensable para que el juez pueda fallar en el fondo el negocio, en sentido favorable o desfavorable. La legitimación **ad causam** es cuestión de fondo **(merita cause)** mientras que la **legitimatio ad procesum** es cuestión

de rito". (Casación de 19 de agosto de 1954, G. J. Nº 2145 — 351).

"Por consiguiente, cuando fallecido el presunto padre natural, se ejercitan conjuntamente la acción de estado civil y la acción de petición de herencia, la condición de herederos en los demandados no es entonces una cuestión atinente a la capacidad procesal, como en algunos fallos de la Corte se ha considerado erradamente. No se trata entonces de un presupuesto procesal sino de uno de los elementos estructurales de la acción". (G. J. Nº 2145, pág. 345).

En el presente caso se han señalado como demandados a quienes se dice que son herederos de Nicolás de Caro, pero como tal calidad no se demostró, resulta entonces que no está acreditado uno de los elementos estructurales de la acción; vale decir, no existe parte demandada.

Sin hacer mención del artículo 343 del Código Judicial al Tribunal le habría bastado absolver, como lo hizo, pues no se contempla propiamente el caso de una excepción perentoria, sino la ausencia de uno de los elementos estructurales de la acción, o sea, la falta de legitimación pasiva en la causa.

El recurrente no se refiere para nada a este aspecto fundamental de la sentencia, sino que alega una nulidad procesal, partiendo de la base, equivocadamente, desde luego, de que la legitimación en la causa de la parte demandada está suficientemente acreditada, lo cual no es cierto.

Lo dicho es suficiente para rechazar el cargo.

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 agosto de 1954 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, dictada en el juicio de Esperanza Martínez contra Pascual de Caro y otra.

Cópiese, notifíquese, publíquese e insértese en la Gaceta Judicial y vuelva el expediente al Tribunal de origen.

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

ACCION DE DISOLUCION Y LIQUIDACION DE UNA SOCIEDAD DE HECHO

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

(Magistrado Ponente Dr. Ignacio Gómez Posse)

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte actora en el juicio, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá fechada el 26 de agosto de 1954.

Antecedentes:

El señor Luis Felipe Ruiz, por medio de apoderado demandó a la sucesión de Marco A. Ruiz para que se hicieran las declaraciones principales que, para abreviar, el Tribunal sintetiza así:

"La primera implica el ejercicio de la acción de dominio por parte del actor, quien pretende la reivindicación de los bienes muebles que constituyen "un almacén de abarrotes y mercancías localizado en el inmueble distinguido con los números 17-10, 17-14 y 17-16 de la calle 3ª de la población de Pacho" y alinderado éste como se expresa en la petición primera del libelo, debiendo declararse previamente que el demandante es el propietario de dicho almacén.

"Mediante la segunda petición, formulada como subsidiaria de la anterior, el actor ejercita la acción de nulidad de un contrato de sociedad de hecho, que, respecto del almacén o establecimiento comercial antes mencionado, dice haber celebrado con Marco A. Ruiz, causante de la sucesión demandada. (Petición 2ª del libelo).

"La tercera, contenida en el ordinal 6º del libelo, tiende a obtener la declaratoria de existencia entre el demandante Luis F. Ruiz, y el causante de la sucesión demandada, Marco Antonio Ruiz, de un contrato de sociedad de hecho para la explotación del establecimiento comercial determinado en la petición primera, y, como consecuencia de ello y de la muerte de Marco Antonio Ruiz, a obtener la disolución y liquidación de esa sociedad de hecho.

"En los hemos (sic) que menciona la demanda fundamenta el actor su derecho a las peticiones en ella contenidas, e invoca las disposiciones legales aplicables en su concepto al caso materia de la controversia propuesta. Tales hechos pueden sintetizarse así:

"Que hasta el 1º de enero de 1950 el demandante Luis Felipe Ruiz R. se hallaba poseyendo —como dueño— el almacén que ha sido objeto de su demanda, y en esa fecha, por razones de salud y de otros negocios hizo con su hermano Marco Antonio Ruiz R., un arreglo verbal para que éste se hiciera cargo del citado almacén de abarrotes y mercancías "bajo una especie de compañía colectiva comercial de hecho" para lo cual el primero hizo al segundo entrega bajo inventario, el cual ascendió a $ 18.467.49, valor que venía a ser el aporte del demandante en la sociedad. Que Marco Antonio Ruiz cancelaría los créditos pendientes por $ 6.500.00 lo cual sería su aporte en dinero, y sería además, de aquella fecha en adelante socio industrial como administrador del almacén. Agrega el demandante que se pactó lo relativo al reparto de utilidades; que todo lo concerniente al manejo y giro del negocio quedó a cargo de Marco Antonio Ruiz. Finalmente que el arrendamiento del local ocupado por el negocio y perteneciente al demandante, sería de $ 150.00 mensuales.

"El anterior convenio no se elevó a escritura pública ni sobre él se suscribió documento privado alguno.

"Desde el 1º de enero de 1950, Marco Antonio Ruiz R. tuvo la posesión y administración del mencionado establecimiento, hasta el día 28 de diciembre de 1951, en que falleció en ésta ciudad" (Pacho).

"Desde el 28 de diciembre de 1951, hasta el 25 de septiembre de 1952 en que se verificó el secuestro del referido almacén, estaba en posesión de éste la sucesión de Marco Antonio Ruiz R., representada por su cónyuge Eufemia Rozo y sus herederos Alvaro, Cecilia, Inés y Amalia Ruiz Rozo".

Las sentencias de instancia:

El Juzgado a-quo absolvió a la parte demandada de los cargos que le fueron propuestos e hizo las declaraciones consecuenciales; este fallo fue confirmado por el Tribunal.

Los falladores no encontraron elementos de

juicio que fundamentaran probatoriamente las varias peticiones formuladas en la demanda; y en ausencia de esas demostraciones hubieron de llegar a las providencias absolutorias.

La Casación.

En forma sintética el recurrente formula dos cargos contra la sentencia, por la causal primera del art. 520 del C. J.

Dice el primer cargo: "Se acusa la sentencia por error de hecho evidente por la no apreciación de la prueba de la confesión y otros documentos que obran en autos que trajo como consecuencia el error de derecho por violación de los artículos 594. 604, 606, 662, 663 y 596 del C. C."

Dice el recurrente que si la prueba aportada al debate se toma aisladamente "es probable que no pueda tenerse la certeza sobre la existencia o fundamento de los hechos que sirvieron de base a la demanda; pero si estos medios de prueba se toman conjuntamente en perfecta unidad y armonía ya que todos ellos hacen relación concreta, precisa, y en consonancia con la verdad de la existencia de la sociedad de hecho, se llega a la conclusión de que la acción propuesta tiene pleno respaldo probatorio en el juicio".

Y que, como no se interpretaron y aplicaron los preceptos citados, no se aplicaron los arts. 2.083 y 475 de los Códigos Civil y de Comercio. Que por esto el Tribunal cometió error de hecho en la apreciación de la prueba por no haberla tenido en cuenta, cometiendo además error de derecho con violación de las normas anotadas.

La Corte considera:

El recurrente al comentar la sentencia objeto del recurso pretende deducir que existe prueba completa de la existencia de la sociedad de hecho entre los hermanos Luis Felipe y Marco Antonio Ruiz, porque Alvaro Ruiz Rozo hijo del causante Marco Antonio Ruiz, al absolver posiciones manifestó que era cierto que obrando en su propio nombre y autorizado por la cónyuge sobreviviente y por todos los demás herederos suscribió con Juan José Rozo un convenio fechado el 3 de enero de 1952, en el cual se estipuló que la compañía de hecho existente entre Luis Felipe y Marco Antonio Ruiz, sobre el almacén que se ha cuestionado en el juicio sería liquidado bajo la intervención de Manuel Alfredo Ruiz. Pero olvida el recurrente varias circunstancias:

1ª) Que el tal convenio, que se afirma obra en el juicio, es una carta dirigida por Luis F. Ruiz a Manuel Alfredo Ruiz en que lo autoriza para el arreglo de cuentas pendientes respecto a la compañía de hecho que dice existió con su hermano Marco Antonio. Al pie de esa carta aparece el nombre de "Alvaro Ruiz R." en máquina, sin que se vea ni pueda deducirse de ello donde se encuentra la confesión de existencia de la sociedad de hecho aludida.

2ª) Olvida el recurrente que en la misma absolución de posiciones Alvaro Ruiz Rozo niega enfáticamente que entre su padre Marco Antonio Ruiz y el actor Luis Felipe Ruiz se hubiera celebrado una sociedad de hecho, verbalmente estipulada sobre el aludido almacén.

3ª) Se desconoce el hecho de que los demás demandados en absolución de posiciones no solamente niegan la existencia de esa sociedad sino que afirman que Alvaro Ruiz Rozo no estaba autorizado por ellos para entrar en convenio alguno con don Luis Felipe. Ni puede deducirse la tal confesión de una pregunta ambigua formulada en posiciones cuando los absolventes manifestaron que no era cierto que le hubieran reconocido participación a Luis Felipe Ruiz; de ello pretende el recurrente deducir la existencia de la sociedad.

Se ha dejado expuesto lo anterior únicamente para relievar la inoperancia del cargo, que bien le hubiera sido suficiente a la Corte para rechazarlo al declarar que el fallador de instancia tiene amplitud de criterio para apreciar el mérito de las pruebas y que en casación esa apreciación no puede ser atacada sino cuando se demuestre de manera fehaciente el error de hecho manifiesto o el error de derecho en la apreciación de las pruebas, lo que por ninguna parte aparece del cargo que se ha examinado. Consecuencialmente se rechaza.

Segundo cargo

"Acuso el fallo —dice el recurrente— por violación de la ley sustantiva, consistente, en la no aplicación de los artículos 762, 763, 946 y 947 del C. C."

El cargo presentado con absoluta falta de técnica lo fundamenta el recurrente así: "Dado por sentado que la prueba aportada al debate debe ser considerada como suficiente para que la acción incoada resulte próspera, la aplicación de los preceptos citados que dicen relación, los dos primeros al hecho de la posesión y los dos últimos al derecho que el actor tiene para reivindicar debe concluírse que la no aplicación de tales disposiciones legales vino a solucionar el juicio

en forma desfavorable a las pretensiones del actor, pues en caso contrario el fallo hubiera sido favorable".

La Corte considera:

La presentación de esta fundamentación por sí sola demuestra la ineficacia del cargo. Se ha dicho que la prueba aportada al debate la estimó el fallador como inoperante para la viabilidad de las acciones y que esa apreciación no puede ser rechazada en casación. Consecuencialmente este segundo cargo se rechaza.

En mérito de lo 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.

Cópiese, notifíquese públíquese e insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el negocio al Tribunal de su origen..

Ignacio Gómez Posse — Agustín Gómez Prada Luis Felipe Latorre U. — José Joaquín Rodríguez. Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

EN LA ESTRUCTURACION DE LA ACCION LO QUE IMPORTA SON LOS HECHOS

La ley no es sino ordenamiento abstracto, en espera de que el hombre lo actualice, por medio de su voluntad externa, haciéndole producir un sinnúmero de situaciones concretas y palpitantes. Son los hechos, por tanto, la fuerza creadora de tales situaciones; pero éstas no podrían producirse jamás sin la norma preconstituída que las contemple en abstracto. Por lo mismo, si la norma existe y si sobre ella operan los hechos, ya desde este instante quedan para siempre señalados en el derecho; y si luego al impetrar el agente la tutela jurisdiccional para su interés así constituído, en vez de señalar esa regla, señala otra, con ello no trastorna ni destruye los hechos ya realizados, ni los efectos jurídicos de esos hechos, producidos concretamente en el ámbito de esa norma. Lo que logran los hechos incontrastables no lo aniquila una cita errada de la ley. Por ello la doctrina confía más en los hechos, como factor indicador de las disposiciones legales, que en el juicio del agente, sujeto a confusiones y yerros.

Se comprende, por consiguiente, que la tarea de precisar el texto legal que estructura una acción, sea, primordialmente, del Juez, porque él representa al Estado en la tarea de juzgar, que es función del Estado. y se infiere, igualmente, la poca importancia que en la instancia tiene que el litigante indique la norma, como origen y asiento de la acción, y la intrascendencia de errar en la indicación: "Jura Novit Curia". En este sentido la doctrina y la jurisprudencia han sido uniforme y constantemente reiteradas.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil B) Bogotá, abril trece de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.)

La Corte resuelve sobre el recurso de casación interpuesto por la parte opositora - demandante contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, de fecha 2 de noviembre de 1954, en juicio de pertenencia promovido por Regina Castro v. de Restrepo contra los comuneros del fundo denominado "Brisuelas", ubicado en el Corregimiento de "Santa Elena", del Municipio de Cerrito, Departamento del Valle.

CAPITULO PRIMERO

Los Antecedentes

1º—Regina Castro v. de Restrepo impetró del Juez Civil del Circuito de Buga, la declaración de pertenencia del dominio sobre un lote de terreno que hace parte de la comunidad de "Brisuelas", ubicada en el corregimiento y el Municipio expresados. El fundo de la acción está alinderado así: "Norte, con la quebrada de la Honda; Sur, camino que conduce al Paraíso; Occidente, carretera pública y terrenos de la Providencia, y por el oriente, con propiedad de Israel García Rodríguez".

2—Invoca la actora el hecho de la posesión, por el tiempo y con los requisitos de la ley, para configurar la usucapión, y los artículos 1º, 2º y 3º de la ley 51 de 1943.

3—Demanda a los copartícipes de la nombrada Comunidad de "Brisuelas" y a todos los que se crean con interés en el inmueble cuya declaración de pertenencia solicita.

4.—Hechos los emplazamientos ordenados por el artículo 7º de la ley 120 de 1928, se opusieron a la demanda Teófilo López y Aquilina López v. de González, alegando su calidad de aparceros de la comunidad dicha y el hecho de no tener la demandante la calidad de comunera del indiviso de "Brisuelas", razón por la cual carece de personería sustantiva para pedir la declaración de dominio en relación con la extensión territorial especificada.

5—La sentencia de primera instancia, de fecha 2 de febrero de 1952, hizo la declaración de haber adquirido la peticionaria-demandada por usucapión extraordinaria, la propiedad del inmueble en referencia.

6—Apelado el fallo por los opositores-demandantes y surtida la instancia, el Tribunal desató el litigio confirmando la sentencia de primer grado, contra la cual interpusieron el recurso de casación los opositores.

El recurso fue admitido, fundado en tiempo y replicado por el señor Procurador Delegado en lo Civil.

CAPITULO SEGUNDO

La Casación - Causales y Cargos

Se formulan, con poca sujeción a la técnica de la casación, los siguientes cargos:

I—De incongruencia (causal 2ª), por cuanto habiendo pedido la declaración de pertenencia con apoyo en los artículos 1º y 2º de la ley 51 de 1943, se hizo la declaración con base en la ley 120 de 1928.

II—De violación del artículo 593 del C. J. (causal 1ª), por no haberse fundado "en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa".

III—De interpretación errónea de la demanda (causal 1ª), al cambiar la acción deducida, base de la litis; y por errónea apreciación de la prueba, al atribuír a los títulos presentados por la peticionaria conexión con la materia discutida.

Cargos primero y segundo

Por tratarse sustancialmente de un mismo cargo se trata a la vez de los dos formulados.

La sentencia considera que la acción incoada es la que consagra la ley 120 de 1928, o sea la que tiene toda persona que ha poseído un bien, por el tiempo y en las condiciones que constituyen la usucapión, para que se haga a su favor la declaración de propiedad. La sentencia lo considera así, no obstante que la demanda invoca los artículos 1º y 2º de la ley 51 de 1943, que consagran la acción petitoria de dominio, a favor de los condóminos, por haber usucapido la totalidad o parte de la cosa común, en este último caso, además, con efectos divisorios, según el artículo 2º (V. casación de octubre 31 de 1955. LXXXI. 503).

Mas, la peticionaria, por una parte, no invocó en su libelo el carácter de comunera de "Brisuelas", y por otra, según el fallo, demostró la posesión, de acuerdo con los textos legales que estructuran la prescripción extraordinaria.

Hay, por tanto, una aparente e insustancial falta de relación entre el derecho y el hecho invocados, porque el primero se toma de la ley 51 de 1943, que mira a los comuneros que han consumado una usucapión sobre la cosa común; y el segundo, de la ley 120 de 1928, que mira a todo aquel que haya prescrito un bien, sin tener la calidad de comunero. Una aparente desarmonía, —se repite—, porque, ante todo, son los hechos, esto es, las acciones humanas y los fenómenos objetivos, el factor determinante del derecho.

La ley no es sino ordenamiento abstracto, en espera de que el hombre lo actualice, por medio de su voluntad externa, haciéndole producir un sinnúmero de situaciones concretas y palpitantes. Son los hechos, por tanto, la fuerza creadora de tales situaciones; pero éstas no podrían producirse jamás sin la norma preconstituída que las contemple en abstracto. Por lo mismo, si la norma existe y si sobre ella operan los hechos, ya desde este instante quedan para siempre señalados en el derecho; y si luego, al impetrar el agente la tutela jurisdiccional para su interés así constituído, en vez de señalar esa regla señala otra, con ello no trastorna ni destruye los hechos ya realizados, ni los efectos jurídicos de esos hechos, producidos concretamente en el ámbito de esa norma. Lo que logran los hechos incontrastables no lo aniquila una cita errada de la ley. Por ello la doctrina confía más en los hechos, como factor indicador de las disposiciones legales, que en el juicio del agente, sujeto a confusiones y yerros.

Se comprende, por consiguiente, que la tarea de precisar el texto legal que estructura una acción, sea primordialmente, del juez, porque él representa al Estado en la tarea de juzgar, que es función del Estado. Y se infiere, igualmente, la poca importancia que en la instancia tiene que el litigante indique la norma, como origen y asiento de la acción y la intrascendencia de errar en la indicación "Jura Novit Curia". En este sentido la doctrina y la jurisprudencia han sido uniforme y constantemente reiteradas.

Ahora bien:

Dos hechos básicos alega quien ejerce la acción petitoria de dominio en el caso presente: la posesión del terreno, con los requisitos que configuran la usucapión extraordinaria; y el carácter de poseedor, aislado, sin nexo alguno con la comunidad de "Brisuelas".

Estos hechos están contemplados en la ley 120

de 1928, en concordancia con los preceptos del C. C. sobre posesión y prescripción; al paso que el estatuto del comunero, contenido en la ley 51 de 1943, no los prevé sino en relación con el comunero. Erró la cita la interesada en su libelo inicial. Pero, los hechos cumplidos y probados, en vez de estructurar la acción del copartícipe, configuran la del poseedor, quien sin antecedente alguno en relación con la comunidad, invoca la prescripción extraordinaria. La cita de la peticionaria es errada, pero la de los hechos es segura y cierta, y por ello no hay incongruencia en haber fallado con apoyo en la ley 120 de 1928 y nó en la 51 de 1943.

La cita del artículo 593 del C. J., como apoyo del segundo cargo, no tiene incidencia en el recurso, porque es de orden adjetivo, fuera de que es el mismo cargo de inconsonancia ya estudiado.

Por lo cual no prosperan.

Tercer cargo

Se acusa la sentencia por violación de la ley sustantiva (causal 1ª), a través de la interpretación errónea de la demanda; de estimación errónea de los títulos aducidos por la prescribiente, pues en las inspecciones oculares no se estableció que "sus términos coincidieran con la materia plástica de la prescripción", concurriendo en ello tanto errores de hecho como de derecho.

Basta la enunciación del cargo para verlo ayuno de soporte en casación, y para rechazarlo es suficiente observar que siendo acusación por agravio a la ley, no se dice cuál es la ley agraviada.

El señor Procurador Delegado en lo Civil solicita, con muy buenas razones, el sostenimiento de la sentencia recurrida.

RESOLUCION:

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 dos (2) de noviembre de mil novecientos cincuenta y cuatro (1914), pronunciada por el Tribunal Superior de Buga, en el juicio ordinario seguido por Regina Castro v. de Restrepo contra Comuneros de "Brisuelas".

Costas a cargo del recurrente.

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

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



ACCION DE INDEMNIZACION DE PER JUICIOS OCASIONADOS EN ACCIDENTE DE TRANSITO. — RESPONSABILIDAD CIVIL POR CULPA CONTRACTUAL Y EXTRACONTRUAL O AQUILIANA

1—Si ha debido entenderse que la acción deducida fue por culpa contractual, en el Caso de perjuicios ocasionados a un pasajero, aunque el cargo examinado sea razonable o admisible, la sentencia sería incasable, porque el resultado en fallo de instancia proferido por la Corte sería el mismo del Tribunal situando la cuestión en el terreno de la responsabilidad contractual, ya que daño, perjuicios y culpa, son los mismos y las consecuencias jurídicas para la empresa responsable, quizá más graves.

2—Los artículos 2347 y 2349 del C. C. según el recurrente "no tienen eficacia sino contra los empresarios y amos por los delitos y culpas de sus dependientes y criados, FUERA DE TODO CONTRATO Y NO DENTRO DE ESTOS", tesis inaceptable porque con ella se aseguraría la impunidad o irresponsabilidad de las empresas de transporte, por grave que fuera la falta cometida por los agentes o empleados de ellas, cosa absolutamente inadmisible.

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

Magistrado Ponente Dr. Luis Felipe Latorre U.

Ante el Juez Civil del Circuito de Barranquilla Roberto Noguera Pure y Clara Elena López de Noguera, por medio de apoderado, obrando en su propio nombre y el primero también en el de su hijo menor adulto, Alvaro Noguera López, demandaron a la "Compañía Unida de Buses, S. A." representada por su Gerente Felipe Bassi, para obtener indemnización de perjuicios causados por un accidente automoviliario en el cual el joven Noguera López perdió una pierna.

Como hechos fundamentales de la acción propuesta se invocaron los siguientes, advirtiendo que los cuatro primeros se calcaron en el informe rendido por el **oficial de Correría** (tránsito) M. G. Pardo:

"PRIMERO—Estando de servicio en la calle "Caracas", "Avenida Colombia" en el día de hoy, más o menos a las 10:30 a. m. tuve la necesidad de trasladarme a la carrera Líbano, donde funciona el reloj eléctrico y cuando el agente de servicio de dicho reloj me daba parte, pude observar que el bus Nº 809, de línea Prado-Boston, se acercaba a mayor velocidad y acto seguido se estrellaba contra la acera sur de dicha carrera, en el sector comprendido entre las calles siete de agosto y Caracas. Inmediatamente me trasladé al lugar mencionado y allí pude verificar que el bus Nº 809 transitaba por la izquierda a velocidad excesiva y al pasar por la calle Siete de Agosto, donde hay una especie de ondulación en el pavimento, describió una curva de unos 25 metros y fue a estrellarse contra un poste que hay en dicho lugar y de rebote se llevó de cuajo dos árboles de matarratón, siguientes su curso paralelo a la verja, habiéndole mutilado la pierna derecha al joven Alvaro Noguera López, de 17 años de edad quien iba como pasajero del citado bus.

"SEGUNDO—El bus quedó totalmente destruído en el lugar del accidente, o sea frente a la residencia del señor Antonio Moreno, quien en compañía del señor Carlos Heymann, propietario de la Fábrica de Cepillos "Heca", prestaron los primeros auxilios al joven Noguera López.

"TERCERO—El bus Nº 809 iba conducido por el chofer Simón Hernández, poseedor del pase Nº 97 expedido en el Carmen de Bolívar, dicho chofer se encuentra detenido a órdenes de usted en la Policía Municipal, adjunto al presente informe va el pase Nº 97 del mencionado chofer.

"CUARTO—También pongo de presente a Ud. que al pasar el bus Nº 809 por la Avenida Colombia, entre las calles 1ª y 2ª del Prado, en viaje de subida, tuve la oportunidad de llamarle la atención al chofer Hernández por el 'ratoneo' que llevaba en ese momento, manifestándole que por qué marchaba tan lentamente si después tenía que correr y si era posible estrellarse como

efectivamente ocurrió en el lugar tantas veces mencionado, por transitar a mayor velocidad.

"Los anteriores hechos los he tomado del parte rendido por el oficial de correría M. G. Pardo al señor Director General de Circulación y Tránsito, pocas horas después del desgraciado accidente, el 3 de julio anterior.

"QUINTO—El bus Nº 809 que sufrió el accidente a que arriba me refiero es de propiedad de la EMPRESA DE TRANSPORTES 'CUDEBUS', o sea COMPAÑIA UNIDA DE BUSES S. A. (CUDEBUS) y su filiación es esta:

"Marca Ford, motor Nº B18-4.472.451, capacidad 26 pasajeros y está matriculado en las Empresas Públicas Municipales de esta ciudad a nombre de COMPAÑIA UNIDA DE BUSES.

"SEXTO—El joven Alvaro Roberto Noguera es hijo legítimo de mis poderdantes, don Roberto Noguera Pure, quien tiene la patria potestad sobre él por ser menor, y de doña Clara Elena López de Noguera, los dos últimos casados entre sí.

"SEPTIMO—COMPAÑIA UNIDA DE BUSES S. A. (CUDEBUS) es una sociedad anónima de este domicilio, constituída por escritura pública número 1128, de 18 de agosto de 1939 de la Notaría Tercera de esta ciudad, y su Gerente es el señor Felipe Bassi".

Como pruebas se adujeron las que a continuación se relacionan:

"Con la demanda el actor presentó los siguientes documentos:

"1.—Partida de bautismo del joven Alvaro Roberto Noguera López;

"2.—Partida de matrimonio de don Roberto Noguera Pure y doña Clara Elena López Noguera;

"3.—Certificado de la Cámara de Comercio de Barranquilla que acredita la existencia legal de la sociedad demandada, así como que el señor Felipe A. Bassi es su Gerente principal;

"4.—Certificado de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla que comprueban (sic) que el bus marca Ford, con placa Nº 809, figura inscrito en los libros de esa entidad como de propiedad de Compañía Unida de Buses (Cudebus);

"5.—Certificado en igual sentido del anterior, expedido por el Secretario General de Circulación y Tránsito de esta ciudad;

"6.—Parte rendido el 3 de julio de 1947 al señor Director General de Circulación y Tránsito por el oficial de Correría M. G. Pardo; y

"7.—Un croquis del accidente a que se refiere el parte anterior, elaborado por el mismo oficial de Correría M. G. Pardo".

Recibido a prueba el negocio, se practicaron las siguientes:

"a) Absolución de posiciones por el señor Felipe Bassi, en su condición de Gerente de la empresa demandada;

"b) Declaraciones rendidas por los señores Víctor Ballestas, Manuel Alfonso Márquez, Luis Ojeda Ariza, Carlos Heymann, Antonio Moreno, Esperanza Ordóñez de Oro, Mario Carrillo Abello y Julio Torres Durán; y

"c) Dictamen pericial rendido por los señores Cristóbal Restrepo y Roberto L. Insignares".

El Juez pronunció fallo condenatorio en los siguientes términos:

"1º—Condénase a la empresa 'COMPAÑIA UNIDA DE BUSES S. A. (CUDEBUS), a pagar las siguientes sumas de dinero como reparación por los daños y perjuicios causados con la infracción así:

"a) A Alvaro Noguera López, representado por su padre el señor Roberto Noguera Pure, la cantidad de diez y siete mil pesos moneda legal así: los perjuicios materiales quince mil pesos ($ 15.000.00) y los perjuicios morales dos mil pesos ($ 2.000.00);

"b) A Roberto Noguera Pure, y a Clara Elena López de Noguera, en su calidad de padre legítimos del menor Alvaro Noguera López, la cantidad de doce mil pesos moneda legal así: los perjuicios materiales diez mil ($ 10.000.00) y los perjuicios morales dos mil ($ 2.000.00).

"2º—Condénase en costas a la parte demandada".

Apelada esta decisión por ambas partes, el Tribunal la modificó el 15 de abril de 1955, así:

"1º—Declárase civilmente responsable a la Sociedad denominada 'COMPAÑIA UNIDA DE BUSES S. A. (CUDEBUS)', domiciliada en esta ciudad, por los perjuicios materiales y morales sufridos por Roberto Noguera Pure, y por los perjuicios morales sufridos por la señora Clara Elena López de Noguera, por razón del accidente de que fue víctima el primero de los nombrados, ocurrido el día 3 de julio de 1947, en esta ciudad.

"2º—Condénase a la COMPAÑIA UNIDA DE BUSES S. A. (CUDEBUS), domiciliada en esta ciudad, a pagar a Alvaro R. Noguera López, Roperto Noguera Pure y Clara Elena López, los perjuicios determinados en el punto anterior, los cuales se regularán mediante el procedimiento

indicado en el artículo 553 del C. J. y con arreglo a las bases que se han dado en la parte motiva.

"3º—En los anteriores términos queda reformada la sentencia materia de la apelación, proferida por el Juzgado Primero Civil de este Circuito con fecha 10 de julio de 1954.

"4º—Sin costas en el recurso".

Contra este fallo recurrió en casación la parte demandada y hoy la Corte procede a considerar y resolver la acusación:

El Recurso

Tres cargos se hacen contra lo resuelto por el Tribunal:

CARGO I

Se hace el reparo de violación del artículo 2341 del Código Civil, por haberse aplicado indebidamente, porque esa norma se refiere al caso de la responsabilidad extracontractual, siendo así que de haber mediado alguna culpa de parte de la empresa demandada, sería contractual en virtud del contrato de transporte entre el joven Noguera López y la sociedad propietaria del bus en que el primero viajaba.

El recurrente contempla este aspecto del asunto para contradecir la tesis del Tribunal de que "Los Tribunales aceptan que en ciertos casos, muy limitados por cierto, debe reconocerse la opción de responsabilidades", y que "pretende injurídicamente el mismo Tribunal que por el hecho de que un menor adulto, 17 años de edad contaba el joven Alvaro Noguera López cuando celebró el contrato de transporte en desarrollo del cual sufrió el accidente, **no puede** celebrar válidamente contrato de tal naturaleza; para admitir que éste es uno de los casos, limitados en que la doctrina acepta la eficacia jurídica del cúmulo de responsabilidades".

No; observa la Corte. Lo que a este respecto dice el Tribunal, es lo siguiente:

"Esto es tanto más exacto cuanto que **la parte demandada** ha sostenido que entre el joven Alvaro Noguera y la empresa demandada, **no pudo celebrarse válidamente un contrato** de transporte, por carecer aquél de capacidad para contratar. En efecto, el Dr. Pacheco Céspedes dice en su interesante alegato de bien probado: 'De conformidad con la disposición contenida en el artículo 1502 del C. C., nuestro: 'Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1º Que sea legalmente capaz... 'La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma y sin el ministerio o la autorización de otra'. El art. 1503, ibidem establece que: 'Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces'. Y el art. 1504, inciso 3º preceptúa que: 'Son también incapaces los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad...' "En este expediente no aparece la prueba de que el menor Alvaro Noguera López (17 años tenía en la época del accidente), hubiera este (sic) habilitado de edad y por consiguiente no tenía capacidad para celebrar contratos y falla también por este aspecto la responsabilidad civil con el contractual. Huelga argumentar que en relación con el contrato de transporte la ley no ha hecho ninguna excepción ni distinción alguna en cuanto a la capacidad para contratar".

"Si el contrato de transporte a que alude el Sr. apoderado de la parte demandada, no pudo celebrarse válidamente por la minoridad de edad del joven Alvaro Noguera López, no puede **alegarse su invalidez** para negar la responsabilidad contractual y para desechar **asimismo** la responsabilidad extracontractual. Este es precisamente uno de los casos en que la doctrina acepta la eficacia jurídica del cúmulo de responsabilidades".

De manera que quien sostuvo en segunda instancia la ineficacia del contrato de transporte y la improcedencia de la acción por culpa contractual, fue **"la parte demandada"**; y ahora, en casación, la misma parte sostiene que la responsabilidad extracontractual deducida carece de fundamento jurídico porque la acción indicada sería la derivada de la culpa contractual, porque "El contrato de cualquier índole que sea, celebrado por un menor adulto que no puede obtener habilitación de edad, por defecto de ella (quien no ha cumplido 18 años, artículo 341 del C. Civil), son relativamente nulos, vale decir produce todos sus efectos como si fuera válido, mientras esa nulidad no sea pronunciada en sentencia que tenga fuerza de cosa juzgada para que las partes contratantes puedan tener derecho a ser restituídas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo (art. 1746 ibídem). Sin este requisito no podía el Tribunal reconocer la invalidez del contrato celebrado entre el menor adulto Alvaro Noguera López y la Compañía Unida de Buses, S. A. y mal podía admitir la doctrina en las mismas circunstancias y en casos similares al planteado en estos autos que pueda existir la pretendida opción (no cúmulo) de respon-

sabilidades. **Existe, pues** el contrato y ha debido, por consiguiente, demandarse responsabilidad contractual y no aquiliana".

Se considera:

En primer lugar salta a la vista la dualidad de criterio con que la parte demandada ha defendido su causa, cosa que patentiza la sinrazón de sus pretensiones, toda vez que para hacerlas valer se sostiene una tesis jurídica en instancia y la contraria en casación.

Además, la demanda no se contrajo precisa o exclusivamente a la responsabilidad extracontractual ni a la contractual, de manera que aun reconociendo el acierto en las alegaciones hechas por el recurrente en el cargo que se examina, y estimándolo fundado, en principio, en cuanto a la improcedencia de la acción por culpa aquiliana, no sería indicada la casación de la sentencia, porque la Corte llegaría a la misma conclusión del Tribunal situando la cuestión en el terreno de la responsabilidad contractual.

En otros términos:

Si ha debido entenderse que la acción deducida fue por culpa contractual, aunque el cargo examinado sea razonable o admisible, la sentencia sería incasable, porque el resultado en fallo de instancia sería el mismo, en ningún caso menos gravoso que la condena pronunciada por el Tribunal, porque daño, perjuicios y culpa, son los mismos y las consecuencias jurídicas para la empresa responsable, quizá más graves.

CARGO II

Se hace consistir en violación de los artículos 2347 y 2349 del C. Civil, por haberse aplicado indebidamente, ya que según el recurrente, esas normas "no tienen eficacia sino contra los empresarios y amos por los delitos y culpas de sus dependientes y criados, **fuera de todo contrato y no dentro de éstos**"; tesis inaceptable porque con ella se aseguraría la impunidad e irresponsabilidad de las empresas de transportes, por grave que fuera la falta cometida por los agentes o empleados de ellas, cosa absolutamente inadmisible.

También se alega que en el presente caso no esté probada la dependencia del chofer que manejaba el bus; que ha podido ser chofer de otro o ser un extraño que se había apoderado del vehículo. Alegación ésta baladí e inepta, ya que para contradecir la responsabilidad extracontractual, el recurrente sostuvo atrás que "no podía el Tribunal reconocer la invalidez del contrato celebrado entre el menor adulto Alvaro Noguera López y la Compañía Unida de Buses S. A."... "**Existe, pues el contrato,** y ha debido, por consiguiente, demandarse responsabilidad contractual y no aquiliana".

Y cómo podía haber contrato y responsabilidad contractual si el bus no era de la Compañía prenombrada ni el chofer era un empleado de ella?

Pero hay más: a folios 15 y 15 v. del cuaderno de la Corte, el recurrente agrega:

"Para acreditar la existencia del contrato de transporte basta la lectura de la demanda, en donde lo confiesa el señor apoderado judicial en el hecho primero de ella"; y el propio apoderado de la compañía demandada declara que el Tribunal desacertó al condenar por la acción de responsabilidad extracontractual, "acción improcedente, como lo es la de responsabilidad de una supuesta culpa aquiliana, **habiendo existido** entre las partes **un contrato de transporte de personas**".

De manera que para sostener la existencia del contrato, el bus sí era de la Compañía y el chofer agente o empleado de ella, (no podía ser de otro modo); y para situarse en el terreno de la responsabilidad extracontractual, ni vehículo ni conductor eran de la empresa.

Estas actitudes inconsecuentes del autor de la demanda de casación, carecen de seriedad y contribuyen a debilitar los razonamientos, de por sí frágiles, en que se apoyan los cargos.

Por último, entre las pruebas que obran en autos: matrícula del bus, testimonio del oficial de tránsito, declaraciones de testigos, posiciones, etc. sí hay elementos que acreditan los hechos referentes a la propiedad del vehículo y calidad del conductor.

Por lo expuesto, no se acepta el cargo.

CARGO III

Consiste en sostener que se violaron los artículos 2341, 2347 y 2349 del Código Civil, porque la condena a indemnizar perjuicios no procede sino cuando éstos aparecen probados. Esto, en principio es cierto; pero también lo es que el perjuicio cuya indemnización se pide sí aparece acreditado. El solo hecho, bien demostrado de la pérdida de la pierna derecha que sufrió el joven Noguera, de 17 años, implicó para él una incuestionable disminución de su capacidad productora, para toda la vida y un enorme quebranto moral por todo

concepto, y para sus padres inmensa pena moral y fuertes gastos. Todo esto se deduce en forma concluyente de la gravedad misma del daño. Es absurdo pensar que la lesión sufrida no causó perjuicios ni siquiera a la víctima, ni erogaciones para la curación. Lo increíble es que el abogado de la parte recurrente estampe en su demanda de casación este concepto: "El joven Alvaro Noguera López se encuentra gozando de todos los privilegios de la vida" (folio 14 v.).

Para patentizar la indolencia que revelan estas frases bastaría preguntarle al abogado si él se sentiría gozando de todos los privilegios de la vida, habiéndole arrancado un bus la pierna derecha (Dios lo proteja), en las condiciones impresionantes que relatan los testigos en este juicio.

Lo que no se puede negar es que en el proceso no hay elementos suficientes para hacer una condena por cantidades precisas como la pronunciada por el Juez. Pero la que dictó el Tribunal, en abstracto, para acudir al procedimiento del artículo 553 del Código Judicial, no puede infirmarse porque es legal y justa, y porque contribuye a ponerle freno a la conducta irresponsable y peligrosa de los empresarios y conductores de vehículos automotores, que causan diariamente más víctimas que la peor epidemia.

No es fundado el cargo que se examina.

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 y devuélvase al Tribunal de origen.

Luis Felipe Latorre U — Agustín Gómez Prada. Ignacio Gómez Posse — José Joaquín Rodríguez. Ernesto Melendro Lugo Secretario

EL JUZGADOR DEBE CEÑIRSE EN EL FALLO A LOS HECHOS ENUNCIADOS EN LA DEMANDA. — POSESION NOTORIA DEL ESTADO DE HIJO NATURAL. LA PRUEBA TESTIMONIAL EN RELACION CON ESTA CAUSAL

1—Cuando una demanda en juicio sobre filiación natural se funda en determinada causal, los demás aspectos de las probanzas tendientes a demostrar causales no invocadas por el apoderado de los actores, están fuera de la litis, pues las declaraciones de la sentencia solo pueden y deben fundarse en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, si la existencia y verdad de unos y otros aparecen demostrados, de manera plena y completa, según la ley, por alguno o algunos de los medios probatorios especificados y conocidos con el nombre de pruebas (art. 593 C. J.).

La Corte expresó que "lo que determina el campo del litigio son los hechos fundamentales de la demanda" y que "a los que enuncia y sólo a los que enuncia tiene que ceñirse el fallo" (Cas. agosto 11 de 1911 G. J. XX, 208).

2—El art. 7º de la ley 45 de 1936 estatuye que las reglas de los artículos 398 y 399 del C. C., entre otras, se aplican al caso de filiación natural: el 398 dice que para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba de dicho estado, deberá haber durado diez años continuos por lo menos; y el 399 establece que ella debe acreditarse por un conjunto de testimonios fidedignos, que la establezcan de un modo irrefragable. Además, el art. 6º de la citada ley explica que la posesión aludida 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.

3—Respecto de la fama, en la posesión notoria del estado de hijo natural, cabe anotar, como lo ha dicho la Corte, que "no basta la estimación conceptual de los testigos", sino que debe estar respaldada por hechos. La misma ley establece (art. 6º ley 45) que la fama o concepto de que unos sujetos son hijos de otros no puede deducirse de rumores o consejas propicios al equívoco, sino del "tratamiento" que el padre dé a sus hijos como tales. (G. J. LVI, 206).

4—Testigo es quien relata hechos que ha presenciado y, para que sus dichos merezcan credibilidad, tiene que explicar las condiciones en que observó lo que relata. Todo hecho ocurre en determinadas circunstancias de modo, tiempo y lugar y son tales circunstancias las que el testigo debe referir ante los jueces.

5—La subsistencia, educación y establecimiento de las personas (art. 6º ley 45 de 1936) tiene que explicarse por las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que los deponentes las han presenciado.

6—Es requisito esencial, como lo ha dicho la Corte, por exigencia expresa de la ley, que la posesión notoria del estado de hijo natural haya durado por lo menos diez años continuos. "Así, pues. Si el padre ha tratado y presentado al hijo como tal y le ha prodigado asistencia y ayuda en la vida ordinaria, en su educación y establecimiento, y los hechos correspondientes se encuentran plenamente probados, pero no durante los diez años que exige como mínimo el artículo 398 del Código Civil, no es posible alegar la posesión notoria como prueba del estado civil. Y, por último, para que la prueba se configure, es necesario que el término mínimo de diez años aparezca en forma continua, sin que valga sumar distintos períodos que en total excedan de aquel tiempo" (Cas. abril 7 de 1953, G. J. LXXIV, 596).

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

Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada

El Tribunal Superior de Barranquilla, en sentencia de 9 de mayo del año próximo pasado, declaró: "que Camilo Antonio Polo Noriega y Ma-

rio de Jesús Polo Noriega son hijos naturales del señor Marcial Polo Caballero"; que 'Mario de Jesús Polo Noriega no es partícipe de la herencia dejada por don Marcial Polo Caballero'; que así queda reformada la sentencia de primera instancia; y que "no hay condena en costas".

Ambas partes interpusieron contra dicha sentencia el recurso de casación, pero sólo la parte demandada presentó oportunamente la demanda del caso.

ANTECEDENTES. — Los nombrados Mario de Jesús y Camilo Antonio demandaron en juicio ordinario a Ana María Polo de Seni, para que se les reconociera su condición de hijos naturales de Marcial Polo Caballero. El primero, Mario de Jesús, solicita, además, que se declare que por virtud de esa calidad, es partícipe de la herencia dejada por su difunto padre. Alegaron, al efecto, como causa para que se hiciera el aludido reconocimiento, la posesión notoria de ese estado, pues dicen en la demanda: que fueron bautizados como hijos de Etelvina Noriega; que desde que nacieron hasta el 30 de junio de 1951, fecha en que murió Marcial Polo Caballero, fueron tratados por éste, sin solución de continuidad, como sus hijos naturales, pues proveía a su subsistencia, educación y establecimiento; y que los deudos y amigos y el vecindario en general lo reputaron siempre como padre de los actores, en virtud del tratamiento que como tal les prodigó (fls. 15 y ss. del c. 1º).

El Juzgado Primero Civil del Circuito de Barranquilla, en providencia de 2 de febrero de 1954 declaró que Camilo Antonio es hijo natural de Marcial Polo Caballero, pero no hizo la misma declaración respecto de Mario de Jesús y condenó en costas a la parte demandada (fls. 84 y ss. ibídem).

El Tribunal, en la sentencia recurrida, hizo las declaraciones apuntadas al principio de este fallo.

Como ya quedó advertido, sólo debe estudiarse la demanda de casación interpuesta por la parte demandada, pues el recurso hubo de declararse desierto en cuanto a la parte actora.

Por medio de la demanda se hacen a la sentencia dos cargos, comprendidos dentro de la causal primera del artículo 520 del código judicial.

Sin embargo y, como la Corte encuentra fundado uno de los cargos, no ha de estudiar el otro, según lo previsto en el artículo 538 del código judicial, y se concretará al cargo que sí prospera.

SEGUNDO CARGO — Dos puntos contiene este cargo: el primero referente a las causales invocadas para la declaración de filiación natural, y el segundo relativo a los testimonios mismos, que se estudiarán por separado.

a) En el presente juicio —dice el recurrente— se invocaron y relacionaron como hechos de la demanda únicamente los que se refieren a la posesión notoria del estado civil, o sea, a la causal 5ª del artículo 4º de la ley 45 de 1936. De lo cual se deduce que los hechos que pudieran haberse alegado como constitutivos de cualquiera otra causal "han quedado fuera de la litis y no tienen ninguna incidencia en la sentencia". "No es posible interpretar que la demanda pueda contener motivos diversos a los que originan la posesión notoria del estado civil de hijo natural, y no hay lugar por dichas razones a examinar pruebas diferentes a las que se produjeron en el sentido de acreditar que Marcial Polo Caballero le dio trato de hijos naturales a Camilo y Mario de Jesús Polo Noriega, o Noriega simplemente, en la época que el libelo precisa".

"...las afirmaciones de la demanda se refieren concretamente a la causal 5ª del artículo 4º de la ley mencionada, y no a ninguna otra, de acuerdo con lo previsto en el artículo 593 del C. J. que dice que las pruebas deben referirse a los hechos conducentes de la demanda, de manera que le está prohibido al juzgador salirse del marco de los hechos planteados por el demandante o variar de orientación de las pretensiones propuestas por él".

Se considera:

Es verdad que en la demanda —como el recurrente lo afirma— se invoca una sola causal para las declaraciones que se impetran, o sea la posesión notoria del estado de hijo natural, pues en los hechos sólo se alega que Mario de Jesús y Camilo, desde que nacieron hasta la muerte de Polo Caballero "fueron tratados por éste, sin solución de continuidad, como sus hijos naturales, pues proveía a su subsistencia, educación y establecimiento y que los deudos, amigos y el vecindario lo reputaron como padre de aquéllos en virtud del tratamiento que él les dispensó" (f. 15 y v. del c. 1º). Lo cual se afirma, porque según el artículo 6º de la Ley 45 de 1936, la posesión notoria del estado de hijo natural consiste en dichas circunstancias.

El Tribunal dedica bastantes páginas no sólo a lucubrucaciones doctrinarias sobre la ley 45 de

1936, sino al estudio de la confesión de paternidad y al de diez y ocho testimonios en lo relativo a relaciones sexuales estables.

Tiene razón, pues, el recurrente, en cuanto alega que los demás aspectos de las declaraciones tendientes a demostrar causales de reconocimiento de la paternidad natural no invocadas por el apoderado de los actores, están fuera de la litis, pues las declaraciones sólo pueden y deben fundarse "en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, si la existencia y verdad de unos y otros aparecen demostrados, de manera plena y completa, según la ley, por alguno o algunos de los medios probatorios especificados" y conocidos con el nombre de pruebas (art. 593 del c. j.).

La Corte, en casación de 11 de agosto de 1911 expresó, entre otros conceptos, que "lo que determina el campo del litigio son los hechos fundamentales de la demanda" y que "a los que enuncia y sólo a los que enuncia tiene que ceñirse el fallo" (G. J. tomo XX, números 1015-16 página 208).

Y en sentencia de 27 de septiembre de 1948 dijo que "las providencias judiciales no son discusiones académicas o exposiciones de carácter doctrinario o didáctico y, por consiguiente las doctrinas que en ellas se sustentan o los considerandos jurídicos que en las mismas se hagan sólo deben servir de base para fundar las decisiones de la parte resolutiva, es decir, esas doctrinas y considerandos deben ser tan sólo parte integrante de la motivación del auto o sentencia y nada más" (G. J. tomo LXV, números 2066-67, página 235).

Sin embargo, el cargo no prospera en este punto por dos razones:

La primera, porque el Tribunal no deduce consecuencias jurídicas de esas causales, pues reconoce que no está probada "la confesión inequívoca de paternidad respecto a Camilo Antonio", que tampoco están acreditadas "las relaciones sexuales estables"; y la segunda, porque la única causal que tiene como establecida es la de la posesión notoria del estado civil de hijos naturales, que es la alegada en la demanda.

b) En cuanto a los testimonios mismos dice el recurrente que el Tribunal "incurrió en error de derecho en la apreciación de los testimonios en que se fundó para declarar la filiación natural de los demandantes, que la condujo a infringir los artículos 397, 398 y 399 del código civil y 6º y 7º de la ley 45 de 1936, todo lo cual la determinó a violar los artículos 1º y 4º, numeral 5º, de la ley 45 de 1936, por aplicación indebida".

El Tribunal declaró la filiación de los demandantes, por encontrar demostrada la posesión notoria del estado civil de hijos naturales del señor Marcial Polo Caballero. Pero sucede que tales declaraciones adolecen de dos vicios esenciales, a saber: a todas les falta el elemento indispensable de que recaigan sobre un término de diez años, como lo manda el artículo 398 del código civil (art. 7º de la ley 45 de 1936); y "ninguno de los testigos precisa lo relativo a subsistencia y manutención de los hijos, ni al lapso en que tuvo conocimiento de los hechos que relata y mucho menos afirma que tal conocimiento se extendiera al período que la ley dispone", pues los que dicen la época la circunscriben al momento que indican en su exposición.

El recurrente hace un detenido análisis de los testimonios de Pedro Alvarez, Cristóbal Navarra, Josefa Valverde, Joaquín Colpas, Enrique Quant, Miguel Gutiérrez, Germán Cantillo, Santander Rúa, Nicolás Truyol, Elías Cantillo, Idalio Ojeda, Eduardo Bolaño, Sibila Rúa, Pablo Brochado, Nicolás Barandica y Dolcey Manga, para concluír que el Tribunal "ha reconocido un mérito probatorio que la ley no asigna a tales declaraciones", por lo cual infringió los preceptos citados al principio de este aparte.

Se considera:

El artículo 7º de la Ley 45 de 1936 estatuye que las reglas de los artículos 398 y 399 del código civil, entre otras, se aplican al caso de filiación natural: el 398 dice que para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba de dicho estado, deberá haber durado diez años continuos por lo menos; y el 399 establece que ella debe acreditarse por un conjunto de testimonios fidedignos, que la establezcan de modo irrefragable. Además, el artículo 6º de la citada ley explica que la posesión aludida 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.

El Tribunal acepta estos principios legales sobre posesión notoria (f. 35 y v. del c. 7º), de acuerdo con el recurrente, pero concluye, en desacuerdo con éste, que está plenamente acreditada en el proceso. Para estimarlo así el Tribunal, argumenta en resumen: que afirmaron que don Marcial sostenía y educaba a Camilo Antonio y Mario de Jesús los testigos Silvia Pérez, Francisco Caballero Mejía y Pablo Brochado; que los

testigos Joaquín Colpas, Idalio Ojeda y el Rector de la Escuela Normal de Varones aseguran que el mismo don Marcial sufragaba los gastos de educación de los mentados sujetos; que Germán Cantillo asevera que Polo Caballero sostenía a Mario de Jesús, y Nicolás Barandica que los sostenía a ambos; que casi todos los testigos depusieron en el sentido de que les constaba, por ser vecinos de Palmar de Varela, que en esa población el vecindario consideraba a Camilo y a Mario de Jesús como hijos de don Marcial; y que hay otros testigos que afirman algunos hechos aislados que también son idóneos para configurar la prueba de la posesión notoria del estado civil de hijo natural.

En cuanto a la circunstancia de que la posesión notoria del estado civil de hijos naturales haya tenido la duración mínima de diez años, dice el Tribunal que **"si bien los testigos no afirman durante cuántos años se realizaron esos hechos o el vecindario consideró como hijos naturales de don Marcial a los demandantes,** se desprende con evidencia del texto mismo de esas declaraciones y del conjunto de ellas, que durante más de diez años se dieron las circunstancias que ellos explicaron. Debe recordarse que cuando fallece el señor Marcial Polo Caballero, el hijo menor, Mario de Jesús, tenía más de diez años. La edad de Camilo Antonio era mayor" (subraya la Corte).

Así las cosas, debe examinarse si tiene razón el recurrente al alegar que las pruebas no demuestran la posesión notoria del estado civil, por no cumplir con los requisitos de los artículos 397 a 399 del código civil y 6º y 7º de la ley 45 de 1936, para luego analizarlos siguiendo los razonamientos de la demanda de casación. Al efecto parece lo más conveniente reproducir, en lo esencial, los dichos de los testigos que cita la sentencia y anotar lo necesario del certificado del rector de la escuela normal. No se reproducen tales dichos sino en cuanto contienen algo que puede considerarse como probatorio de la causal alegada, que es, se repite, la posesión notoria del estado civil.

Silvia Pérez: "Me consta que el señor Marcial Polo Caballero trató a Mario de Jesús y a Camilo Polo Noriega como hijos suyos por cuanto les dispensaba ese trato y corría con los gastos que le demandaba su sostenimiento. A Camilo lo tuvo estudiando en un colegio en la población de Santo Tomás... Me consta por haberlo visto que en el pueblo de Palmar de Varela las gentes tuvieron siempre a Mario de Jesús y Camilo como hijos de don Marcial y ellos frecuentaban la casa de éste". Etelvina Noriega vivió tres meses en su casa. El trato que como padre les daba a los actores don Marcial le consta "porque en varias ocasiones me tocó salir con ellos a alguna diligencia y los dejaba en casa de don Marcial". Vio también que don Marcial "le entregaba dinero a la señora Etelvina y en ocasiones se lo enviaba con un señor del Palmar cuyo nombre no recuerdo". Y le consta que el mismo don Marcial sufragaba los gastos de Camilo en el colegio, "porque la señora Etelvina cuando necesitaba dinero para el colegio enviaba al niño por él donde don Marcial" (fls. 22 y vuelto del c. 2).

Pedro Alvarez: "En Palmar de Varela todo el vecindario reputó siempre a Camilo y a Mario como hijos de don Marcial Polo pues éste les dispensaba tal trato" (f. 24 ibídem).

Señora Josefa Valverde: "En Palmar de Varela el vecindario siempre tuvo a Camilo y a Mario de Jesús como hijos del señor Marcial Polo Caballero y como tales se les trataba" (f. 27 ibídem).

Señorita Josefa Valverde: Declara que la madre de Mario de Jesús le pidió que sirviera de madrina del niño y que "nada tuvo que ver en eso el señor Marcial Polo Caballero" (f. 28 ibidem).
Marcial Polo Caballero" (f. 28 ibídem).

Francisco Caballero Mejía, dice: "Por tener vínculo familiar y haber conservado muy buena amistad con don Marcial Polo Caballero, él en varias ocasiones me manifestó que Mario de Jesús y Camilo Polo Noriega eran hijos de él y siempre pensaba darles una buena educación. Además, sé y me consta que don Marcial Polo Caballero sostenía a la subsistencia (sic), educación y todo lo demás a los que he mencionado anteriormente... Por las constantes relaciones que tenía don Marcial Polo Caballero con los señores Mario de Jesús y Camilo Polo Noriega, todo el vecindario de Palmar de Varela sabía que ellos eran hijos de él" (f. 30 ibidem).

A Joaquín Colpas le dijo don Marcial en varias ocasiones que Mario de Jesús y Camilo eran hijos de él "y a la vez me manifestaba que deseaba darles buena educación a fin de que ellos se defendieran mejor de la vida". En Palmar de Varela, de donde era o es vecino el declarante, reputan a los demandantes como hijos de Polo Caballero (f. 31 ibidem). A Enrique Quant le consta que Camilo "le decía a don Marcial papá" (f. 31 v. ibidem).

Miguel Gutiérrez, afirma que "por haber sido trabajador de don Marcial Polo Caballero, él cuando llegaba de esta ciudad (Barranquilla, aclara la Corte) me ordenaba como empleado de

él que le llamara a sus hijos Mario de Jesús y Camilo Polo Noriega". En el vecindario reputaban a los actores como hijos del citado Polo Caballero (f. 32 ibidem).

Germán Cantillo: "Yo sé que ellos (don Marcial y Etelvina, aclara la Corte) mantuvieron relaciones amorosas... Por haber sido buen amigo de don Marcial Polo Caballero él en varias ocasiones en presencia de mí le suministró dinero a Mario de Jesús Polo Noriega en su carácter de padre y a Camilo Polo Noriega en varias ocasiones en presencia de mí se saludaron, el uno como padre y el otro como hijo". En fin, en el vecindario reputaban a los demandantes como hijos de don Marcial (f. 32 v. ibidem).

Santander Rúa ha oído decir que los actores son hijos del finado Marcial Polo Caballero, pero ha estado ausente de Palmar de Varela (f. 33 v. ibidem).

A Nicolás Truyol le consta que don Marcial "reconoció como hijos a Mario de Jesús y Camilo Polo Noriega y que en el vecindario se les tenía como tales, lo cual le consta por haberles tenido mucha estimación" (f. 34 ibidem.)

Elías Cantillo dice "que en una ocasión le dijo don Marcial Polo Caballero al señor Camilo: 'Mijo, cómo es posible que usted juegue $ 10.00 en gallos?' Y que en Palmar de Varela consideran a Mario de Jesús y Camilo como hijos de Polo Caballero (f. 35 ibidem).

Idalio Ojeda supo por boca de Camilo Polo Noriega, por ser su condiscípulo, que don Marcial le pagaba el colegio: "yo ví —agrega— que don Marcial le pagaba el colegio. Sobre Mario de Jesús Polo Noriega le diré que en varias ocasiones le oí decir a don Marcial que le llamaran a su hijo y que él le decía papá... Es voz general en Palmar de Varela —concluye que Mario de Jesús y Camilo Polo Noriega son tildados como hijos de don Marcial Polo Caballero" (f. 36 ibidem.

Pedro Julio Manotas P. declara: "Sé y me consta que existieron relaciones amorosas que degeneraron (sic) en tener familia.... Como yo visitaba continuamente a don Marcial Polo Caballero, sé y me consta que él mandaba a llamar a sus hijos Jesús y a Camilo Polo Noriega, para darles las órdenes correspondientes y delante de mí los trataba como a sus hijos y ellos lo respetaban como a su padre que era realmente de él... Por ser vecino de Palmar de Varela sé y me consta y a todo el pueblo le consta que todo el mundo sabe que Mario de Jesús y Camilo Polo Noriega son hijos de don Marcial Polo Caballero" (f. 36 v. ibidem).

Eduardo Bolaño dice: "siendo yo chofer de don Marcial Polo Caballero en cierta época, los señores Mario de Jesús y Camilo Polo Noriega iban a la casa de don Marcial y él los trataba como a sus hijos... En Palmar de Varela era voz general que Mario de Jesús y Camilo Polo Noriega eran hijos de don Marcial Polo Caballero" (f. 37 ibidem).

Sibila Rúa sabe que don Marcial y la Noriega "tuvieron algunos hijos, ya que yo fuí —dice— la comadrona de los niños que la señora Etelvina tuvo". Por ser don Marcial su compadre queridísimo le consta que éste trató siempre a los demandantes como sus hijos y le consta, además, que en el vecindario saben que los mismos son hijos de Polo Caballero (f. 38 ibidem).

Pablo Brochado sabe que Polo y la Noriega "tuvieron amores"; como empleado del primero "sé y me consta" que trataba a los actores "como hijos de él, dándoles educación y subsistencia"; y por ser vecino de Palmar de Varela también sabe y le consta que el vecindario reputa a los mentados sujetos "como hijos de él" (Polo Caballero). (f. 38 v. ibidem).

Nicolás Barandica sabe y le consta que ellos (Polo y la Noriega) "mantuvieron relaciones amorosas"; sabe y le consta por ser ahijado de don Marcial que éste sostenía a Mario de Jesús y a Camilo Polo Noriega "suministrándoles lo indispensable para el sostenimiento y por haber tenido negocios de leche con la señora Etelvina me dí cuenta más de este asunto"; y también sabe y le consta por ser vecino del lugar que allí eran reputados los aludidos actores como hijos de don Marcial (f. 39 ibidem).

El Rector de la Escuela Normal Superior de la costa atlántica certifica que Mario de Jesús es alumno del plantel desde 1950, que figura en los libros de matrícula como hijo de Marcial Polo Caballero y Etelvina Noriega y que obtuvo que se lo recibieran como interno cuando ya estaba "casi copado el cupo". Este certificado se expidió en 1954 y se refiere a cinco años (f. 7 del c. 5º).

Por último, el doctor Dolcey Manga atestigua que por petición de don Marcial Polo le prestó sus servicios médicos a un niño, cuyo nombre no recuerda (f. 5 del c. 5).

Tales son las pruebas traídas por el Tribunal para deducir la posesión notoria del estado civil de hijos naturales que declara en favor de los demandantes. Debe hacerse ahora la crítica de tales pruebas.

Respecto de la fama cabe anotar, como lo ha

dicho la Corte, que "no basta la estimación conceptual de los testigos", sino que debe estar respaldada por hechos. La misma ley establece que la fama o concepto de que unos sujetos son hijos de otros no puede deducirse de rumores o consejas, propicios al equívoco, sino del "tratamiento" que el padre dé a sus hijos como tales (art. 6º de la ley 45 de 1936, y véase casación de 16 de octubre de 1943, G. J. tomo LVI, números 2001-05, página 206). La fama de que aquí hablan los declarantes es meramente conceptual, sin respaldo en hechos determinados.

En cuanto al contenido de las deposiciones debe observarse que los testigos no relatan hechos determinados ni dan la razón de sus afirmaciones. Testigo es quien relata hechos que ha presenciado y, para que sus dichos merezcan credibilidad, tiene que explicar las condiciones en que observó lo que relata. Todo hecho ocurre en determinadas circunstancias de modo, tiempo y lugar y son tales circunstancias las que el testigo debe referir ante los jueces. El código de procedimiento es por demás explícito y terminante al respecto; lo que sucede es que los funcionarios no cumplen las disposiciones sobre el particular. Aquí no son hechos concretos, sino afirmaciones genéricas las de decir que don Marcial Polo atendía a la subsistencia y educación de los demandantes o que los trataba como sus hijos, lo que no tiene contenido real u objetivo. La subsistencia, educación y establecimiento de las personas tiene que explicarse por las circunstancias apuntadas de modo, tiempo y lugar en que los deponentes la han presenciado. De las pruebas citadas apenas algunas encierran hechos determinados y precisos, pero que no contienen la fuerza demostrativa necesaria para sacar una conclusión como la que aquí se hace indispensable.

Pero admitiendo que de los testimonios analizados se desprenda la posesión alegada, es requisito esencial, como lo ha dicho la Corte, por exigencia expresa de la ley, que esa posesión haya durado por lo menos diez años continuos. "Así, pues, si el padre ha tratado y presentado al hijo como tal y le ha prodigado asistencia y ayuda en la vida ordinaria, en su educación y establecimiento, y los hechos correspondientes se encuentran plenamente probados, pero no durante los diez años que exige como mínimo el artículo 398 del código civil, no es posible alegar la posesión notoria como prueba de estado civil. Y, por último, para que la prueba se configure, es necesario que el término mínimo de diez años aparezca en forma continua, sin que valga sumar distintos períodos que en total exceden de aquel tiempo" (Casación de 7 de abril de 1953, G. J. tomo LXXIV, número 2127, página 596).

Pues bien, ninguno de los declarantes se refiere al tiempo de diez años continuos que la ley exige para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba de dicho estado. Es que ni siquiera el certificado del colegio comprende diez años, sino apenas cinco, y eso respecto de uno sólo de los actores. Decir, como el Tribunal lo afirma, que del texto mismo de las declaraciones y del conjunto de ellas se desprende que "durante más de diez años se dieron las circunstancias que ellos (los testigos) explicaron", es una afirmación conjetural apenas, pues no tiene respaldo procesal, no solo porque los testigos no detallan hechos, como ya se dijo, sino porque ninguno habla de tiempo o duración. La edad de los demandantes no es dato suficiente. Sin olvidar que el propio Tribunal afirma que ha quedado "en la vaguedad u oscuridad la fecha del nacimiento" de Mario de Jesús. Los pocos hechos concretos que algunos testigos relatan aparecen como esporádicos o aislados y en ningún caso como ejecutados de modo habitual, como un "tratamiento" de padre para con sus hijos que durara, de manera continua, por lo menos diez años.

Tiene razón, pues, el recurrente en la crítica que le hace a las pruebas que el Tribunal tuvo en cuenta para dar por acreditada la posesión notoria del estado de hijo natural, pues ellas no reúnen los requisitos que la ley exige en el particular. Prospera, en consecuencia el cargo y la sentencia recurrida debe ser invalidada.

SENTENCIA DE INSTANCIA. — Como la sentencia se casa, es necesario proferir la sentencia de instancia que corresponda.

Del análisis de las pruebas que se ha hecho, es preciso concluír que la causal invocada como base para la declaración de filiación natural, o sea, la posesión notoria del estado de hijos naturales en los actores, no ha sido comprobada en los términos legales, sin que sea necesario repetirlo.

Por tanto, lo procedente es, una vez invalidado el fallo del Tribunal, revocar el de primera instancia y, en cambio, absolver a los demandados de los cargos de la demanda.

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 recurrida, revoca la de primera instancia y en su lugar absuelve a la demandada de los cargos de la demanda.

Sin costas.

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

Agustín Gómez Prada — Ignacio Gómez Posse

Luis Felipe Latorre U. — José Joaquín Rodríguez

Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

ACCION DE RESTITUCION POR CAUSA DE INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO DE COMISION. — NO SE EXONERA EL DEUDOR DE LA RESPONSABILIDAD PROVENIENTE DEL INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO POR LA SOLA DEMOSTRACION DEL CASO FORTUITO, SINO QUE ES NECESARIA LA PRUEBA DE LA AUSENCIA DE CULPA CUANDO HA PODIDO PREVER O EVITAR EL CASO FORTUITO

Reitera la Corte la doctrina contenida, entre otros, en el fallo del 28 de abril de 1951 (LXIX, 555), según el cual: "...los caracteres esenciales de caso fortuito son la imprevisibilidad y la imposibilidad. De consiguiente, se está bajo el dominio de lo fortuito cuando el deudor se imposibilita totalmente para cumplir su obligación por causa de un evento imprevisible. Cuando el acontecimiento es humanamente previsible, por más súbito y arrollador de la voluntad que parezca, no genera el caso fortuito ni la fuerza mayor... Sin duda el deudor puede verse en la imposibilidad de ejecutar la prestación que le corresponde, pero su deber de previsión le permitía evitar encontrarse en semejante situación... Por consiguiente, es racional que el deudor que alegue uno de estos o parecidos acontecimientos, pretendiendo librarse del cumplimiento de su obligación, debe no sólo probar el hecho, sino demostrar también las circunstancias que excluyen la culpa... Por ejemplo, el robo o el hurto son hechos que se pueden prever y evitar con sólo tomar las precauciones que indique la naturaleza de las cosas. No constituye caso fortuito sino probado que no obstante aquellas previsiones fue imposible evitar el suceso".

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

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U.)

Del Tribunal Superior de este Distrito ha llegado en vía de casación el juicio ordinario de Fernando Restrepo contra Juan E. Martínez, con fallo de segunda instancia, confirmatorio del de primera que condenó al demandado a restituir al demandante unas joyas que éste le había dado a aquél, en comisión para la venta. A falta de restitución, debería pagarse la suma de cuarenta y seis mil pesos, con el interés corriente desde el 8 de mayo de 1952 hasta el día del pago de la expresada suma.

La sentencia recurrida hace la siguiente síntesis fiel de los hechos:

"Los señores Fernando Restrepo Vélez y Juan E. Martínez, ambos mayores y de esta vecindad, son negociantes de profesión dedicados habitualmente al corretaje y compraventa de joyas; el 8 de mayo de 1952, Restrepo confió a Martínez para la venta cuatro anillos o "Marquesas" de esmeraldas rodeados de diamantes y una esmeralda suelta de 12,16 kilates por un valor de $ 46.000.00; el comisionista incumplió su obligación de vender las aludidas joyas y de entregar el precio convenido, previa deducción de sus honorarios, al comitente, o en su defecto, de restituírlas oportunamente, dicho incumplimiento lo atribuye el señor Martínez a "fuerza mayor o caso fortuito, que de acuerdo con el artículo 349 del C. de Co. exonera totalmente de responsabilidad a mi poderdante, por hallarse exento de culpa"; la excepción propuesta se funda en que Martínez tenía como cliente para las joyas a un extranjero quien se las pidió para dejarlas en el consulado venezolano a donde se dirigieron juntos; que casi en la puerta y ya con las esmeraldas en su poder, con el pretexto de que había olvidado el pasaporte, emprendió la fuga sin que el comisionista pudiera darle alcance por su avanzada edad; ambas partes convienen en que la honorabilidad del comisionista señor Martínez está fuera de toda duda".

El recurso

El apoderado de la parte demandada acusa la sentencia recurrida como violatoria de los artícu-

los 63, 1730 y 1731 del Código Civil, 349 del de Comercio y 1º de la Ley 95 de 1890, por indebida aplicación, motivada por errores evidentes de hecho y de derecho.

No pormenoriza ni señala con precisión el recurrente los aludidos errores sino que, en general, sostiene que aceptando la calificación acertada que el Tribunal le dio al contrato que vinculaba a las partes: el de comisión para vender, el fallador se equivocó al desconocerle al hurto de que fue víctima el comisionista señor Martínez, la calidad de caso fortuito que lo relevaba de responsabilidad por las joyas perdidas; y, en defensa de sus puntos de vista sostiene que es inaceptable la doctrina de la Corte (Sala de Negocios Generales) sentada en fallo de 31 de agosto de 1942 (G. J. Tomo LIV, pág. 377), aducida por el Tribunal en que se declara que el robo o el hurto no constituyen caso fortuito sino cuando se consuman "por un asalto violento".

En cambio, el recurrente estima que más analogía existe entre el caso actual, en que no medió violencia, y el fallado por la Corte el 27 de noviembre del mismo año (1942) —G. J. Tomo LV, págs. 167 y 168—, en que se reconoció como caso fortuito, relevante de responsabilidad, el hurto, sin asalto violento de que fue víctima un conductor de correos a quien un sujeto le sustrajo unos valores y huyó rápidamente, sin serle posible al conductor recobrarlos.

Se observa:

Aceptado por ambas partes que se trata de las relaciones jurídicas derivadas del contrato de comisión, la norma aplicable es sin duda, el artículo 349 del Código de Comercio, que dice:

"El deterioro o la pérdida de las mercaderías existentes en poder del comisionista no es de su responsabilidad, si ocurriere por caso fortuito, o por vicio inherente a las mismas mercaderías.

"Ocurriendo el deterioro o la pérdida por culpa del comisionista, deberá éste indemnizar cumplidamente a su comitente de todos los daños y perjuicios que le sobrevengan.

"A esta misma responsabilidad quedará sometido el comisionista, cuando el deterioro o la pérdida causada por un caso fortuito, o por vicio propio de la cosa, acaeciere después de haber incurrido en culpa".

El contrato de comisión, la entrega de las joyas al comisionista Martínez, el valor de las mismas, la irrealización de la venta, la falta de devolución de ellas al dueño comitente, el hurto por el sujeto extranjero a quien el comisionista se las entregó, la huída del delincuente y la imposibilidad de Martínez para recobrar las joyas, son hechos que surgen de la confesión del mismo y que el Tribunal no desconoce.

De manera que, por este aspecto, nada hay que discutir ni dilucidar.

La discrepancia radica en la calificación del hecho de la pérdida de las joyas por el acto del supuesto extranjero que se fue con ellas; y si ese hecho es o no caso fortuito, una de cuyas características es el de ser irresistible e imprevisible.

Vale anotar que al decir la Corte, en el fallo de 31 de agosto de 1942, citado por el Tribunal que el robo y el hurto son hechos que se pueden prever y evitar mediante las precauciones del caso, y que "no constituyen caso fortuito sino probando que no obstante aquellas previsiones fue imposible evitar el suceso: **como** cuando se consuman por un **acto** violento", éste lo señala la Corte **enunciativa** y no taxativamente, por vía de ejemplo; "**como** cuando se consuman por un acto violento", lo que no excluye del concepto de caso fortuito, el del apoderamiento subrepticio o sorpresivo como la sustracción de los valores al conductor de correos, en las circunstancias y forma de que da cuenta el fallo pronunciado por la Corte el 27 de noviembre de 1942, sin que en ese caso el conductor de correos hubiera ejecutado por su propia voluntad el acto inverosímil de poner en manos del ratero aquellos valores, como el señor Martínez cometió la imprudencia de entregarle él mismo, al ladrón que representa la farsa de una compra, las joyas que se perdieron.

Vistas las cosas así, a la luz de la realidad de los sucesos, la doctrina jurisprudencial de mejor conducencia para resolver el caso actual, es la siguiente, contenida, entre otros fallos de la Corte, en el de casación de 28 de abril de 1951, Tomo LXIX, pág. 555 de la GACETA JUDICIAL.

"Hay muchos hechos de la naturaleza de los expresados en el artículo 1º de la Ley 95 de 1890 que sustentan por sí mismos los caracteres de lo fortuito y pueden ser obstáculo invencible para el cumplimiento de la obligación. El rayo y el terremoto, por ejemplo, son acontecimientos súbitos, que avasallan el poder del hombre. Es difícil escapar a sus efectos aniquiladores y prever el fenómeno. Pero son raros los casos de esta naturaleza que sean siempre y en todo supuesto causas de irresponsabilidad. El naufragio, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad, propuestos por el artículo citado como ejemplos de casos fortuitos, no son siempre y en todo evento

causas de irresponsabilidad contractual. Eso depende de las circunstancias y del cuidado que haya puesto el deudor para prevenirlos. Si el deudor, a sabiendas, se embarca en una nave averiada, que zozobra y le hace perder lo que debe; si temerariamente se expone a la acción de sus enemigos o comete faltas que lo coloquen a merced de la autoridad; o no toma las medidas adecuadas que hubieran evitado la inundación de su propiedad, sin embargo de que se cumple un acontecimiento por su naturaleza extraño y dominador, no configuraría un caso fortuito liberatorio del deudor. Es que los caracteres esenciales del caso fortuito son la imprevisibilidad y la imposibilidad. De consiguiente, se está bajo el dominio de lo fortuito cuando el deudor se imposibilita totalmente para cumpiir su obligación por causa de un evento imprevisible. Cuando el acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, por más súbito y arrollador de la voluntad que parezca, no genera el caso fortuito ni la fuerza mayor.

"Por ende, en tanto que sea posible prever la realización de un evento susceptible de oponerse a la ejecución del contrato, y que este evento pueda evitarse con mediana diligencia y cuidado, no hay caso fortuito ni fuerza mayor. Sin duda el deudor puede verse en la imposibilidad de ejecutar la prestación que le corresponde, pero su deber de previsión le permitía evitar encontrarse en semejante situación. El incendio, la inundación, el hurto, el robo, la muerte de los animales, el daño de las cosas, etc., son hechos en general previsibles y que por su sola ocurrencia no acreditan el caso fortuito o la fuerza mayor, porque dejan incierto si dependen o no de culpa del deudor. Por consiguiente, es racional que el deudor que alegue uno de estos o parecidos acontecimientos, pretendiendo librarse del cumplimiento de su obligación, debe no sólo probar el hecho, sino demostrar también las circunstancias que excluyen la culpa. Y la presunción de culpa que acompaña a quien no ha ejecutado el contrato, no se destruye por la simple demostración de la causa del incumplimiento cuando el hecho así señalado es de los que el deudor está obligado a prever o impedir. Por ejemplo, el robo o el hurto son hechos que se pueden prever y evitar con sólo tomar las precauciones que indique la naturaleza de las cosas. No constituye caso fortuito sino probando que no obstante aquellas previsiones fue imposible evitar el suceso".

Y en el presente caso, de pérdida de las joyas que estaba vendiendo Martínez, no solamente falta toda prueba de circunstancias que excluyan la culpa, sino que las invocadas como defensa acreditan la imprudencia con que obró al entregar prematura y descuidadamente las joyas a un sujeto desconocido que diciéndose extranjero y vestido como persona decente y adinerada se relacionó con Martínez haciéndose pasar como posible comprador, resultando ser un pillo.

¿Cómo fue posible que Martínez, cuya honradez nadie discute, envejecido en el negocio de joyas, y por añadidura en una ciudad donde el robo y demás delitos contra la propiedad se han generalizado y perfeccionado en forma tan audaz y notoria, hubiera entregado joyas ajenas y de tanto valor, a un sujeto cuya honradez fue presumida ingenuamente por Martínez tan sólo por la buena presentación y el correcto vestido del ladrón, sin recordar que los ladrones en grande andan siempre bien presentados y con todos los modales del hombre honrado y culto?

Por último, siendo ésta una cuestión de hecho, si el Tribunal se hubiera equivocado en su apreciación, el error sería de hecho, pero sin poder decirse que fuera manifiesto o evidente.

Por tanto, la acusación carece de fundamento.

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

Costas a cargo del recurrente.

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

Luis Felipe Latorre U. — Agustín Gómez Prada — Ignacio Gómez Posse — José Joaquín Rodríguez — Ernesto Melendro Lugo, Srio.

TESTAMENTO NUNCUPATIVO ANTE CINCO TESTIGOS—CONDICIONES PARA SU VALIDEZ.—APRECIACION DE LA PRUEBA TESTIMONIAL EN ACCION DE NULIDAD DE UN TESTAMENTO DE ESTA CLASE

1.—Tratándose de establecer si el otorgamiento de un acto testamentario ante cinco testigos se ajustó en la realidad a las exigencias legales, la prueba más adecuada es la declaración formal de esos testigos; de manera que el juez ante quien se discute la validez del testamento, por imputarse la comisión de irregularidades graves que implican el quebrantamiento de requisitos indispensables, debe tener mucho cuidado en el examen y apreciación de los testimonios en referencia, sin hacer caso omiso de ninguna circunstancia relatada y que pueda influir en el esclarecimiento de los hechos controvertidos atinentes a la validez del acto.

2.—Si las graves irregularidades alegadas, fueran denunciadas o expuestas por personas distintas de los testigos actuarios e instrumentales, el aserto de aquéllas podría suscitar duda, en presencia de la afirmación contraria de los últimos. Pero siendo precisamente los testigos que actuaron en el acto de otorgarse el testamento quienes dan a conocer todas aquellas circunstancias irregulares, no pueden someterse a duda y ponen de manifiesto el error del Tribunal que pasó por alto el dicho de los testigos en lo referente a esas irregularidades o defectos.

3.—La falta de concurrencia simultánea de todos los testigos al acto completo del otorgamiento de un testamento, no es una informalidad accidental (en el sentido de leve o sin importancia), sino el incumplimiento de un requisito legal cuya prescindencia constituye una flagrante violación de las disposiciones sustantivas que implica nulidad del testamento (ley 95 de 1890, art. 11).

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

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U.)

Ante el Juez Segundo Civil del Circuito de Pasto Mariana Cuayal Narváez, promovió demanda ordinaria sobre nulidad del testamento de su hermana fallecida Emilia, acto en el cual aparece que ésta instituye como único asignatario a su marido Julio Ruales, quien ha comparecido como demandado.

El Juez de primera instancia pronunció sentencia absolutoria el 14 de enero de 1955, confirmada por el Tribunal en breve fallo del 12 de mayo siguiente, que fue recurrida en casación por la demandante.

Antecedentes

Los hechos en que se apoya la demanda son:

"a) Dos días antes de fallecer doña Emilia Cuayal Narváez de Ruales, según confesión expresa de Julio Ruales, éste fue a casa de Alfredo Ortiz a suplicarle le redacte el testamento en que aparece como testadora la mujer de aquél. Tal testamento no fue presenciado por la extinta ni por los testigos, ni redactado por la señora Emilia Cuayal Narváez de Ruales.

"b) Emilia Cuayal Narváez de Ruales, sí podía leer y escribir; pero el testamento que hizo otorgar Julio Ruales, no tiene la firma de la testadora, ni la rúbrica que acostumbraba.

"d) Tal testamento aparece otorgado el 9 de octubre de 1950, y en él hay esta constancia: 'Dejando constancia que este testamento **me fue leído dos veces**, la una por el testigo señor Nectario Arciniegas y la otra por el testigo señor Hipólito Ruales, cumplida esta formalidad se firma en el lugar y fecha expresada'.

"Como se ve, el testamento le fue leído a la presunta testadora, pero ésta no rogó a ningún testigo que leyese tal testamento; y tal lectura, constituye formalidad esencial en un testamento como el que se trata, y la omisión constituye invalidez o nulidad del testamento, conforme el texto de los artículos 1072, 1074 y 1118 del C C.

"e) Conforme al artículo 11 de la ley 95 de 1890, los testamentos solemnes, abiertos o cerrados, en que se omita cualquiera de las formalidades a que debe respectivamente sujetarse, no tendrá valor alguno; y, como en este caso la formalidad esencial de que **la lectura del testamento no puede hacerse sino por el testigo que designe el testador,** invalida el testamento, el otorgado por Julio Ruales, es inválido o nulo, ya que Emilia Cuayal Narváez, como se dijo, **no designó testigo para que dé lectura a tal testamento** según la constancia del propio testamento.

"Por otro lado, el testamento fue redactado por Julio Ruales y escrito por orden de aquél, por el señor Alfredo Ortiz en casa de éste; por lo tanto, ni fue ordenado por la testadora, ni redactado por ésta, ni los testigos presenciaron el otorgamiento de ese testamento.

"Sobre que el testamento no fue presenciado por los testigos ni redactado por la testadora, así como tampoco escrito por orden suya, lo confiesa el mismo Julio Ruales. Por manera que, tal testamento, no contiene la voluntad que pudo tener la extinta señora Emilia Cuayal Narváez de Ruales; y por lo tanto, el otorgado por el amanuense Alfredo Ortiz, por orden de Julio Ruales, de que se viene tratando, es inválido, o no tiene valor alguno, y es nulo por todos sus aspectos.

"g) Es muy seguro que los señores Nectario Arciniegas M., José María Zambrano, Salomón Legarda, Gonzalo Díaz y J. Hipólito Ruales M. no firmaron en el mismo acto del testamento; ni menos éstos oyeron de boca de Emilia Cuayal Narváez de Ruales, ninguna disposición testamentaria suya, de las que se extendieron en el testamento que mandó protocolizar, declarándolo nuncupativo, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto; y por lo tanto, no se cumplieron los requisitos que prescribe el artículo 1072 del C. C.

"Es de observar que del texto del mismo testamento, se ve que no fue escrito en un solo acto, ante los testigos, ni menos fue obra de la voluntad de Emilia Cuayal Narváez de Ruales, puesto que en él hay esta constancia: 'Tengo en la actualidad unos cuarenta años aproximadamente, casada legalmente con Julio Ruales, vecino del Municipio de Consacá y estando en grave peligro de muerte y **encontrándose** (sic) en mi entero y cabal juicio...'. Como se ve, el testamento indica que está redactándolo la supuesta testadora, porque empieza con el verbo 'tengo', en primera persona de singular del presente de indicativo, y a pocas líneas dice: 'Encontrándose'. Esto revela que tal testamento no fue redactado por la testadora; ni ordenado por ella, y que sus disposiciones testamentarias, no son fruto de la voluntad de la misma causante. De manera que, dicho testamento no contiene la disposición del todo o parte de los bienes de la supuesta testadora, sino que fue obra exclusiva de su marido para beneficio exclusivo suyo. El testamento, pues, adolece de requisitos esenciales tanto en el fondo como en la forma; y la omisión de todos ellos, lo hace inválido, o nulo.

"h) Julio Ruales confiesa que su mujer Emilia Cuayal Narváez de Ruales 'Sí podía leer y escribir'; y en el testamento se deja la constancia siguiente: 'Por la testadora que **no sabe firmar'**. Como se ve, en el testamento se consigna una falsedad notoria, la que de suyo invalida el testamento, cual es la de que Emilia Narváez **'no sabe firmar'**, en tanto que su propio marido declara y confiesa ante juez competente que la citada mujer **'sí podía leer y escribir'**. Luego, tal testamento y sus constancias están demostrando la carencia de requisitos esenciales que lo invalidan, tanto en su fondo, es decir en las disposiciones que contiene como en su forma.

"j) Mi representada, doña Mariana Cuayal Narváez, a petición suya fue reconocida heredera por el Juzgado 1º Civil del Circuito de Pasto, y adelantó el juicio sucesional de la extinta Emilia Cuayal Narváez de Ruales, con sus propios recursos, hasta que se practicaron los inventarios, con la intervención del apoderado de la señora Mariana, que es el suscrito. Pero una vez practicados, se ha presentado Julio Ruales, y con base en el testamento que se acusa, ha pedido se excluya a doña Mariana como parte en dicho juicio, y así lo ha declarado el juzgado".

El demandado contestó así:

"Al 1º—No niego;

"Al 2º—Convengo. Al 3º—Negando el segundo acápite de él, pues según doctrina de la Corte, basta que aparezca la intención del testador para que se reconozca ese acto, como acaba de resolverlo el Juzgado 1º Civil del Circuito y el H. Tribunal en relación con el testamento privado otorgado por el señor Carlos Burbano P. y por lo mismo niego el 4º y el 5º debe demostrarlo el demandante, puesto que el testamento pudo haber sido, siguiendo las instruccionse de la testadora hecho en otro lugar, y que se haya llevado a donde la testadora y se le haya leído para que tenga todo su valor, debe asimismo demostrarse el hecho marcado en la letra g).

"Al h)—Es verdad que la testadora sabía firmar, pero por un error se dijo que firmaba a ruego un testigo por no saberlo hacer, cuando lo que ocurrió es que no podía firmar por impedimento, pero ese hecho no justifica la nulidad y el j) debe ser también demostrado".

El Juez y el Tribunal estimaron que el testamento estaba bien otorgado, que no se había demostrado ninguno de los defectos sustanciales alegados y que "Debe darse prevalencia a la voluntad del testador sobre informalidades accidentales del testamento", que, en el presente caso, los juzgadores de instancia estimaron intachable y válido.

La acusación

Entre otros cargos se le hace al Tribunal el de haber incurrido en errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas y, especialmente por haberse abstenido de apreciar varias respuestas de los testigos, de suma importancia en la demostración de sustanciales deficiencias en el acto de ser otorgado el testamento de que se trata, contentándose con una simple referencia a las declaraciones, en términos que al confrontar ese concepto ligero del Tribunal con el texto de aquéllas, salta a la vista en forma evidente o manifiesta el error que condujo al Tribunal a la violación de los artículos 1072, 1074, 1075 del Código Civil y 11 de la Ley 95 de 1890.

Se observa:

Los artículos 1072, 1074 y 1075 del Código Civil establecen:

1072.—Lo que constituye esencialmente el testamento abierto, es el acto en que el testador hace sabedor de sus disposiciones al notario, si lo hubiere, y a los testigos.

"El testamento será presenciado en todas sus partes por el testador, por un mismo notario, si lo hubiere y por unos mismos testigos".

"1074.—El testamento abierto podrá haberse escrito previamente. Pero sea que el testador lo tenga escrito, o que se escriba en uno o más actos, será todo él leído en alta voz por el notario, si lo hubiere, o a falta de notario, por uno de los testigos designados por el testador a este efecto.

"Mientras el testamento se lee, estará el testador a la vista y las personas cuya presencia es necesaria oirán todo el tenor de sus disposiciones".

"1075.—Termina el acto por las firmas del testador y testigos, y por la del notario si lo hubiere. Si el testador no supiere o no pudiere firmar, se mencionará en el testamento esta circunstancia expresando la causa.

"Si se hallare alguno de los testigos en el mismo caso, otro de ellos firmará por él, y a ruego suyo, expresándolo así".

Tratándose de establecer, como en el presente caso, si el otorgamiento de un acto testamentario ante cinco testigos, se ajustó en la realidad a las exigencias legales, la prueba más adecuada es la declaración formal de esos testigos; de manera que el Juez ante quien se discute la validez del testamento, por imputarse la comisión de irreguridades graves que implican el quebrantamiento de requisitos indispensables, debe tener mucho cuidado en el examen y apreciación de los testimonios en referencia, sin hacer caso omiso de ninguna circunstancia relatada y que pueda influir en el esclarecimiento de los hechos controvertidos atinentes a la validez del acto **sub judice.**

Ahora bien, todo lo que sobre esa prueba testimonial, de suma importancia, ofrece como estudio o examen la sentencia recurrida, es el siguiente brevísimo pasaje:

"Los testigos instrumentales Hipólito Ruales, José María Zambrano, Gonzalo Díaz, Nectario Arciniegas y Salomón Legarda, han declarado en estos autos y todos concuerdan en que el testamento no fue escrito ni redactado por la testadora, porque cuando ellos asistieron al otorgamiento ya lo habían hecho escribir con Alfredo Ortiz R., que fue leído en alta voz por el testigo Hipólito Ruales ante todos los testigos y en presencia de la disponente, quien le impartió su aceptación. Igualmente están acordes en que Emilia de Ruales gozaba de sus facultades mentales y que le rogó a José García P. que firmara por ella, debido a imposibilidad física.

"Los cargos formulados por el demandante se reducen a que el testamento no fue redactado, ni leído por la testadora, ni autorizada por ella su redacción y lectura, que no se otorgó en un solo acto, que no fue firmado a ruego de la otorgante y que se expresó con un simple sí la aceptación.

"La mayor parte de estos cargos se encuentran desvirtuados con las declaraciones de los testigos actuarios, los demás no aparecen demostrados debidamente en los autos".

Pero el recurrente hace el siguiente extracto

de las declaraciones, cuya fidelidad ha verificado la Corte:

"**José María Zambrano.**—El testigo José María Zambrano, a folios 14 del c. 2º, con fecha 24 de septiembre de 1951, declara: 'Es verdad que en la fecha que se me pregunta, me rogó don Julio Ruales de que fuera a la casa para que le sirva de testigo, para leerle un testamento que lo había hecho don Alfredo Ortiz, porque él había dicho que se lea duro para que atienda la señora Emilia de Ruales, quien se encontraba en **artículo de muerte,** y después de leerlo le preguntó Hipólito Ruales, quien fue el que se lo leyó que si estaba bien, entonces ella dijo **que sí.**

"d) Es verdad que la señora Emilia de Ruales, estaba postrada en cama y en **estado de muerte y casi ya no se le entendía lo que decía,** pero no recuerdo si ese mismo día murió, y que el testamento lo habían tenido hecho, ella sólo lo que hizo fue aprobarlo, después de ser leído".

"**Gonzalo Díaz.**—Gonzalo Díaz, f. 25, cuaderno 2º, respuesta 3ª declara: 'Cuando yo llegué a la casa de Julio Ruales, **ya había estado firmado por un testigo** (por un testigo) a ruego de Julio Ruales, por no saber escribir el testamento que se me pone de presente'.

"**José García.**—Este testigo, a fojas 25 vta. del mismo cuaderno afirma: 'Cuando yo llegué a la casa de don Julio Ruales se **había empezado la lectura de un testamento** del cual fui testigo para firmar a ruego de la señora Emilia, y al finalizar la lectura de dicho testamento, es decir **cuando se debía firmar estaban todos los testigos reunidos'.**

"Este testigo, expresa claramente que, cuando él llegó la lectura del testamento se había empezado; y agrega que, únicamente al finalizar la lectura del mismo, se reunieron los testigos".

"**Hipólito Ruales.**—A fs. 27, cuaderno 2º, respuesta 3ª, declara: '**Y para terminarse** la lectura llegó Nectario Arciniegas. **No recuerdo quién firmó** a ruego de la finada, pero el testamento cuando yo le dí lectura **aún no tenía firma** alguna, pero no estoy seguro de este detalle. Por cuanto no recuerdo bien. — 4º El día 9 de octubre de 1950, la señora Emilia Cuayal Narváez de Ruales, se encontraba enferma, postrada en cama, y su estado de suma gravedad, **como decimos, ya le daba letargos,** por esta razón, ya no tenía el juicio completo, y **no se daba cuenta de sus actos,** por estas razones, **estaba privada de sus facultades tanto físicas como intelectuales,** de facultades morales no sé responder'.

"**Salomón Legarda.** — El testigo Salomón Legarda, dice:

'**De los testigos, habíamos tres,** José García, **Hipólito Ruales y el suscrito,** mas yo como estaba de apuro me hicieron firmar como testigo después de haberlo leído y luego me fui rápidamente, **decían eso sí** que iban a mandar llamar **al testigo que faltaba,** de allí en adelante **yo no supe en qué quedarían.** — 4ª Pero en ese día la señora Emilia Cuayal Narváez estaba sumamente enferma, postrada en cama **y se notaba que ya no se daba cuenta de nada',** es decir que **se hallaba privada del uso de la razón,** también estaba privada de sus facultades físicas, porque no se podía mover, **apenas resollaba".**

Si las graves irregularidades **que se anotan,** fueran denunciadas o expuestas por personas distintas de los testigos actuarios e instrumentales, el aserto de aquélla podría suscitar dudas, en presencia de la afirmación contraria de los últimos. Pero siendo precisamente los testigos que actuaron en el acto de otorgarse el testamento quienes dan a conocer todas aquellas circunstancias irregulares, no pueden someterse a duda y ponen de manifiesto el error del Tribunal que pasó por alto el dicho de los testigos en lo referente a esas irregularidades o defectos que, como la falta de concurrencia simultánea de todos ellos al acto completo del otorgamiento, no es una informalidad accidental (en el sentido de leve o sin importancia) sino el incumplimiento de un requisito legal cuya prescindencia constituye una flagrante violación de las disposiciones sustantivas precitadas y que implican nulidad del testamento, al tenor del artículo 11 de la ley 95 de 1890, que dice:

"El testamento solemne, abierto o cerrado, en que se omitiere cualquiera de las formalidades a que debe respectivamente sujetarse, según los artículos precedentes, no tendrá valor alguno.

"Con todo, cuando se omitiere una o más de las designaciones prescritas en el artículo 1073, en el inciso 4º del 1080 y en el inciso 2º del 1081, no será por eso nulo el testamento, siempre que no haya duda acerca de la identidad personal del testador, notario o testigo".

Por lo expuesto, la Corte considera que es fundada la acusación y casará el fallo recurrido.

Sentencia de instancia

Como de las declaraciones examinadas resulta que se pretermitieron exigencias legales cuyo acatamiento era indispensable para la validez del testamento de Emilia Cuayal Narváez, 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 recurrida y en su lugar declara:

Primero. — Que carece de valor, o es nulo el testamento nuncupativo otorgado por Emilia Cuayal Narváez el 9 de octubre de 1950 y, que, como consecuencia de esta declaración, se ordena cancelar la protocolización y el registro de dicho testamento en las oficinas respectivas.

Segundo.—Que como consecuencia de la invalidez o nulidad del testamento, se le reconoce a la demandante Mariana Cuayal Narváez, en calidad de hermana legítima, derecho a suceder a la causante, en la porción de bienes que le corresponde conforme al artículo 21 de la Ley 45 de 1936, y que, el demandado, Julio Ruales como cónyuge sobreviviente de la extinta, no tiene otros derechos en la sucesión que los que le concede el mismo artículo 21 de la citada ley.

No se hace condena en costas.

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 — José Joaquín Rodríguez. — Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

DETERMINACION DEL PREDIO REIVINDICADO CUANDO SE HALLA ENCLAVADO EN OTRO DE PROPIEDAD DEL DEMANDANTE. — APLICACION DEL ARTICULO 971 DEL CODIGO CIVIL

1.—En casos como el presente, de un lote enclavado en otro de mayor extensión de propiedad del demandante, no es incorrecto decir que colinda por todas partes con tierras del actor, porque puede ser así, pero aunque eso sea cierto, es dato incompleto o deficiente para determinar e identificar dicho lote, porque no indicándose ni la forma, ni la localización, ni la cabida, no hay DETERMINACION del predio, ni es posible identificarlo para pronunciar sentencia condenatoria, ni manera de ejecutar ésta judicialmente en el evento de renuencia del demandado vencido.

En efecto, un predio así determinado, dentro de un globo de mil fanegadas (es un ejemplo), bien podría ser de cien varas cuadradas o de cien fanegadas, sin que el Juez supiera, a la hora de hacer cumplir su fallo condenatorio, qué debía entregarle al demandante.

2.—A la pretensión de última hora de que si el demandado no es poseedor se le aplique en este juicio reivindicatorio el artículo 971 del C. C., se oponen los más elementales principios de derecho procesal que impiden el cambio intempestivo, y menos en el recurso extraordinario que se decide, de la acción reivindicatoria contra el poseedor, por otra a la cual responde como mero tenedor.

Ya ha dicho la Corte (G. J. LVIII, 173): "...Las reglas de la acción reivindicatoria son aplicables en los casos a que se refiere el artículo 971 del C. C., a los que esta disposición extiende ese procedimiento; pero conceder esta extensión no es erigir en caso de reivindicación los contemplados allí. En otras palabras, no puede entenderse el artículo 971 en forma tal que infirmara todo lo que claramente ha establecido respecto de posesión el mismo título que él cierra, identificando con ella la mera tenencia a efecto o hasta el extremo de hacer responsable de esa acción al mero tenedor en tesis general e indiscriminadamente. Diversos son los caminos por donde se llega a esta situación de mera tenencia. Preciso es distinguir entre ellos, a fin de saber cuáles son las situaciones en que son aplicables las reglas y proceder antedichos dentro del artículo 971...".

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

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U.)

Ante el Juez Segundo Civil del Circuito de Manizales, por medio de apoderado Jesús María Patiño Arias promovió, contra Jesús María Patiño Ocampo un juicio de reivindicación de un lote de terreno, como parte integrante de otro de mayor extensión de propiedad del demandante.

Los hechos fundamentales de la demanda aparecen expuestos así:

"1º—El señor Jesús María Patiño Arias es dueño de una finca rural situada en esta jurisdicción, en el paraje de 'El Naranjo', comprendida dentro de los siguientes linderos:.....

"2º—El señor Jesús María Patiño Ocampo, sin derecho ni razón ni motivo para ello, viene ocupando un lote de terreno, que hace parte de la anterior finca, lote que tiene los siguientes linderos: 'Por el oriente, con sucesión de Sara Rosa Patiño de H.; por el norte, con predio del demandante y mejoras de Rosaura Patiño v. de Díaz; por el occidente, con predio del demandante y mejoras de José Jesús Patiño H. y por el sur, con predio del demandante y mejoras de Vicente E. Patiño H.'

"3º—Este lote de terreno, que es de mi mandante, le ha sido negada su entrega por varias veces, de parte del poseedor Patiño Ocampo, con lo cual le está ocasionando serios y graves perjuicios, ya que no usufructúa nada de él, por lo

que se ve en la necesidad de acudir a la justicia, en demanda de protección a sus derechos".

La parte petitoria es del siguiente tenor:

"a) Que el señor Jesús María Patiño Arias es dueño del lote de terreno descrito en el hecho 2º de este libelo, por hacer parte tal lote de la finca descrita en el hecho 1º del mismo.

"b) Que en virtud de la declaración anterior, el señor Jesús María Patiño Ocampo está en la obligación de restituir a mi mandante Patiño Arias el lote de terreno a que se refiere la petición anterior.

"c) Que igualmente Patiño Ocampo sea condenado a pagar a Patiño Arias los frutos naturales y civiles que el lote de terreno haya producido mientras ha estado en poder de él, teniendo en cuenta para ello si el demandado es poseedor de buena o mala fe.

"d) En caso de oposición temeraria, se le condene a las costas del juicio".

El fallo de primera instancia fue favorable al actor, pero el de segunda, pronunciado por el Tribunal Superior de Manizales el 12 de mayo de 1955 lo revocó por dos razones principales: por considerar que el predio objeto de la reivindicación no había sido determinado bien ni se había logrado satisfactoriamente su identificación; y porque el demandado era un simple tenedor y no poseedor.

La parte demandante recurrió en casación y hoy la Corte decide la controversia, mediante las consideraciones que siguen:

El recurso

Cuatro capítulos contiene la demanda de casación: el I, sobre **antecedentes,** el II (Primer cargo), sobre errores de derecho en la apreciación de las pruebas: texto de la demanda, inspección ocular, dictamen de peritos, declaraciones de testigos, etc., sobre determinación e identidad del predio que se reivindica y (segundo cargo, subsidiariamente), sobre errores de hecho en la apreciación de las mismas piezas, errores de una índole u otro que llevaron al Tribunal al quebrantamiento de disposiciones legales sobre régimen probatorio y consecuencialmente a violar determinadas normas sustantivas atinentes a la acción reivindicatoria; y el capítulo III, contentivo de un tercer cargo relacionado con la calidad de poseedor del demandado.

La Corte procede a examinar en primer término y conjuntamente los dos primeros cargos, por referirse ambos a la determinación e identificación del inmueble reivindicado.

Principia el recurrente por transcribir los siguientes pasajes de la sentencia acusada, para destacar los pretendidos errores atribuídos al Tribunal:

"Ocurre que durante el término de prueba y especialmente al practicarse las inspecciones oculares, no se pudo establecer con plenitud el lote materia del juicio de reivindicación. En la diligencia de inspección ocular practicada el 25 de febrero de 1954, se identificó plenamente el globo general del terreno, mas no así el que es materia de la acción y tan sólo se afirma en relación con éste, que 'dentro de la finca dicha (se hace relación al globo general) se constató la existencia de un lote ocupado por el demandado José María Patiño Ocampo'. En la inspección ocular practicada en la segunda instancia, el día 16 de febrero del presente año, tampoco se logró la identificación plena del lote que se pretende reivindicar y sólo fue clara la identificación del globo general del terreno. Sobre el particular los peritos dijeron en la parte final de su exposición: 'En el punto 2º de la demanda se habla de los linderos del lote que se está reivindicando, están sumamente claros en los puntos occidente, norte y sur, pero en el lindero oriente, o sea, en los bienes que se inventariaron en la sucesión de Sara Rosa Patiño H. no se pueden establecer con exactitud porque en el curso de esta exposición, ya se ha dicho que estos linderos son muy confusos, ya que ellos hablan en términos generales, o sea, que por un lado linda con el río Chinchiná y por el resto con predios del señor Patiño Arias'.

"Queda claro, entonces, que aunque se estableció con suficiente certeza que el lote de la acción está encerrado dentro de los linderos a que se refiere la escritura 132, no aparece sin embargo, singularizado, lo que impide el éxito de la acción.

"Es verdad que por medio de declaraciones de varios testigos se quiso establecer la identidad del lote, identidad que se aceptó en la sentencia apelada; pero examinando tales declaraciones se observa que ellas simplemente hacen referencia a los linderos generales de que se habla en el hecho 2º del libelo de demanda, luego lógicamente están afectadas por la misma vaguedad que se observa en este punto, aparte de que si en las inspecciones oculares no se estableció esa identidad mediante la observación directa, mal podría establecerse por simples declaraciones de testigos cuya exposición aparece en manifiesta

contraevidencia con lo aseverado en aquéllas; por lo demás, los testigos contestan el interrogatorio en la forma tradicional que infortunadamente se acostumbra, es decir, bajo la misma redacción, con los mismos términos, con lenguaje preconstituído, lo que da a entender que no hay una exposición natural y espontánea del declarante, sino por el contrario, muy artificiosa. Es ésta una de las más graves deficiencias de la prueba testimonial quizá no tanto por causa de los mismos testigos, sino de los funcionarios que reciben la exposición, los cuales no tratan de investigar la razón por la cual el testigo depone, las circunstancias, el tiempo y el modo en que adquirió los conocimientos de los hechos sobre los que declara, etc.

"El señor apoderado del actor, para sustentar la tesis de que demostrado que el lote de terreno que se reivindica está dentro de un globo general identificado, la acción debe prosperar, transcribe una sentencia de la Corte Suprema, de 10 de octubre de 1953, de la cual parece deducirse esta tesis; mas examinando detenidamente el contenido de dicha providencia, se observa que lo que la Corte sostuvo en ella fue que si en la demanda aparece la descripción del lote materia del juicio englobado dentro del lote general, sería excesivo rigor no hacer prosperar la acción por esta sola deficiencia, pero naturalmente, siempre y cuando que en el período probatorio se identifiquen suficientemente ambos lotes, así lo dice textualmente este párrafo de la sentencia en cuestión: 'Por otra parte, en la demanda está la alinderación del inmueble general, del que forma parte el reivindicado. En el curso del juicio se identificaron ambos, en forma plena, por medio de inspecciones oculares practicadas y mediante los títulos y certificado de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados'.

"Y es que la Corte, a fin de no sacrificar el derecho en aras de un excesivo formalismo, muy bien ha podido llegar a la conclusión de que aunque en la demanda no se haya identificado plenamente el lote materia de la acción, si esto se hizo en el período probatorio la acción es viable, pero la tesis expuesta de que basta simplemente la identificación del globo general, no es admisible, porque ello quebraría una de las bases más caracterizadas de la acción reivindicatoria".

Con estos pasajes puestos a la vista, el recurrente sostiene que el Tribunal apreció mal o desacertadamente las aludidas pruebas: inspecciones oculares en ambas instancias, dictámenes periciales, declaraciones de testigos, etc. y aduce como razón concluyente que si está bien determinado e identificado el globo general relacionado en el hecho primero de la demanda, de propiedad indiscutible del demandante, y si aparece que el lote que se halla en manos del demandado se encuentra dentro de aquel globo, la determinación del predio que se reivindica aparece de manifiesto.

Puede aceptarse que Juez, peritos, testigos y ambas partes están conformes en que el globo general está bien determinado e identificado, que le pertenece al demandante, que el lote en poder del demandado hace parte de aquel globo, pero no está clara y completamente determinado ni se pudo identificar; es decir, las bases indicadas por el recurrente pueden ser exactas, pero no las conclusiones.

En casos como el presente, de un lote enclavado en otro de mayor extensión de propiedad del demandante, no es incorrecto decir que colinda por todas partes con tierras del actor, porque puede ser así, pero aunque eso sea cierto, es dato incompleto o deficiente para determinar e identificar dicho lote, porque no indicándose ni la forma, ni la localización, ni la cabida, no hay **determinación** del predio, ni es posible identificarlo para pronunciar sentencia condenatoria, ni manera de ejecutar ésta judicialmente en el evento de renuencia del demandado vencido.

El recurrente invoca entre otras, la doctrina de la Corte, sentada en fallo que corre publicado en la GACETA JUDICIAL número 2131, págs. 540 a 547, pero no debe olvidarse que la misma Corte observa que "si se tiene en cuenta, además, que una extensión de tierra se determina por su cabida, y que ésta según el hecho tercero del libelo, es de cinco fanegadas, más o menos, encerradas con alambre de púas, puede aceptarse que está plenamente identificado el globo objeto de la reivindicación".

Como es fácil ver, el caso de la doctrina invocada es muy diferente del actual. En éste faltan los elementos de la cabida y del cerramiento, que sí habrían sido útiles para la identificación del predio reivindicado.

Con el solo dato de la colindancia por todas partes con tierras del actor, no es posible dictar fallo condenatorio y hacerlo cumplir cuando la determinación de la cosa adolece de tales deficiencias y vaguedad.

Un predio así determinado, dentro de un globo

de mil fanegadas (es un ejemplo), bien podría ser de cien varas cuadradas o de cien fanegadas, sin que el Juez supiera, a la hora de hacer cumplir su fallo condenatorio, qué debía entregarle al demandante.

No hay pues tales errores de derecho en la calificación de las pruebas, porque no apareciendo violada ninguna regla de régimen probatorio, la soberanía del Tribunal en la apreciación de aquéllas, le da respaldo firme a su fallo.

Y vistas las cosas por el aspecto de errores de hecho (**segundo cargo**), tampoco aparecen demostrados y menos con la calidad de evidentes o manifiestos.

En relación con la materia que se deja examinada, el Tribunal invoca varias doctrinas de la Corte Suprema en apoyo de sus tesis y puntos de vista, y el recurrente contrapone otras. Consideradas en conjunto y de manera general, dan la impresión de estar ante una jurisprudencia movediza o cambiante, pero al ver en concreto los fallos contentivos de aquellas doctrinas, se observa que se trata de casos diferentes aunque semejantes, en los cuales concurren circunstancias o detalles diversos, procedentes de la mayor o menor vaguedad o confusión en las alinderaciones y demás datos que permitan la singularización de las fincas; todo debido a la forma primitiva y anárquica de la determinación predial en títulos y demandas.

Esta cuestión, que es de hecho, contemplada y apreciada en cada caso por los Tribunales, rara vez permite impugnar de errónea esa apreciación, y menos en casos como el presente en que el fallador de instancia completó su información o ilustración en vista de lo observado directamente en inspección ocular que practicó.

Pero aun suponiendo que por una razón u otra se justificara alguno de los cargos mencionados, la sentencia recurrida no podría ser infirmada, porque la sostiene otro soporte de indiscutible solidez, como se verá en seguida al examinar el último cargo:

La acusación contenida en el capítulo III se hace consistir en que el tribunal le desconoció al demandado la calidad de **poseedor**, atribuyéndole la de simple **tenedor**, incurriendo así en errores de hecho y de derecho que lo condujeron a violar la ley sustantiva que ampara el derecho del actor. Concreta así el cargo:

"Las disposiciones de carácter sustantivo que no fueron rectamente aplicadas por el Tribunal, y, que por el contrario violó, son las siguientes del C. Civil: 762 sobre el concepto de la posesión; 775 que define lo que se entiende por tenencia; 780, inciso 2º sobre continuidad de la posesión; 946 sobre institución de la acción de dominio; 950, 952 y 971 sobre el titular de esta acción y contra quien se dirige, y 2458 sobre el contrato de anticresis. También violó las siguientes disposiciones del C. Judicial: 593, 697, 601, 668, 693, 697, 705, 722, 724 y 730 sobre el valor de las pruebas aducidas al juicio, mérito probatorio de las pruebas testimoniales, de peritos y de inspección ocular".

Principia el recurrente por transcribir este pasaje del fallo:

"Pero es que fuera de este motivo que por sí sería suficiente para absolver al demandado, existe otro que, por abundar en razones, se pasa a analizar al menos brevemente:

"Dice el artículo 952 del C. Civil: 'La acción de dominio se dirige contra el actual poseedor', vale decir, que es necesario como otro extremo de la acción, que exista posesión del demandado; si éste es mero tenedor y no niega el dominio en el demandante, la acción se convierte en juicio de recobro; mas si niega el dominio y se reconoce o acepta su carácter de tenedor pero derivando su tenencia de un tercero, es éste quien debe ser demandado...

"Ya se ha fijado el concepto en cuanto a la identificación del inmueble, respecto a la posesión del demandado se observa: Casi todos los testigos presentados por el actor, al ser repreguntados por el apoderado del demandado manifiestan que la finca la tenía el señor José Teodoro Herrera y que luego le fue entregada a Patiño Ocampo en virtud de un contrato que ellos no precisan. El mismo demandado insiste sobre la existencia de un pretendido contrato de anticresis celebrado con el mismo Herrera y deriva de él la situación de mera tenencia en que se halla; de todas maneras sí aparece claro el hecho de que el demandado insiste al menos a través de las pruebas en su posición de simple tenedor, la cual posición no fue desvirtuada en forma suficiente por el actor que no logró demostrar que el demandado fuera en realidad el poseedor del inmueble, dejando en esta manera incumplida otra de las condiciones para el ejercicio de la acción reivindicatoria, como atrás se anotó".

Es de advertir que el demandado negó desde un principio al contestar que no es cierto el hecho 3º de la demanda, la calidad de poseedor y en el curso del pleito ha sostenido lo que el Tri-

bunal afirma y aparece demostrado con las demás pruebas; a lo cual replica el recurrente:

"A esta conclusión llegó el Tribunal sosteniendo que el demandado Patiño Ocampo es sólo un mero tenedor y no poseedor en el sentido legal del vocablo. Se basa para hacer esta afirmación en el hecho de que el demandado ha tenido el lote por cuenta de otro, quien lo entregó mediante contrato privado escrito, que han dado en llamar contrato de anticresis, contrato, que según el Tribunal, demuestra la tenencia o calidad de mero tenedor del demandado.

"El lote reivindicado fue poseído primero por José Teodoro Herrera, quien a su vez se lo entregó al demandado en iguales condiciones y es quien actualmente posee dicho lote. El señor Herrera recibió del actor Patiño Arias, quien a su vez es padre político de aquél, un lote de terreno que hace parte del inmueble adquirido mediante la escritura número 132 de febrero 18 de 1909, obrante en juicio. Con consentimiento del dueño del terreno, Herrera plantó sementeras de café, plátano y edificó casa de habitación. A pesar de no ser dueño del terreno, pero sí de sus mejoras, hipotecó éstas en favor de Jesús María Patiño Ocampo, para asegurar a éste un crédito personal que le adeudaba. Ante la acción judicial promovida por el acreedor para la efectividad del crédito, convinieron éste y el deudor Herrera celebrar un contrato privado, mediante el cual el último se reconocía deudor de Patiño Ocampo por la suma de dos mil quinientos pesos, a la vez que le entregaba las mejoras por un lapso de siete años para que con el producto de ellas se pagara durante el plazo, el valor del crédito reconocido. A este contrato es al que han pretendido llamar contrato de anticresis y por las características que presenta, sí tiene alguna similitud con la anticresis que define el artículo 2458 del C. Civil. Para que fuera verdadero contrato de anticresis, hubiera sido menester que Jesús María Patiño Ocampo hubiera recibido de Herrera una finca raíz y lo que en realidad de verdad recibió fueron unas mejoras plantadas en suelo ajeno. No está por demás advertir que tanto el contrato de hipoteca como el contrato aludido, sobre mejoras, fue celebrado por Herrera sin el consentimiento del dueño, Jesús María Patiño Arias.

"De este supuesto contrato de anticresis es que el Tribunal hace derivar la calidad de simple tenedor y no de poseedor que tiene Jesús María Patiño Ocampo en esta acción de dominio".

Quien incurre en una equivocación de bulto es el recurrente, al pretender que atacando el llamado contrato de anticresis, el pretendido acreedor anticrético se convierte automáticamente de simple tenedor en poseedor, aunque él mismo sostenga lo contrario y manifieste de modo explícito que el terreno es ajeno y que él no ha tenido ánimo de dueño.

Aquí no se discute ni juega la validez o invalidez del referido contrato, sino el hecho simple del **ánimo** con que el demandado haya mantenido en sus manos el predio de que se trata.

Y hay algo más y decisivo: es el mismo recurrente quien, en el pasaje transcrito, refiere los hechos como ocurrieron y da cuenta de la situación: Cómo Herrera, antecesor de Patiño Ocampo recibió de Patiño Arias, en simple tenencia, con asentimiento de que plantara mejoras el terreno en que las hizo; cómo Herrera pignoró bien o mal, legal o ilegalmente, tales mejoras a Patiño Ocampo, a quien se le entregó la tenencia del mismo terreno. De ninguna manera aparece que la tenencia de Herrera o del demandado se hubiera convertido en posesión.

Por eso, de la doctrina de la Corte que el recurrente aduce, tomada del fallo de 13 de marzo de 1937 (GACETA JUDICIAL números 1920 y 1921, págs. 714 y 715), lo aplicable precisamente al caso actual es lo expuesto en la segunda parte, que dice:

"Pero cuando el dueño de una cosa singular en que otro edificó dentro de las circunstancias previstas en el citado inciso 2º, **no ha perdido la posesión de esa cosa,** como es el caso de autos, su acción no es ya de dominio puesto que el edificador lo reconoce dueño del suelo y por lo mismo del edificio que a éste accedió.

"Su acción es simplemente de recobro, para que el ocupante, mero tenedor de la cosa o si se quiere simple retenedor de la misma, sea obligado a restituírsela en lo principal y accesorio, después de que se le pague el valor del edificio. La tenencia material y el derecho de retener no han conferido al edificador la posesión del terreno".

Por último, a la pretensión de última hora de que si Patiño Ocampo, si no es poseedor se le aplique en este juicio reivindicatorio el artículo 971 del Código Civil, se oponen los más elementales principios de derecho procesal que impiden el cambio intempestivo, y menos en el recurso extraordinario que hoy se decide, de la acción

reivindicatoria contra el poseedor, por otra a la cual responde el mero tenedor.

Sobre el particular, la Corte Suprema en fallo de 8 de diciembre de 1944 (G. J. Tomo LVIII, página 173), sentó la siguiente doctrina, que fue reafirmada en sentencia de 14 de mayo de 1952 (G. J. Tomo LXXI, página 418):

"La acción de dominio es un conflicto entre el ocupante que a su tenencia material agrega ánimo de señor —**corpus et animus**— y que por eso es poseedor y cuenta con el favor legal de presumirlo dueño, y el que sostiene serlo y que, si lo demuestra, destruirá esa presunción y lo dejará vencido. No cabe suponer ese conflicto sin tal pretensión, en una y otra de las partes contendoras. Otras serán las acciones y recursos del dueño para recuperar cuando lo suyo es tenido por otro que no tiene ánimo de señor. La acción reivindicatoria implica necesariamente este ánimo en el demandado y no sólo en el demandante. Las reglas de la acción reivindicatoria son aplicables en los casos a que se refiere el artículo 971 del C. C., a los que esta disposición extiende ese procedimiento; pero conceder esta extensión no es erigir en caso de reivindicación los contemplados allí. En otras palabras, no puede entenderse el artículo 971 en forma tal que infirmara todo lo que claramente ha establecido respecto de posesión el mismo título que él cierra, identificando con ella la mera tenencia a efecto o hasta el extremo de hacer responsable de esa acción al mero tenedor en tesis general e indiscriminadamente. Diversos son los caminos por donde se llega a esa situación de mera tenencia. Preciso es distinguir entre ellos, a fin de saber cuáles son las situaciones en que son aplicables las reglas y proceder antedichos dentro del artículo 971; el poseedor material de una cosa en que está vinculado un derecho o cuota de otro, que no desconoce, pero que se niega a entregársela; el propietario de la cosa cuyo usufructo en mano ajena terminó y a quien no se le entrega porque el usufructuario se niega a hacerlo; el dueño de una cosa ocupada por otro como administrador que, sin negarle ese dominio, no se la entrega, están autorizados para acudir a ese procedimiento y obtener la aplicación de estas reglas a fin de recuperar, aprovechando la mencionada extensión concedida por aquella disposición legal, sin que por ello pueda decirse que en rigor de verdad es un reivindicante que está ejerciendo precisamente la acción de dominio, tal como si éste le fuese desconocido por el respectivo condueño, usufructuario o administrador que para no entregar adujera ánimo de señor".

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, 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 — José Joaquín Rodríguez — Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

ACCION DE PERTENENCIA. — REGISTRO DE LA PARTICION REALIZADA EN JUICIO DE SUCESION.—ERROR DE HE CHO EN LA INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS

1.—Los artículos 1618 y 1620 del C. C. consagran dos reglas trascendentales en materia de interpretación de los contratos, y la doctrina ha reconocido la soberanía de los Tribunales al realizar esa interpretación; pero esa soberanía no puede llegar hasta el extremo de que so pretexto de desentrañar la intención de los contratantes se la desconozca para hacerla producir efectos jurídicos distintos de los que claramente fueron determinados en el contrato; en tal evento el fallador incurre en error de hecho constitutivo de una causal de casación.

2.—La Corte expuso en fallo de octubre 8 de 1935 (XLIII, 169): "Para que la partición misma y la sentencia que la aprueba, ambas registradas, surtan sus efectos de servir de título traslaticio de dominio del de cujus a sus herederos sobre las cosas mismas que en la división les cupieron y declarativo entre los copartícipes deberán haberlo sido en el de registro de causas mortuorias, según el artículo 38 de la ley 57 de 1887, por tener su origen ambas piezas en un juicio de sucesión... Para que el registro de la partición sea suficiente para la hijuela, es necesario que el bien o bienes comprendidos en la hijuela se hallen ubicados dentro del mismo círculo de registro en que se inscribió la partición para que le aproveche, pues si los bienes de la hijuela o algunos de ellos están situados en circuitos distintos a aquél en que la partición fuere registrada, entonces la hijuela deberá serlo en cada una de las oficinas del circuito a que respectivamente correspondan los inmuebles, para que se cumplan los fines de la institución del registro, y por disposición de los arts. 2653 y 2654 del C. C.".

3.—La doctrina de la Corte ha sido unánime al sostener que "La simple adjudicación no confiere al adjudicatario el derecho de dominio sobre la cosa adjudicada, sino cuando en el causante de la sucesión radica tal derecho. Por tanto las hijuelas de adjudicación no constituyen por sí solas suficiente título de dominio que dé derecho de reivindicar el inmueble adjudicado".

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

(Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse)

Se define el recurso de casación interpuesto por la parte demandada en el juicio, contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de diez y nueve de octubre de mil novecientos cincuenta y cuatro.

Antecedentes

El abogado doctor Ramòn Contreras V., en su propio nombre y en ejercicio del artículo 2º de la Ley 120 de 1928, solicitó que se declarara que le pertenecía por haberlo adquirido por prescripción extraordinaria el dominio de un globo de terreno con sus edificaciones, ubicado en la calle tercera (3ª) de la ciudad de Fusagasugá y cuyos linderos aparecen en la demanda respectiva.

Los hechos en que funda el pedimento se sintetizan así:

"La señora Romelia Rojas, adquirió en época anterior a 1917, por compra a los herederos de Simona Cortés, de parte de sus derechos, la posesión de un globo de terreno y de cabida mayor dentro del cual se encuentra el que es materia de la acción, y, que después de haberlo poseído tranquila y públicamente hasta el año de 1942, traspasó en común y proindiviso su derecho al doctor Contreras, y al señor Horacio Bobadilla, quienes en contrato recogido en la escritura pública número 1399 de 24 de octubre de 1944, de la Notaría de Fusagasugá, dividieron materialmente el inmueble, correspondiendo a Contreras la parte a que se refiere la acción. Agregada su

posesión a la de su causante, suman más de treinta años, tiempo suficiente para usucapir".

"A la solicitud del doctor Contreras —dice el Tribunal— se opusieron por intermedio de Procurador Judicial, Celia Escobar R. y Amparo Rodríguez v. de Escobar, actuando ésta en nombre propio y también como representante de su hijo menor Casto Antonio Escobar; la gestión de los opositores dio origen al juicio ordinario previsto por el artículo 10 de la Ley 120 de 1928 en el cual asumieron el carácter procesal de demandantes, conforme al artículo 11 de dicha ley. Para legitimar su oposición a la declaración judicial de pertenencia, invocaron la comunidad entre ello en el dominio del inmueble, derivada de la adjudicación que proindiviso se les hizo en el juicio mortuorio de Jesús Escobar, esposo que fue de Amparo y padre de Celia y Casto Antonio. Como título de su causante cita las escrituras públicas números 552, de 12 de septiembre de 1917, y 138 de 21 de febrero de 1924, ambas de la Notaría de Fusagasugá, en la primera de las cuales consta la compra que José y Jesús Escobar hicieron a Benito Carrillo de un inmueble de mayor extensión dentro del cual está comprendido el que el doctor Contreras dice haber adquirido por prescripción extraordinaria, y contentiva la segunda de la venta hecha por José a Jesús Escobar, de su cuota en el bien mencionado".

Los demandantes en la acción ordinaria afirman que su causante, Jesús Escobar, mantuvo la posesión continua sobre el inmueble desde el día en que lo adquirió con José Escobar, hasta su muerte ocurrida el 29 de mayo de 1939" y que fue la ocasión aprovechada por Romelia Rojas que tenía el inmueble a nombre de su dueño para llamarse poseedora del mismo y traspasar luego la mitad de él al demandado quien, al comprarla procedió a sabiendas de que el tradente no tenía el derecho que decía trasmitirle.

El Juzgado del Circuito de Fusagasugá, que tuvo el conocimiento del negocio en primera instancia, declaró que "la acción de dominio ejercitada en este pleito reside en la persona de los demandantes Amparo Rodríguez v. de Escobar y Celia Escobar Rodríguez por ser ellas titulares del derecho disputado; condenó al doctor Contreras Ballesteros a restituir a dichas personas "las cuotas o partes alicuotadas que a ellas corresponden en la finca situada en Fusagasugá...."; condenó al mismo demandado a la pertinente restitución de los frutos naturales y civiles de la cosa del inmueble "no solamente los percibidos sino los que las dueñas hubieran podido percibir con mediana inteligencia y actividad, a partir del 24 de junio de 1942 hasta el día de la ejecución de la sentencia, tasados conforme al art. 553 del C. J.; declaró que el mismo doctor Contreras, no tiene derecho a que le abonen mejoras útiles, pero sí las expensas necesarias invertidas en la conservación del inmueble; y por último, tuvo por no probadas las excepciones y condenó en costas al demandado".

Apelado este fallo, el Tribunal lo desató en la sentencia motivo del recurso de casación. Por medio de ella se denegó la declaración de pertenencia impetrada por el doctor Contreras Ballesteros; se declaró que Amparo Rodríguez v. de Escobar, Celia Escobar Rodríguez y Casto Antonio Escobar Rodríguez son dueños en la proporción que el título respectivo establece del inmueble sobre que versa la acción; las demás declaraciones son las mismas del fallador a quo.

La casación

El recurrente ataca la sentencia por varias motivaciones; la Corte se limita a estudiar la expuesta como segundo motivo de la causal primera del artículo 520 del C. J., ya que considera que ella prospera (artículo 538 del C. J.).

En este aparte de los cargos, el recurrente estima que el Tribunal violó una serie de preceptos sustantivos que se concretan en la fundamentación del cargo.

Se refiere a los conceptos expuestos por el Tribunal cuando estudió la prueba del dominio alegada por los actores cuando se trató de la excepción perentoria propuesta por el doctor Ramón Contreras sobre "falta de personería sustantiva de la parte opositora".

Transcribe los apartes pertinentes del fallo que es preciso insertar en esta providencia para la mayor claridad de la cuestión debatida. Dice el fallador (al estudiar la referida excepción): "**Falta de personería sustantiva de la parte opositora.** El fundamento de esta excepción es el siguiente: Los herederos continúan la persona del difunto y si éste no era titular del derecho de dominio, tampoco lo serán aquéllos, que no pueden adquirir lo que el causante no tenía. Ahora bien, Jesús Escobar en compañía de **José Escobar adquirió** de Benito Carrillo en el año de 1917 derechos en la sucesión de Simona Cortés, que fue esposa de éste. Tal adquisición sólo daba a los Escobar po-

sibilidad de acudir al juicio sucesorio de la Cortés a obtener la adjudicación correspondiente, como ellos no adquirieron cuerpo cierto, sus causahabientes no pueden reivindicar un bien determinado. Agrega además el excepcionante que la adjudicación a favor de Jesús y José Escobar, en el juicio mortuorio de Simona Cortés adelantado en el Juzgado de Melgar, no puede ser apreciado como prueba al tenor del artículo 2673 del C. C., por cuanto el título no fue registrado en el lugar de ubicación del inmueble sino en otro distinto".

"El estudio de esta excepción que se levanta sobre principios indiscutibles de que nadie trasmite a sus herederos lo que no tiene y de que ningún título sujeto a la inscripción en el registro hace fe en juicio mientras no se haya cumplido este requisito, exige la interpretación del contrato contenido en la escritura pública número 558 de 12 de septiembre de 1917 corrida ante el Notario de Fusagasugá...".

"Los artículos 1618 y 1620 del C. C., consagran dos reglas trascendentales en materia de interpretación de los contratos: El primero de ellos manda atenerse a la intención de los contratantes, más que las palabras empleadas por ellos para exteriorizarla, y el segundo, previene que el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, prima sobre aquel otro en que no es capaz de originar ninguno. Cuando Benito Carrillo dijo que vendía a José y Jesús Escobar derechos en la mortuoria de Simona Cortés, hasta donde fueran suficientes para traspasar a los compradores un determinado bien, implícita pero inequívocamente expresaba su intención de vender ese bien y los compradores, al aceptar la estipulación, la de adquirirlo. Por otra parte, si los derechos del tradente en la sociedad conyugal o en la sucesión no incidían en bien alguno determinado, considerar que vendió derechos sin dar ningún significado a la vinculación que de ellos hizo a un bien específico, sería interpretar la cláusula en forma de negarle todo efecto jurídico.

"Una cosa es vender derechos herenciales en su totalidad o una cuota de ellos y otra vender los vinculados en un determinado bien, con exclusión de los demás. En el primer evento la operación se conforma con la calidad del derecho trasmitido que no incide en la adjudicación, pero en el segundo el vendedor se coloca en la hipótesis prevista en el numeral 2º del artículo 1401 del C. C. y si no se hace la adjudicación a su favor habrá vendido cosa ajena. El contrato es válido mientras esta eventualidad no se sobrevenga porque no se haya hecho la liquidación o porque hecha se le adjudique el bien al vendedor; adjudicado el bien a un asignatario distinto, el contrato sólo tiene validez sín perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, en este caso del adjudicatario a quien la ley reputa como sucesor inmediato y directo del difunto con exclusión de los demás. Es en consecuencia el adjudicatario a quien el bien vendido hubiera cabido en la partición la persona (sic) que puede accionar para que su derecho se respete (artículos 1401 y 1871 del C. C.).

"No se ha demostrado que el bien que como cuerpo cierto, vendió según lo expuesto Benito Carrillo a los hermanos José y Jesús Escobar hubiera sido adjudicado a asignatario distinto, vale decir, que no ha ocurrido la eventualidad prevista por la ley para que aparezca el **verus dominus**, a quien el contrato no sería oponible.

"José y Jesús Escobar adquirieron por el modo de la tradición y no por el de la sucesión por causa de muerte; su título formal es el contrato de compraventa que, por referirse a cuerpo cierto, estuvo bien registrado en el libro número primero de la Oficina de Registro de ubicación del inmueble, y no la adjudicación en la mortuoria de Simona Cortés, que es simplemente título declarativo del dominio adquirido por el heredero mediante la sucesión **mortis causa**. Tal adjudicación, si pudiera considerarse como prueba, serviría para establecer si el bien fue adjudicado al asignatario vendedor o a persona distinta, y, en el último de estos eventos, demostraría que se vendió cosa ajena".

Dice el recurrente, que, "para demostrar que el Tribunal al estimar el contenido de la escritura pública número 558 de 12 de septiembre de 1917, expedida en la Notaría de Fusagasugá, lo hizo con verdadero desacierto, variando totalmente el querer de los contrantes, clara e inequívocamente manifestado en el contrato y la finalidad que buscaban, es preciso traer a la vista literalmente las estipulaciones contractuales, porque de su tenor literal, se deduce nítidamente la intención de los contratantes y el propósito que buscaron al celebrar tal contrato. Dijo Benito Carrillo en la citada escritura: '**Segundo.**—Que esa escritura está vigente (se refiere a aquella por la cual adquirió el inmueble) y que como la compra anterior se hizo en vida de su esposa Simona Cortés, la finca mencionada pertenece a

esa sucesión por estar sin promover y de consiguiente ilíquida. — **Tercero.** Que por la misma razón de estar ilíquida esa sucesión o esa mortuoria, no puede hacer esta venta como cuerpo cierto y que por ese motivo y para mayor eficacia de este contrato, por la presente escritura cede y vende a los señores José Escobar y Jesús Escobar todos los derechos y acciones que le correspondan o puedan corresponder a cualquier título en la mortuoria de su esposa señora Simona Cortés, pero tan sólo en la cuantía suficiente para que le sea adjudicada la casa ya alinderada como cesionarios del vendedor, pudiendo en consecuencia los compradores Escobar promover y hacerse parte en la mortuoria de Simona Cortés para que allí se les adjudique la casa materia de esta escritura, y que si la adjudicación de ella quedare a favor del vendedor Carrillo se entiende vendido por éste la casa expresada, como cuerpo cierto y determinado'. Y más adelante agrega esto otro: 'Se hace presente que este acto no causa impuesto de lazareto por estar excluídos de él por la ley al respecto, los gananciales del cónyuge sobreviviente...'".

Continúa el recurrente haciendo el análisis de las cláusulas anteriores para concluir que lo que vendió Carrillo fueron derechos y acciones en la sucesión de su esposa Simona Cortés vinculados en la casa objeto del contrato, autorizándolo para intervenir en esa calidad en el respectivo sucesorio, y agrega: "Conforme a lo establecido en los artículos 756, 2653, 2654 y 2673 del C. C., la tradición del derecho de dominio de bienes inmuebles se efectúa por la inscripción del título en la oficina de su ubicación. En el presente caso la adjudicación hecha a favor de los Escobar, en el juicio de sucesión de Simona Cortés, debía registrarse en la Oficina de Registro de Fusagasugá para que la tradición pudiera verificarse, no se hizo así, luego esa tradición no se ha efectuado, y la hijuela agregada a los autos, no puede estimarse como prueba. El Tribunal quebrantó estas otras normas legales en la sentencia".

Invoca lo consagrado por el artículo 765 del C. C., para rechazar el concepto del Tribunal de que la adjudicación sucesoral es simple título declarativo del dominio adquirido por el heredero, cuando el citado precepto establece que esos títulos son traslaticios del dominio. Niega, en virtud de estos presupuestos que Jesús y José Escobar hayan sido nunca dueños de la casa ubicada en Fusagasugá.

La Corte considera:

El recurrente ataca la sentencia por error de hecho cometido por el Tribunal al interpretar el contrato recogido en la escritura número 558 ya citada, error de hecho que lo llevó a estimar que el contrato recogía la venta del inmueble como cuerpo cierto y no como cesión de los derechos del vendedor en la sucesión de su esposa Simona Cortés, vinculados a ese determinado bien.

Los artículos 1618 y 1620 del C. C., como lo dice el fallador, consagran dos reglas trascendentales en materia de interpretación de los contratos, y la doctrina ha reconocido la soberanía de los Tribunales al realizar esa interpretación; pero esa soberanía no puede llegar hasta el extremo de que so pretexto de desentrañar la intención de los contratantes se le desconozca para hacerla producir efectos jurídicos distintos de los que claramente fueron determinados en el contrato; en tal evento el fallador incurre en error de hecho constitutivo de una causal de casación.

Del contexto de la escritura número 558 citada se deduce, sin lugar a vacilaciones: 1º Que el vendedor Benito Carrillo declara que como la compra del inmueble alinderado en el instrumento se verificó durante la vida de su esposa Simona Cortés, ese bien le pertenecía a esa sucesión "por estar sin promover y de consiguiente ilíquida", es decir, manifiesta que no tiene el dominio del inmueble, proposición que es de una exactitud jurídica incuestionable. — 2º Que como se halla ilíquida la sucesión de su cónyuge "no puede hacer esa venta como cuerpo cierto". — 3º Que por ese motivo vende a José y Jesús Escobar, todos los derechos y acciones que le correspondan o puedan corresponderle a cualquier título en esa sucesión, vinculados a la finca alinderada pudiendo los compradores hacerse parte en el respectivo juicio para que se les adjudique la casa objeto de la escritura y que si la adjudicación se hace al vendedor Carrillo se entenderá que hubo venta de cuerpo cierto.

La intención de los contratantes corresponde inequívocamente a la literalidad de las palabras; venta de derechos y acciones en una sucesión vinculados a determinado bien. Aparece manifiesto el error del Tribunal al estimar que la dicha escritura contenía la venta de cuerpo cierto para deducir que "José y Jesús Escobar adquirieron por el modo de la tradición y no por el de la sucesión por causa de muerte y que su título formal es el contrato de compraventa que, por referirse a cuerpo cierto estuvo bien registrado en el libro número 1º de la Oficina de Re-

gistro de la ubicación del inmueble, y no la adjudicación en la mortuoria de Simona Cortés que es simplemente título declarativo del dominio adquirido por el heredero mediante la sucesión **mortis causa**".

Con base en ese título, José y Jesús Escobar intervinieron en el juicio sucesorio de Simona Cortés en el cual "como cesionarios de Benito Carrillo", se les adjudicó el inmueble objeto del contrato (f. 10 y ss. c. p. del actor). Es decir, el mismo desarrollo posterior a la compra está demostrando cómo lo adquirido por los Escobar no fue cuerpo cierto, como erróneamente lo estimó el fallador, sino el derecho para hacerse reconocer como cesionarios de su vendedor en la calidad que éste declara en el título.

De acuerdo con lo expuesto, los compradores Escobar no adquirieron por medio de la escritura 558 el dominio sobre la casa a que se refiere el contrato, porque el propio tradente de los derechos y acciones fue explícito cuando declaró que tal inmueble pertenecía a la sucesión ilíquida de su esposa Simona Cortés; "la concreción de esos derechos y acciones en un cuerpo cierto y determinado es fenómeno legal que no se verifica sino con la aprobación y registro de la partición".

Ni puede hablarse de que los Escobar adquirieron cosa ajena porque en el sucesorio de Simona Cortés les fue adjudicado el inmueble sobre el cual se hallaban vinculados los derechos por ellos adquiridos. Así se demuestra con la copia auténtica de las hijuelas respectivas traídas al juicio por petición del apoderado de la señora Amparo Rodríguez v. de Escobar.

Pero el recurrente fundamenta especialmente el ataque en el hecho de que las tales hijuelas no fueron registradas en la oficina de registro de instrumentos públicos y privados de Fusagasugá, lugar de ubicación del inmueble, como lo mandan expresamente los artículos 2653 y 2654 del C. C., y que, por lo tanto ellas no pueden estimarse como pruebas. El citado artículo 2654 dice: "Ninguno de los títulos sujetos a la inscripción o registro hacen fe en juicio ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva o respectivas oficinas conforme a lo dispuesto en este Código".

El cargo por este nuevo aspecto aparece comprobado. En efecto; obra en autos copia auténtica de la escritura número 50, otorgada ante el Notario del Circuito de Melgar el 3 de febrero de 1920, y por medio de la cual se protocolizó el juicio de sucesión de la señora Simona Cortés de Carrillo e inserta en ella la adjudicación hecha a Jesús y José Escobar de la casa objeto del presente juicio, ubicada en el área de la población de Fusagasugá, copia de la sentencia aprobatoria de la partición y del auto de ejecutoria. La nota de registro reza: "Registrada partición, sentencia y auto el 28 de enero de 1920. Libro Primero. Partida 23. Folio 40..... El Registrador, (firma ilegible)".

No aparece que las hijuelas y la sentencia de partición hubieran sido registradas en el Circuito de Fusagasugá lugar de ubicación del bien adjudicado; omitiendo las ordenaciones a que aluden los artículos civiles citados, no hacen fe los mentados títulos para acreditar la transferencia del dominio a favor de los adjudicatarios señores Escobar, siendo de observar que el propio registro verificado en Melgar fue mal hecho porque él ha debido realizarse en el Libro de Registro de Causas Mortuorias como lo dispone el artículo 38 de la Ley 57 de 1887 y el 967 del C. J. vigente.

En fallo de la Corte —Sala de Casación Civil— de octubre 8 de 1935, Tomo XLIII de la G. J. se hizo un estudio detenido sobre estas cuestiones del registro de los títulos que tengan origen en un juicio de sucesión y entre otras cosas allí se expuso: "En vista de los artículos 2652, ordinal 6º, 2654 y 2662 y del artículo 38 de la ley 57 de 1887 de las doctrinas ya citadas puede afirmarse: Están sujetas al registro las sentencias o aprobaciones judiciales de la partición de la herencia, especialmente las que versaren sobre bienes inmuebles, según el ordinal 6º del artículo 2652 del C. C., y el registro de dicha sentencia, aprobación o decisión judicial se conformará a lo dispuesto en los artículos 2659 y 2661 del mismo Código y se debe hacer en el libro de Causas Mortuorias según el artículo 38 de la Ley 57 de 1887... Para que la partición misma y la sentencia que la aprueba, ambas registradas surtan sus efectos de servir de título traslaticio de dominio del de cujus a sus herederos sobre las cosas mismas que en la división les cupieren, y declarativo entre los copartícipes deberán haberlo sido en el registro de causas mortuorias, según el art. 38 de la ley 57 de 1887, por tener su origen ambas piezas en un juicio de sucesión... Para que el registro de la partición sea suficiente para la hijuela, es necesario que el bien o bienes comprendidos en la hijuela se hallen ubicados den-

tro del mismo círculo de registro en que se inscribió la partición para que le aproveche, pues si los bienes de la hijuela o algunos de ellos están situados en circuitos distintos a aquel en que la partición fuere registrada, entonces la hijuela deberá serlo en cada una de las oficinas del circuito a que respectivamente correspondan los inmuebles, para que se cumplan los fines de la institución del registro, y por disposición de los artículos 2653 y 2654 del C. C. En este último caso, es decir, cuando la hijuela requiere un registro especial, por no aprovecharle el del trabajo de partición debido a que el bien o bienes comprendidos en la hijuela están situados en diferente circuito de registro el de la hijuela debe hacerse en el libro de Causas Mortuorias según el artículo 38 de la ley 57 de 1887, por tener su origen en un juicio de sucesión y no en el número 1º ni en el número 2º, porque después de la vigencia de la citada ley de 1887, el Libro de Causas Mortuorias sustituyó a estos últimos cuando el acto o título tengan origen en un juicio de esa naturaleza".

Muerto Jesús Escobar, a su cónyuge sobreviviente, y a sus hijos Celia y Casto Antonio Escobar Rodríguez, les fue adjudicada la casa materia del juicio en común y proindiviso, como bien adquirido durante la sociedad conyugal y por compra hecha a José Escobar por el causante según el contrato recogido en la escritura pública número 138 de 21 de febrero de 1924, de la Notaría de Fusagasugá.

Por medio de la escritura número 280 de 20 de marzo de 1951, de la misma Notaría, se protocolizó el juicio de sucesión de Jesús Escobar; la partición respectiva fue aprobada por sentencia del Juzgado Civil de aquel Circuito el 1º de septiembre de 1950, registrada debidamente en octubre de ese año.

De este título de adjudicación junto con sus antecedentes pretenden los opositores a la acción de pertenencia y como demandantes en la acción ordinaria de reivindicación que se hagan las declaraciones impetradas en el libelo, siendo de observar, nuevamente, que como fundamento de la acción en el hecho 5º de la demanda se invoca la adjudicación hecha a favor de José y Jesús Escobar en el sucesorio de Simona Cortés de Carrillo, adjudicación cuyo título fue comentado anteriormente.

En consonancia con lo dicho, se deduce claramente que las hijuelas a favor de los actores en el ordinario, no constituyen título suficiente para reivindicar; el demandado les ha opuesto una posesión anterior y los títulos escriturarios siguientes: el número 2319 de 24 de junio de 1942, Notaría 4ª de este Circuito, en que consta la venta hecha a Ramón Contreras V., de la mitad del inmueble que se ha venido cuestionando. El número 1339 de Fusagasugá, 24 de octubre de 1944, en que Ramón Contreras V. y Horacio Bobadilla V., comprador de la otra mitad del inmueble, realizan la partición correspondiente; en ella se le adjudica a Contreras V. la casa objeto de la acción de pertenencia.

La doctrina de la Corte ha sido unánime al sostener lo siguiente: "La simple adjudicación no confiere al adjudicatario el derecho de dominio sobre la cosa adjudicada, sino cuando en el causante de la sucesión radica tal derecho. Por tanto las hijuelas de adjudicación no constituyen por sí solas suficiente título de dominio que dé derecho de reivindicar el inmueble adjudicado".

Lo expuesto conduce a admitir el cargo contra la sentencia que, de consiguiente debe ser infirmada. Doña Amparo Rodríguez v. de Escobar y sus hijos comuneros carecen de título eficaz que ampare la acción reivindicatoria por ellos instaurada contra el poseedor doctor Ramón Contreras, carencia de título que hace al mismo tiempo ineficaz la oposición a la acción de pertenencia.

Fallo de instancia

Carente el opositor, como se ha dejado examinado, de derecho para que pudiera prosperar la oposición, y mucho menos la acción reivindicatoria incoada por él, por incuestionable deficiencia en los títulos de dominio presentados, comoquiera que la posesión alegada por Ramón Contreras es anterior a la hijuela de adjudicación realizada en el sucesorio de Jesús Escobar, es el caso de examinar si la acción de pertenencia que dio origen a este juicio tiene o no fundamentos idóneos que la hagan viable.

Entre otras probanzas, el presunto prescribiente trajo a los autos las declaraciones de Bonifacio Rodríguez, Noé Jiménez, Parmenio Romero y José María Castañeda, quienes de manera uniforme afirman como hecho cierto, dando explicaciones concretas de su conocimiento, que desde 1917, doña Romelia Rojas Torres, venía ejerciendo en forma quieta y pacífica la posesión del inmueble sobre el cual versa la acción de pertenencia; posesión manifestada por hechos externos tales como la construcción de mejoras en el

inmueble, reparaciones en el mismo verificadas por algunos de los mismos testigos quienes afirman que la dicha señora contrató con ellos, en su carácter de albañiles, la realización de tales obras y pagando el precio debido por ellas y que luego el doctor Ramón Contreras como sucesor de la Rojas Torres siguió teniendo esa posesión, realizando asimismo mejoras de consideración como la instalación de los servicios de agua y luz verificada a su costa exclusiva y arrendando a diversas personas el inmueble cuyos nombres se detallan en las declaraciones. Posesión que se ha manifestado públicamente sin que pueda tachársele por vicio alguno que la demerite.

Esa posesión fue respetada judicialmente cuando en el juicio de sucesión de don Jesús Escobar se trató de verificar el secuestro del predio, precisamente por quienes hoy son actores en el juicio ordinario de oposición. Así lo reconoció el Tribunal de Bogotá en providencia del 18 de marzo de 1943 en que al revocar un auto del inferior resolvió que "la opositora Romelia Rojas es legítima poseedora de la finca materia del secuestro a que se ha hecho referencia... Y en consecuencia se declara fundada su oposición...".

Es también un hecho inobjetable que la posesión que empezó a ejercer doña Romelia desde 1917, ha continuado hasta hoy ininterrumpidamente por conducto de su sucesor particular doctor Ramón Contreras, cumpliéndose con ello lo previsto en forma facultativa y a favor de Contreras por los artículos 778 y 2521 del C. C. Desde aquella época ha transcurrido un lapso muy superior a los treinta años a que alude el artículo 2532 del C. C. presumiéndose de derecho la buena fe en la posesión de acuerdo con el numeral 2º del artículo 2531 ibidem.

Si la parte demandante en el ordinario de oposición no logró demostrar su interés jurídico, es claro que la prueba por ella producida para fundamentar la oposición, no pueda tenerse en cuenta, como que el extremo básico de la acción reivindicatoria —demostración del dominio del actor— ha fallado notoriamente. Quedan vigentes, pues, las comprobaciones traídas por el prescribiente, comprobaciones que se encuentran ajustadas a derecho y se estiman suficientes para demostrar que el doctor Ramón Contreras ha adquirido por prescripción extraordinaria el dominio del bien que se ha venido cuestionando.

En mérito de lo 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, FALLA:

1º—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal de Bogotá y que ha sido objeto del recurso.

2º—Se revoca la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Fusagasugá, fechada el dos de septiembre de 1953.

3º—Se absuelve al demandado en el juicio de oposición, doctor Ramón Contreras de los cargos que le fueron formulados en la respectiva demanda.

4º—Se declara que el doctor Ramón Contreras mayor de edad, y vecino del municipio de Fusagasugá ha adquirido por prescripción extraordinaria el dominio de un globo de terreno con sus edificaciones y demás mejoras, situado en el área de la población referida, en la calle 3ª alinderado así: "Por el oriente, casa y solar hoy de la señora Carmen Camargo de Gracia, antes del señor Horacio Bobadilla; por el norte, casa y solar de los herederos de Eulogio Rico; por el occidente, la carrera 6ª; y por el sur, la calle 3ª, en una extensión de 18 metros aproximadamente, o sea, hasta el punto donde parte la línea recta divisoria del costado oriental".

Esta sentencia debe registrarse en forma legal.

Cópiese, notifíquese, publíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el negocio al Tribunal de su origen.

Ignacio Gómez Posse — Agustín Gómez Prada. Luis Felipe Latorre U. — José Joaquín Rodríguez. — Ernesto Melendro Lugo, Srio.

CAUSALES 1ª Y 2ª DE CASACION. — TECNICA DEL RECURSO

1.—No puede ser aceptada la causal 2ª de casación por el hecho de que el Tribunal en el fallo recurrido hubiera negado las peticiones de la demanda, ni es procedente para fundamentar esta causal citar como violadas disposiciones sustantivas. La causal sólo opera cuando "la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes".

2.—Es inconducente el cargo, basado en la causal 1ª, cuando el recurrente no expresa, como debe hacerlo, si la violación de las disposiciones sustantivas que cita lo han sido "por infracción directa, o aplicación indebida o interpretación errónea". Dentro del formulismo del recurso la Corte no puede moverse sino en el ámbito que señale la demanda y no puede por lo tanto oficiosamente entrar a examinar por qué concepto ha sido violada la ley si el recurrente no manifiesta expresamente la categoría del quebrantamiento de las normas sustantivas.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse)

El Tribunal Superior de Bogotá, profirió la sentencia de diez y ocho (18) de diciembre de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954), en que desató el recurso de apelación interpuesto por las partes contra el fallo del Juzgado **a quo**. La sentencia del Tribunal fue sometida al recurso de casación que se define por la presente providencia.

Antecedentes

Doña Ascensión Cabra en su carácter de madre natural de Elsa María Ramírez, por conducto de apoderado demandó a la sucesión de Carlos J. Ramírez M., representada por María Pascagasa y por sus herederos los menores Carlos, Jorge, Alfonso, Gladys, Yolanda y Rosa Ramírez, a fin de que se hicieran por la jurisdicción las siguientes declaraciones:

"Primera. — Que previos los trámites correspondientes y con citación y audiencia del Ministerio Público, si fuere el caso, y de los herederos del señor Carlos J. Ramírez M., legítimo o natural contradictor fallecido, representados por su madre la señora María Pascagasa... Y que son los menores Carlos, Jorge, Alfonso, Gladys, Yolanda y Rosa María Ramírez, representados como ya se dijo, se declare en sentencia que cause ejecutoria la notoria posesión del estado civil de hija natural de la menor Elsa María Ramírez con respecto a su padre Carlos J. Ramírez M., ya difunto; que el expresado difunto señor Carlos J. Ramírez M., fue el padre natural de la menor señorita Elsa María Ramírez, hija de Ascensión Cabra y que la expresada menor Elsa María Ramírez es hija natural de Carlos J. Ramírez M.

"Segunda.—Que en virtud de lo cual... se condene a la referida sucesión del señor Carlos J. Ramírez M., y se declare en sentencia que cause ejecutoria".

a) Que la menor señorita Elsa María Ramírez es heredera en la sucesión del expresado difunto señor Carlos J. Ramírez M., muerto en esta ciudad el 26 de diciembre de 1949.

Las demás declaraciones referentes al patrimonio de Carlos J. Ramírez, son una consecuencia de los pedimentos que anteceden.

Como hechos se relacionaron en el libelo los siguientes:

"1º—La señorita Elsa María Ramírez fue procreada fuera del matrimonio por el finado Carlos J. Ramírez M. y la señora Ascensión Cabra;

"2º—Durante un período mayor de diez años continuos el extinto señor Carlos J. Ramírez M. trató a la hoy señorita Elsa María Ramírez como su hija natural y proveyó a su subsistencia, educación y establecimiento, y en tal carácter él la presentó a sus deudos y amigos, y éstos y el vecindario en general tuvieron y reputaron a dicha niña, hoy señorita, como hija del señor Carlos J. Ramírez M., a virtud de aquel tratamiento;

"3º—El señor Carlos J. Ramírez M. murió en esta ciudad el 26 de diciembre de 1949, dejando bienes de fortuna cuyo valor pasa de diez mil pesos;

"4º—La sucesión de los bienes del expresado señor Carlos J. Ramírez M. se inició y llevó a término en el Juzgado 8º Civil de este Circuito;

"5º—El juicio sucesorio del citado Ramírez M. se abrió como ya se dijo, en el Juzgado 8º de este Circuito y en él se hizo exclusión absoluta de la menor hija de mi poderdante señorita Elsa María Ramírez, hija natural del difunto Ramírez M."

Sentencias de instancia

El Juzgado **a quo** declaró que la nombrada menor Elsa María Ramírez "es hija natural del causante Carlos J. Ramírez Mendoza, por haberse probado la posesión notoria del estado de hijo natural por parte de la menor" y negó las demás peticiones de la demanda. El Tribunal Superior revocó la sentencia del inferior y negó todas las peticiones del libelo.

La demanda de casación

El recurrente formula varios cargos contra la sentencia, presentada con absoluta carencia de la técnica que regula este recurso extraordinario, como luego se verá, así, por ejemplo al final de la demanda formula un cargo apoyado en la causal 2ª del artículo 520 que lo expone así: "Violación de los artículos 32, 236, 237, 239, 240, 395, 398, 399, 402, 403, 404, 1321, 1322, 1325 del C. C., artículos 1º y 4º, ordinal 5º, 6º, 7º, 8º y 19 de la ley 45 de 1936, 209, 207, 597, y 736 del C. J. y 52 de la ley 153 de 1887".

El recurrente fundamenta este ataque simplemente manifestando "que el Tribunal ha debido acceder a las peticiones de la demanda, y que la sentencia, no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por la parte actora, y por tanto, que se violaron las disposiciones legales citadas en el encabezamiento de este título".

La Corte en numerosas doctrinas ha dicho "que siendo absolutorio el fallo de instancia no es pertinente invocar contra él la causal de falta de consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, si ellas han sido negadas en su totalidad".

No puede ser aceptada la causal alegada por el hecho de que el Tribunal en el fallo recurrido hubiera negado las peticiones de la demanda, ni es procedente para fundamentar esta causal citar como violadas disposiciones sustantivas como lo hace el recurrente. La causal sólo opera cuando "la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes". Nada tiene que ver en ese caso la larga enumeración de los preceptos citados en la demanda.

El cargo es inoperante y se rechaza, anotando que se ha examniado en primer término a virtud del orden lógico que rige el estudio de las causales expuestas.

Dentro de la causal primera del artículo 520 formula el recurrente estos ataques contra la sentencia:

Primero.—Transgresión del artículo 23 de la C. N. de los artículos 1º y 4º, ordinales 4º, 5º, 6º y 7º de la Ley 45 de 1936. Artículos 4º, 29, 398 y 399 del C. C., y 697 del C. J., provenientes del error de derecho en la apreciación de los hechos 1º y 2º de la demanda ordinaria y de la prueba de posesión notoria del estado civil de hija natural de la demandante Elsa María Ramírez con respecto a su padre Carlos Julio Ramírez.

"Transgresión de los artículos 4º, ordinales 4º y 5º, 6º y 7º de la ley 45 de 1936; 398, 399 del C. C. y 697 del C. J., provenientes de error de hecho por falta de apreciación de la declaración de los testigos María Mercedes y María de Jesús Morales B. y Pablo Rojas Amaya...".

Por la forma en que están expuestos estos cargos se ve claramente su inconducencia, porque el recurrente no expresa, como ha debido obligatoriamente hacerlo, si la violación de las diversas disposiciones sustantivas que ha citado por consecuencia de los errores que alega, lo han sido "por infracción directa, o aplicación indebida o interpretación errónea". Dentro del formulismo del recurso la Corte no puede moverse sino en el ámbito que señale la demanda y no puede por lo tanto oficiosamente entrar a examinar por qué concepto ha sido violada la ley si el recurrente no ha manifestado expresamente la categoría del quebrantamiento de las normas sustantivas. Sería suficiente lo dicho para rechazar los cargos. No obstante se hace algún examen sobre los fundamentos de los ataques.

Para impetrar la declaración de filiación natural sólo se trajeron como prueba de la posesión

notoria de ese estado las declaraciones de María Mercedes y María de Jesús Morales B. y Pablo Rojas Amaya. El fallador somete esas declaraciones a una rigurosa crítica para deducir que sobre esas demostraciones no se puede llegar a la declaración judicial invocada. De alguna ligereza de apreciación del Tribunal en relación con la época a que aluden las declaraciones, pretende el recurrente deducir una causal suficiente de casación.

Dice el Tribunal: "Todos los tres testigos aducidos por la demandante (los citados anota la Corte) al contestar el segundo punto de la primera declaración, de la rendida el 16 de mayo de 1951, que fue debidamente ratificada, manifiestan ser verdad que conocieron directa y personalmente, de vista, trato y comunicación, 'en período de tiempo no menor de diez años, **antes** de su muerte, acaecida el día 26 de diciembre de 1949, al señor Carlos J. Ramírez en esta ciudad de Bogotá'. Es decir, según esta afirmación los declarantes conocieron a Ramírez, en el año de 1939. Sin embargo, acto seguido al contestar el punto cuarto de la misma declaración, los propios testigos dan a entender que ese conocimiento de Carlos Julio Ramírez lo tuvieron ya no en 1939 sino once años antes en 1928, al decir: 'por el mismo conocimiento es verdad y así lo afirmo, que los expresados Carlos J. Ramírez y Ascensión Cabra sin ser casados, hicieron vida marital aquí en Bogotá, por espacio mayor de diez años continuos, por la época de 1928 hacia acá; hasta la muerte del primero o sea de Carlos Julio Ramírez".

El Tribunal encuentra una contradicción en lo expuesto por los testigos, contradicción a la cual se refiere el recurrente para impugnarla. Es cierto que no existe la tal contradicción porque al decir los testigos que conocieron personalmente en períodos de tiempo no menor de diez años antes de la muerte de Ramírez, ello no quiere decir que ese conocimiento empezó en 1939, como lo dice el Tribunal.

Continúa el fallador: "en la misma declaración los deponentes se refirieron luego 'al mismo período de diez años continuos o sea al comprendido de 1928 a 1949, año este último en que murió Ramírez, para sostener que durante este lapso fue que Carlos Julio Ramírez trató siempre a Elsa María como a su hija natural, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento y presentándola en tal carácter a sus deudos y amigos, siendo que para principios de tal época Elsa María todavía no había nacido como que ésta vino al mundo según la partida de bautismo, tan sólo el 28 de junio de 1931, en forma que mal podía constarle a los testigos aquel tratamiento en los años de 1928-1929 y 1930 y primer semestre de 1931, o sea en un tiempo anterior al nacimiento de la precitada Elsa María".

El recurrente glosa también esta apreciación del Tribunal y para desvirtuarla cita los testimonios antes anotados. María Mercedes Morales que afirma que durante un período mayor de diez años continuos a partir del 28 de junio de 1931, el extinto Ramírez trató a Elsa María como a su hija natural... Lo mismo dice María de Jesús Morales.

La Corte considera:

Las anotaciones antes expuestas y a que alude el recurrente no pueden ser consideradas en forma alguna como constitutivas de un error de hecho suficiente para invalidar el fallo, porque el Tribunal no solamente tuvo en consideración lo antes expuesto, sino otras circunstancias que lo llevaron a la convicción de que esas tres únicas declaraciones no demostraban la causal 5ª del artículo 4º de la ley 45 de 1936. Así dice el fallador: "Ahora bien, los testigos María de Jesús y María Mercedes Morales Barragán a través de sus varias declaraciones incurren en contradicción al afirmar, primero, que Carlos Julio Ramírez y Ascensión Cabra, hicieron vida marital aquí en Bogotá, hasta la muerte de aquél, o sea hasta el año de 1949, viviendo en la calle 6ª con la carrera 3ª E. y a sostener luego que cuando murió Carlos Julio éste vivía era con una señora María con quien Carlos Julio al decir de la declarante María Mercedes 'debió durar viviendo harto allí porque los niños de la señora María son seis'. A lo anterior se agrega que el testigo Rojas no concuerda con las otras declarantes en la circunstancia de lugar o lugares en donde hayan ocurrido los hechos constitutivos de la posesión notoria alegada, comoquiera que a tiempo que éstas manifiestan que esos hechos sucedieron en los barrios de Belén y Gaitán aquél nada, absolutamente nada dice sobre el particular".

El Tribunal hace un juicioso estudio de las exigencias que deben llenarse para que pueda hacerse una declaración de filiación natural sobre la base de la posesión notoria de aquel estado. La Corte comparte el siguiente concepto del fallador: ".....Para que el Juzgador pueda darle

paso favorable a una acción de la naturaleza de la de autos —la de filiación natural— con base en la posesión notoria del estado de hijo es necesario, en acuerdo con la rigurosidad de la ley y la doctrina que la prueba sea tan completa, plena y convincente que no deje en el ánimo del juzgador la menor duda acerca de la existencia de los hechos en que se funda la demanda...".

Si "los actos del padre consistentes en proveer a la subsistencia, educación y establecimiento del que se pretende hijo natural deben ser permanentes, constantes y regulares y además ostensibles y públicos siempre, porque ese es el medio indicativo que hace que los deudos, amigos o el vecindario en general reputen por esa serie de hechos que el padre trata al hijo como padre", ello implica que esa continuidad de hechos debe proyectarse en el ambiente social y familiar en donde ellos se producen. No basta que tres testigos digan simplemente que los deudos, amigos y vecindario en general reputaban a tal persona como hijo de fulano, sino que es preciso que en forma concreta y con claras especificaciones determinen el grupo humano que pudo darse cuenta de esa situación, para que al ánimo del juzgador llegue a la conclusión inequívoca de la paternidad cuya declaración impetra.

Leyendo las tres declaraciones de que se ha venido hablando se puede deducir que la tal posesión notoria del estado civil alegado, apenas sí traspasó el círculo amistoso de los declarantes que no dan cuenta de un deudo o familiar o de otro amigo que hubiera tenido conocimiento de los hechos que ellos apuntan de los cuales ha pretendido el actor deducir la posesión notoria de un estado civil. Siempre se ha reconocido que la ley 45 vino a remediar graves injusticias sociales; pero para que ella sea garantía del sosiego de las familias es menester que en su aplicación se tenga un criterio rígidamente estricto en la apreciación de la prueba.

No acreditado con evidencia el error de hecho ni el de derecho alegados, ni la forma o concepto en que ellos hubieren podido influir en la aplicación de las normas sustantivas citadas por el recurrente, el cargo se rechaza.

Los demás motivos de ataque a la sentencia no pueden ser considerados porque el extremo básico de la acción —reconocimiento de la filiación natural— no prospera.

En mérito de lo 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 de fecha diez y ocho de diciembre de mil novecientos cincuenta y cuatro del Tribunal Superior de Bogotá.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL, y devuélvase el negocio al Tribunal de su origen.

Ignacio Gómez Posse — Agustín Gómez Prada. Luis Felipe Latorre U. — José Joaquín Rodríguez. — Ernesto Melendro Lugo, Srio.

SALA DE CASACION PENAL

COLISION DE COMPETENCIAS. — DELITOS CONEXOS.—FALSEDAD Y ESTAFA

Siendo los delitos de la falsedad en documentos públicos y de la estafa, en cuantía que exceda de cinco mil pesos, de jurisdicción y competencia—en primera instancia— de los Jueces Superiores de Distrito Judicial (Arts. 1º y 2º Decreto Nº 3347 de 1950), la norma del artículo 50 del C. de P. P. invocada tanto por el Tribunal de Manizales como por el Juzgado Primero Superior de ese Distrito para determinar la competencia en este negocio en razón de la gravedad del primer delito, falsedad en documentos públicos, no tiene operancia ninguna para dilucidar el problema de la colisión de competencias, porque, se repite, no se trata de resolver una cuestión sometida al conocimiento de diversas competencias, sino la de determinar el funcionario que con la misma competencia debe conocer de los delitos de falsedad y estafa cometidos en diversas jurisdicciones. Mas no existiendo disposición especial que determine la competencia para los delitos conexos cometidos en distintas jurisdicciones, su ocurrencia debe estimarse comprendida —como lo ha dicho la Corte en otras oportunidades— en la norma del artículo 57 del C. de P. P.

Si los hechos, previamente, fueron puestos en conocimiento de los funcionarios del Distrito Judicial de Manizales, si dentro de esta jurisdicción se adelantó la correspondiente investigación, si allí se llevó a efecto la detención y si en ese lugar se cumplieron las diligencias más importantes del proceso, es natural que la competencia se rige por el artículo 50 del C. de P. P. y así habrá de resolverlo la Sala.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal. Bogotá, marzo nueve de mil novecientos cincuenta y seis.

Magistrado Ponente, Dr. Domingo Sarasty Montenegro.

VISTOS:

Procede la Corte a resolver el incidente de colisión de competencias negativa propuesto por el Juzgado 1º Superior de Pereira al Juzgado 1º Superior de Manizales, en el proceso que por los delitos de falsedad en documentos y estafa se adelanta contra JUAN GABRIEL CORREA LOPEZ y BENJAMIN SIERRA GOMEZ.

Antecedentes

Con base en la letra de cambio Nº 2843, girada en Pereira el catorce de junio de mil novecientos cuarenta y ocho por Benjamín Sierra G. a cargo de Carlos E. García H., por la cantidad de setenta y cinco mil doscientos pesos ($ 75.200.00) pagaderos en la ciudad de Manizales el día catorce de febrero de mil novecientos cuarenta y nueve (1949) previo endoso del documento de Juan Gabriel Correa, el doctor Tiberio Duque A, ante el Juzgado 1º Civil del Circuito de Manizales, pidió se librara orden de pago por la vía ejecutiva a favor de su mandante y en contra de la sucesión de Carlos E. García H., representada por el menor Luis Carlos Antonio García Ospina como heredero universal, y de la señora Luisa Ospina v. de García, en calidad de cónyuge sobreviviente.

Por auto de veintisiete de julio de mil novecientos cincuenta y uno (1951), el Juzgado libró mandamiento de pago por la cantidad arriba expresada, por los intereses vencidos y que se venzan hasta el día del pago a la tasa del uno por ciento mensual. Dentro del juicio el apoderado de los demandados propuso las excepciones de FALSEDAD del instrumento presentado con base del recaudo ejecutivo; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION POR CARENCIA DE CAUSA, y DOLO por parte del actor ejecutante.

En providencia de siete de mayo de mil novecientos cincuenta y dos (1952), el Juzgado, teniendo en cuenta que "dentro del término probatorio el excepcionante allegó numerosas pruebas tendientes a demostrar que el instrumento negociable base de la ejecución es falso", mandó "poner en conocimiento de las autoridades del Ramo Penal los hechos constitutivos de este juicio, con el fin de que el funcionario competente inicie la correspondiente investigación".

Con fundamento en lo dispuesto por el Juzgado, y con base en los documentos allegados, se

adelantó el proceso que culminó, en su primera fase, con la detención de Juan Gabriel Correa López, ordenada por el Juzgado de Instrucción Criminal, y, posteriormente, pasó al Juzgado Primero Superior del Distrito Judicial de Manizales, quien avocó el conocimiento del negocio. En el curso de las diligencias el apoderado del sindicado pidió la nulidad de lo actuado y solicitó el beneficio de libertad provisional; el Juzgado negó hacer la declaratoria de nulidad, y apelado el auto, el Tribunal no accedió a decretar el beneficio de libertad provisional, pero declaró nulo lo actuado con base en estas consideraciones:

Auto del Tribunal

"Se han venido aparejando en el expxediente cargos contra el citado señor Juan Gabriel Correa López, al valerse de tal instrumento para dicha acción civil, cargos que se le vienen deduciendo por el ilícito 'de la esta' (sic) -imperfecto-, en razón de que la letra ameritada ha sido tachada de falsa".

"De la indagatoria del sindicado Correa López y de otras diligencias se deduce que también se le están haciendo cargos en relación con el delito de 'la falsedad en documentos'.

"Se tiene que dado el lugar en donde se dice adulterada la letra en referencia, no es a las autoridades de este Distrito Judicial a quienes corresponde decidir acerca de ese presunto delito 'de la falsedad en documentos', sino que ello es de resorte de los funcionarios con jurisdicción en donde pudo haber llevado a cabo el ilícito".

"Ahora bien: como el delito de 'la falsedad en documentos' es más grave que el ilícito 'de la estafa' -imperfecto-, de que trata el expediente, de conformidad con el artículo 50 del C. de P. Penal, dada la conexidad de los hechos delictuosos que se anuncian, no es a este Tribunal a quien corresponde resolver la situación jurídica del sindicado sino en el Distrito Judicial donde se dice adulterada la letra de cambio. Ha debido el señor funcionario instructor atenerse a lo dispuesto en el artículo 12 ibidem, en su segundo aparte..."

"Conforme a lo anterior, teniendo en cuenta que el posible delito 'de la falsedad en documentos' a que alude el proceso no se anuncia cometido dentro de este Distrito Judicial, no puede aquí decidirse si se configuró o nó, ello es de resorte de las autoridades con jurisdicción para declararlo; y siendo, como lo es, tal presunto ilícito de mayor entidad que el 'de la estafa' -imperfecto- el negocio debe ventilarse por el procedimiento ordinario y juzgarse en ambos casos por quienes conozcan de aquél (citado art. 50 C. de P. Penal)".

El Juzgado Primero Superior de Manizales, cumpliendo lo ordenado por el Tribunal, remitió el negocio al Juez Primero Superior del Distrito Judicial de Pereira, quien, en providencia de ocho de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954), avocó el conocimiento.

En providencia de once de julio de mil novecientos cincuenta y cinco (1955), este último funcionario declaró cerrada la investigación y ordenó correr traslado del negocio al Agente del Ministerio Público, quien en su vista de julio veinticinco del año citado pidió se llamara a responder en juicio a Juan Gabriel Correa López por los delitos de "FALSEDAD EN DOCUMENTOS" y "DE LA ESTAFA" imperfecta; pero el Juzgado apartándose del criterio de su colaborador, en auto de nueve de septiembre del mismo año, sobreseyó definitivamente en favor de los acusados.

Auto del Tribunal

Al ser revisada la anterior providencia por el Tribunal, declaró nulo lo actuado desde el auto que declara cerrada la investigación y ordenó remitirlo al Juez competente, que lo era en su concepto el de Manizales, por estos motivos:

"Lo que esta Sala no encuentra claro es la afirmación que el H. Tribunal hace en el sentido de que para efectos de la competencia sea más grave el delito de falsedad que el de estafa en cuantía de $ 75.200.00. Porque lo cierto es que ambas infracciones son de competencia del Juez Superior, de acuerdo con las normas legales vigentes sobre la materia. Bien estaría lo de la falsedad es más grave que la estafa en este caso, si se aprecian en correlación con la penalidad prevista para cada una de estas infracciones, pero no para efectos de competencia, se repite, porque ambas son del conocimiento del Juez Superior. No hay diversidad de competencia y, por lo mismo, no tiene aplicación la norma del artículo 50 del C. de P. P. citada por el Tribunal de Manizales".

"Por tanto, si tanto la falsedad como la estafa imputadas en este proceso están sometidas a competencia del Juez Superior aunque se hayan cometido en lugares diversos. su juzgamiento corresponde al Juez Superior del Distrito Judicial de Manizales, toda vez que en territorio de su jurisdicción, en la propia cabecera de su Juzga-

do se formuló primero el denuncio, amén de que allí mismo se inició la instrucción, y de otro lado consta que en ese mismo territorio (Chinchiná) fue capturado el procesado Correa López".

El Juzgado Primero Superior de Pereira, aceptando los conceptos del Tribunal, ordenó remitir el negocio al Juzgado Primero Superior de Manizales, advirtiendo que si no se aceptaban sus razones "provoca colisión de competencia negativa".

El Juzgado Primero Superior de Manizales, en auto de seis de febrero del presente año, no aceptó las razones aducidas por el Juzgado Primero Superior de Pereira, y ordenó remitir el negocio a esta Entidad para que resuelva la colisión de competencias suscitada entre estos dos funcionarios.

Se considera

Dispone el artículo 50 del C. de P. P. que cuando en un mismo negocio deban investigarse y fallarse varios delitos sometidos a **diversas competencias,** conocerá del proceso el Juez o Tribunal que tenga jurisdicción para fallar el delito más grave; es decir, la ley al hablar de competencias hace referencia directa a funcionarios que dentro de la Rama Judicial no tienen el mismo grado de jurisdicción, como ocurre entre un Juez de Circuito y el Juez Superior, o entre éste y el Juez de Menores, o entre un Municipal y uno de Circuito, pero no entre funcionarios que tienen una misma potestad para conocer en un momento dado de uno o varios delitos que por su naturaleza caen bajo su dominio y jurisdicción.

Así, pues, cuando se trata de la comisión de varios delitos cometidos en lugares distintos y que no se hallan sometidos a diversas competencias, prevendrá en el conocimiento el Juez competente por la naturaleza del hecho, del lugar en que primero se formule el denuncio, o en que primero se inicie la investigación, y en igualdad de circunstancias el del lugar en que primero se haya aprehendido al inculpado, (Art. 57 C. de P. P.).

Siendo los delitos de la falsedad en documentos públicos y de la estafa, en cuantía que exceda de cinco mil pesos, de jurisdicción y competencia —en primera instancia— de los Jueces Superiores de Distrito Judicial (Arts. 1º y 2º Decreto Nº 3347 de 1950), la norma del artículo 50 del C. de P. P. invocada tanto por el Tribunal de Manizales como por el Juzgado Primero Superior de ese Distrito para determinar la competencia en este negocio en razón de la gravedad del primer delito, falsedad en documentos públicos, no tiene operancia ninguna para dilucidar el problema de la colisión de competencias, porque, se repite, no se trata de resolver una cuestión sometida al conocimiento de diversas competencias, sino el de determinar el funcionario que con la misma competencia debe conocer de los delitos de falsedad y estafa cometidos en diversas jurisdicciones. Mas no existiendo disposición especial que determine la competencia para los delitos conexos cometidos en distintas jurisdicciones, su ocurrencia debe estimarse comprendida —como lo ha dicho la Corte en otras oportunidades— en la norma del artículo 57 del C. de P. P.

Si los hechos, previamente, fueron puestos en conocimiento de los funcionarios del Distrito Judicial de Manizales, si dentro de esta jurisdicción se adelantó la correspondiente investigación, si allí se llevó a efecto la detención y si en ese lugar se cumplieron las diligencias más importantes del proceso, es natural que la competencia se rige por el artículo 57 y no por la norma del artículo 50 del C. de P. P. y así habrá de resolverlo la Sala.

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, DIRIME la colisión de competencias en el sentido de atribuír el conocimiento del presente negocio al Juzgado Superior del Distrito Judicial de Manizales.

Dése cuenta de lo resuelto aquí al señor Juez Primero Superior de Pereira.

Cópiese y remítase el proceso al Juez Primero Superior de Manizales.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra — Julio E. Arguello. Secretario.

CAMBIO DE RADICACIÓN DE UN PROCESO PENAL POR LOS DELITOS DE HURTO Y ESTAFA

1—Los delitos de hurto y estafa, en cuantía superior a cinco mil pesos, son de competencia del Juez Superior, conforme a los artículos 45 del estatuto procedimental y 2º del Decreto Legislativo 3347 de 1950. Por lo tanto, el negocio es susceptible de ser trasladado de un Distrito Judicial a otro (art. 58 C. de P. P.).

2—El cambio de radicación de un proceso penal tiende a asegurar la honesta y serena administración de justicia y la confianza colectiva en la imparcialidad de los jueces, cuando en el lugar donde debe juzgarse al responsable han surgido particulares circunstancias sociales que pueden perturbar el criterio de los juzgadores, o el esclarecimiento del delito, o influír en la merma de los derechos y garantías de las personas que intervienen en el proceso. Se recurre entonces a dicha medida precautelativa, a fin de evitar tales riesgos, sin que ello implique un cargo concreto contra la rectitud de los funcionarios que conocen o deben conocer del asunto. Se trata simplemente de garantizar su independencia y libertar funcional y los intereses de la justicia. Y en este orden de ideas, no se requiere una plena prueba sobre los motivos que justifiquen el cambio de radicación, sino que basta que de los elementos de juicio allegados se infiera la conveniencia de sustraer el proceso del ámbito anormal en que se mueve.

La destacada posición social de los protagonistas del delito, o de alguno de éllos, los merecimientos u honores que los distingan no son suficientes, por sí solos, para cambiar de sede un proceso. Pero si esos factores, por una u otra causa, logran apasionar a las gentes del lugar donde debe hacerse el juzgamiento, demostrando su simpatía o su aversión hacia la causa del presunto responsable, entonces se forma un clima colectivo que es inadecuado para la recta administración de justicia, y crea, por lo mismo, la necesidad de sacar el negocio de allí y llevarlo a otro Distrito Judicial, como medida de precaución.

Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Penal. Bogotá, diez de marzo de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra)

El representante de la parte civil ha solicitado al Ministerio de Justicia el cambio de radicación del proceso que se adelanta en la ciudad de Pasto contra RAFAEL APRAEZ PORTILLA, EFIN FAIMBAUM RUBINSTEIN, LUIS FELIPE MOSQUERA MEDINA y JOSE MARIA GARCIA TREJOS por los delitos de estafa y hurto en perjuicio de los intereses del Banco de la República y de Aerovías Nacionales de Colombia, Avianca.

Al respecto, el peticionario alega dos razones primordiales:

a) Que existe en la ciudad de Pasto un ambiente de simpatía hacia los sindicados, que los ha convertido "en víctimas y en cierto modo en héroes", debido a que el señor Apráez tiene parentesco "con personalidades de prestancia local y aún fuera de allí"..

"Este sentimiento del pueblo pastuso —agrega el señor apoderado— vino a estimularlo en grado sumo la publicación espectacular que hicieron los diarios de Bogotá el pasado 15 de los corrientes, incluyendo fotografías de los sindicados, como puede verse en las muestras que adjunto.

"Algunas de las manifestaciones del desagrado del pueblo de Pasto por las gráficas periodísticas se hicieron públicas en la incineración de ejemplares de prensa contentivos de esas publicaciones, en las calles de la ciudad, después de pagar hasta dos pesos por cada uno de ellos"; y

b) Que a los procesados se les está dando en la cárcel de Pasto un tratamiento benévolo muy

especial, circunstancia que unida a la inseguridad que presenta ese establecimiento, hace muy posible la fuga de aquéllos.

Como pruebas, se han acompañado los siguientes documentos:

1º—Un oficio del Gobernador del Departamento de Nariño dirigido al Ministro de Justicia, en que coadyuva el cambio de radicación, fundándose en "las publicaciones de la prensa, la inseguridad de las Cárceles y la misma influencia que pueda ejercerse sobre los Jueces";

2º—Dos certificados del Juez Especial de Instrucción del Servicio de Inteligencia Colombiano, en que afirma estos hechos: que en la actualidad está adelantando el sumario por los delitos de estafa y hurto contra Rafael Apráez Portilla, Efin Faimbaum, José María García Trejos y Luis Felipe Mosquera, quienes se encuentran detenidos preventivamente; que la cuantía de los ilícitos asciende a la suma de $ 855.000.00; que en el proceso fue admitida la demanda de parte civil que presentó el doctor Ramón Acevedo Blanco, como apoderado especial del Banco de la República y de Aerovías Nacionales de Colombia, Avianca; que, en relación con el tratamiento que se les está dando a dichos presos, pudo observar, "de manera personal y objetiva, que una vez trasladados a la Cárcel Nacional de esta Ciudad (Pasto, aclara la Corte), han sido objeto de consideraciones especiales; y, concretamente, que el Director actual aceptó ante el suscrito y el Jefe de la Seccional del SIC Teniente Nieto Linares, haber concedido permiso de salida al sindicado señor Rafael Apráez el domingo pasado doce de los corrientes, por lo que en presencia del funcionario mencionado, se le llamó la atención sobre el particular al Director de la Cárcel, ya que esa clase de permisos para 'sindicados' no están autorizados por los reglamentos carcelarios"; y que, "por razones de posición social, nexos familiares y otras circunstancias de orden regional, el ambiente en general en esta ciudad es claramente adverso a la investigación y favorable para los sindicados, que son en su mayoría oriundos de la ciudad o con nexos familiares entre sí y gentes influyentes de la localidad";

3º—Cuatro escritos difundidos por Radio en la ciudad de Pasto, y que son:

Uno del Reverendo Padre N. N., del cual se toman estos apartes:

"Ante los estruendosos sucesos del Banco... como capellán que soy de la cárcel judicial de esta ciudad, ya que los aludidos están bajo mi dirección espiritual, comparto con la ciudadanía culta y católica el sentimiento unánime y lleno de conmiseración por la situación amarga y angustiosa que afrontan los infortunados presos... Nada sucede al acaso, todo lo permite Dios y hasta es necesario que vengan las desgracias y las pruebas y las tentaciones..., pero no es menos cierto de que todos tenemos derecho a esperar perdón de la misericordia infinita...; también Dios necesitó de un cirineo para llevar su cruz en la vía dolorosa y no hubiera recibido en su reino al buen ladrón, si su corazón no nos hubiera querido enseñar la caridad desde su cruz. Hago pues llegar a mis queridos presos, mis sentimientos de solidaridad espiritual en su amargo retiro..."

Un escrito de Jorge Mora, que se titula "QUIEN NO RESPETA UN GRAN DOLOR, LOS MERECE TODOS". Allí se dice, entre otras cosas:

"...En medio de tanta iniquidad, cuando la justicia ciega y despiadada signa con su dedo fatídico a determinadas personas, hay que buscar algo de la fe perdida en el sentimiento y perdonar al que ha errado, compadecer al infortunado sin hacer escándalo ni ostentación en sus culpas.

"Cómo me ha sorprendido en mi calidad de cristiano sin alardes de tál, el descomunal despliegue de la prensa y más aún, cómo me ha llenado el ánimo de soberbia los comentarios callejeros sin valor ni fundamento, formulados muchas veces en las altas esferas de mentirosa sociedad que antes de mirar la paja en el ojo del vecino, deben curar sus lacerías ocultas..."

Otro escrito de la Dirección del Radio Noticiero "El Mundo", de Pasto. A él pertenecen los siguientes pasajes:

"Creemos que la sociedad estará de acuerdo con nosotros en la reprobación que hacemos como hombres de bien y como cristianos del escandaloso despliegue que hicieron tres periódicos bogotanos en torno al desgraciado suceso de la sustracción de los billetes del Banco de la República. Advertimos, que no nos solidarizamos con el delito ni tratamos de hacer la defensa de quienes aparecen como sindicados. Sólamente queremos sentar nuestra inconformidad por la publicación de las fotografías de los cuatro ciudadanos, quienes al parecer aparecen equiparados como peligrosos criminales..."

Y una comunicación del señor Vicente Andrade, dirigida al Director del Radio Noticiero "El Mundo", en que le expresa lo que en seguida se copia:

"En esta tierra donde aun prevalecen los sen-

timientos cristianos, produjo un monstruoso escándalo el despliegue publicitario que se le dió en la prensa de Bogotá al desgraciado asunto relacionado con los billetes perforados del Banco de la República. Creo yo que no hubo una sola persona que no reaccionara con indignación al contemplar la forma infamante como se presentaron las fotografías de los cuatro individuos a quienes se acusa como presuntos delincuentes, y si la reacción hubiera sido de modo diverso, acusaría de despiadados e inhumanos a los habitantes de esta tierra.

"Ud. Sr. Ponce, interpretó fielmente el sentimiento unánime de los pastusos, captó a cabalidad la vehemente protesta de todos nosotros, por eso quiero unir mi sincera felicitación a las innumerables que habrá ya recibido por su magnífico artículo leído anoche en su radio periódico "El Mundo". Así debe procederse, sin miedo y sin reticencias, cuando se trata de una causa digna, como es la de defender los fueros de la justicia y de una doctrina rubricada con la sangre del Calvario.

"...Al que cae debe dársele la mano para que levante y merece misericordia el que ha delinquido.."

4º—Un recorte del periódico "El Correo", que circuló el 17 de febrero último, en que aparece una información de Pasto protestando enérgicamente por la publicación de los fotografías de los procesados que hicieron algunos periódicos de Bogotá. De lo transmitido por el corresponsal Ponce, figura lo siguiente:

"Ha causado indignación el que dichos periódicos hubieran publicado fotografías de cuatro sindicados, equiparándolos como criminales, a pesar de que dichos ciudadanos observaron una vida limpia y pertenecen a familias honorables de la ciudad... La prensa hablada y escrita de la ciudad protestó vigorosamente y hubo ciudadanos que quemaron tales periódicos por juzgar que ellos habían faltado a la caridad que se debe al prójimo en desgracia... Hoy se supo que el Colegio de Abogados de Nariño enviaría una protesta al Procurador General de la Nación en reprobación del despliegue informativo de los tres periódicos capitalinos..."

5º—Cuatro recortes de los periódicos bogotanos 'Diario de Colombia', 'La República', 'La Paz', y 'El Mercurio', donde aparecen las fotografías, con la ficha carcelaria, de cada uno de los sindicados Apráez Portilla, Faimbaum, García Trejos y Mosquera Medina.

6º—Copia de un Oficio del Director interino de la Cárcel de Pasto, dirigido al investigador, según el cual, "todos los sindicados por el delito de robo de dineros al Banco de la República gozan de visitas diarias durante todo el día y hasta en horas de la noche". Además, afirma que el establecimiento "carece en absoluto de seguridades en todo sentido para mantener presos, especialmente a los peligrosos", y que el servicio de guardia, salvo pocas excepciones, lo nota "laxo e insuficiente para contener el influjo de la intelectualidad de los presos".

Por su parte, el Juez que instruye el mencionado sumario informa que el actual Director de la Cárcel le manifestó que "está seguro de la amistad de estos presos con los guardianes, y éstos, además, son en su gran mayoría de la región, como los sindicados; que reciben atenciones de esos presos en forma especial, y son en extremo complacientes con los mismos, por lo que prevé que pueda presentarse cualquier anomalía seria". Y

7º—Copia de un radio del investigador al Jefe del SIC, cuyo texto dice, en lo pertinente:

"Pasto, febrero 28 de 1956. Coronel Ordóñez, Jefe del SIC. - Bogotá, Director antiguo Cárcel infórmame nuevo Director nombrado recientemente que no pudo posesionarse por falta requisitos ordenó pasar presos robo Banrepública convivir guardianes. Tiénense fundados temores puedan propiciarles fuga por amistad íntima éstos. Como antiguo Director está sólamente encargado mientras nuevo llena requisitos fáltanle, pretenden guardianes y presos desconocer autoridad encargado.."

En cumplimiento de la función a que se refieren los artículos 8º de la Ley 850 de 1933 y 58 del Código de Procedimiento Penal, la Corte considera:

Los delitos de hurto y estafa de que se sindica a Rafael Apráez Portilla y otros, en cuantía superior a cinco mil pesos, son de la competencia del Juez Superior, conforme a los artículos 45 del estatuto procedimental y 2º del Decreto Legislativo Nº 3347 de 1950. Por lo tanto, el negocio es susceptible de ser trasladado de un Distrito Judicial a otro. (Art. 58 C. de P. P.).

El cambio de radicación de un proceso penal tiende a asegurar la honesta y serena administración de justicia y la confianza colectiva en la imparcialidad de los jueces, cuando en el lugar donde debe juzgarse al responsable han surgido particulares circunstancias sociales que pueden perturbar el criterio de los juzgadores, o el esclarecimiento del delito, o influír en la merma de los derechos y garantías de las personas que

intervienen en el proceso. Se recurre entonces a dicha medida precautelativa, a fin de evitar tales riesgos, sin que ello implique un cargo concreto contra la rectitud de los funcionarios que conocen o deben conocer del asunto. Se trata simplemente de garantizar su independencia y libertad funcional y los intereses de la justicia. Y en este orden de ideas, no se requiere una plena prueba sobre los motivos que justifiquen el cambio de radicación, sino que basta que de los elementos de juicio allegados se infiera la conveniencia de sustraer el proceso del ámbito anormal en que se mueve.

La destacada posición social de los protagonistas del delito, o de alguno de ellos, los merecimientos u honores que los distingan no son suficientes, por sí solos, para cambiar de sede un proceso. Pero si esos factores, por una u otra causa, logran apasionar a las gentes del lugar donde debe hacerse el juzgamiento, demostrando su simpatía o su aversión hacia la causa del presunto responsable, entonces se forma un clima colectivo que es inadecuado para la recta administración de justicia, y crea, por lo mismo, la necesidad de sacar el negocio de allí y llevarlo a otro Distrito Judicial, como medida de precaución.

Esto ocurre, precisamente, en el caso que se examina. De las pruebas acompañadas por el abogado de la parte civil, se obtiene la fundada creencia de que en Pasto se ha suscitado un clima social francamente favorable a los sindicados, que patrocinan, en primer término, el Capellán de X y los Radios de la ciudad, elementos por demás potentes para formar una conciencia común que puede incidir en el desenlace de la acción penal. Desde luégo esa campaña aparece inspirada en sanas intenciones y en nobles sentimientos de conmiseración.

Y si, de otro lado, se tiene en cuenta la inseguridad de la Cárcel de Pasto y la conducta benévola de los guardianes por la situación de los procesados, circunstancias que hacen surgir un peligro de fuga —que traería desprestigio a la justicia—, es preciso concluír que la solicitud de la parte civil resulta atendible.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Penal— conceptúa que debe cambiarse de radicación el proceso por estafa y hurto contra Rafael Apráez Portilla, Efin Faimbaum R., Luis Felipe Mosquera Medina y José María García Trejos, que adelanta en la ciudad de Pasto el Juez Especial de Instrucción del Servicio de Inteligencia Colombiano.

Cópiese y devuélvanse las diligencias al señor Ministro de Justicia.

Domingo Sarasty M. — Jesús Estrada Monsalve Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra — Julio E. Arguello R. Secretario.

RECURSO DE REVISION DE LOS PROCESOS ADELANTADOS POR INFRACCION DE LA LEY 48 DE 1936 Y DEL DECRETO 1426 DE 1950, FALLADOS POR LAS AUTORIDADES DE POLICIA. — RETROACTIVIDAD DE LA LEY PROCESAL MAS FAVORABLE. — EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD. — PRUEBAS FALSAS, PRUEBAS SECRETAS Y HECHOS NUEVOS EN RELACION CON LAS CAUSALES DE REVISION

1.—En tesis general, no puede admitirse el recurso de revisión respecto de fallos proferidos por las autoridades de policía, así lo tiene resuelto esta Sala (v. auto enero 24 de 1956, G. J. número 2163 64, págs. 131 ss.). Pero en esta misma providencia, la Corte consideró la posibilidad de que este recurso tuviera cabida en situaciones similares a las contempladas en el Decreto 0014 de 1955 que reprime los "estados de especial peligrosidad" y para los cuales se autorizó la medida extraordinaria de que se viene hablando. Tal es el caso del artículo 8º (aparte d) de la ley 48 de 1936 y del artículo 8º del Decreto 1426 de 1950, pues estas disposiciones quedaron incorporadas, si no en las palabras, sí en lo sustancial en el Decreto 0014 de 1955, tanto en lo que uno y otro tratan de prevenir y sancionar teniendo en cuenta los antecedentes personales del sujeto y su conducta antisocial, como en la calidad de las sanciones.

2. — Entiende el señor Procurador que mientras no sea declarado inexequible por la Corte el artículo 83 del Decreto 0014 de 1955, según el cual se contrae la vigencia de dicho Decreto a los procesos iniciados con posterioridad al 1º de febrero de 1955, es preciso darle aplicación y en consecuencia no es el caso de admitir el recurso de revisión de procesos iniciados con anterioridad a la fecha citada.

Pero en materia criminal, la Ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable, dice el artículo 26 de la Carta Fundamental. Y otra norma del mismo estatuto (artículo 215) enseña que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales. De modo que la misma Constitución indica cómo deben resolverse esta clase de conflictos, sin necesidad de esperar a que intervenga la suprema autoridad judicial mediante una declaración de inexequibilidad.

Por consiguiente, si en una misma materia se ha dispuesto algo favorable al procesado, como es un recurso de revisión, bien puede éste admitirse para quien fue juzgado por un hecho análogo, pues allí precisamente opera la norma atrás citada para dirimir la pugna entre un precepto constitucional y otro de inferior jerarquía.

3.—La revisión, a diferencia de la casación, es un recurso esencialmente probatorio. Esto quiere decir que cualquiera que sea el cargo que se le formule a la sentencia de acuerdo con uno o más de los cinco motivos que taxativamente señala el artículo 571 del C. de P. P., debe ser demostrado para que pueda darse la orden de revisar el proceso objeto de la impugnación, referente ésta no a errores de derecho sino a equivocaciones sobre los hechos básicos del procesamiento. Por esto no es desacertado el concepto de que la revisión equivale a desvirtuar la fuerza de la cosa juzgada, es decir, de lo ya establecido como verdad en el juicio que, para ser desquiciado, requiere la prueba —no la creencia ni el simple parecer— de que se construyó sobre documentos inexactos o adulterados o se incurrió en un error judicial al condenar a persona distinta del verdadero responsable.

4.—No conduce a la revisión del proceso, por la causal 3ª del artículo 571 del C. de P. P., la prueba de la falsedad de un testimonio, si éste no ha sido determinante del fallo y, por el contrario la sentencia fue proferida con base en otras piezas del proceso.

5.—La Corte ha dicho que "la prueba de documento secreto de que habla la ley, es aquella que permanece oculta, ignorada o escondida en el proceso y que por la reserva de ella no pudo ser conocida previamente por el apoderado o defensor, y que el funcionario prevalido de su carácter de fallador la tuvo en cuenta para pronunciar la sentencia condenatoria, pero esta causal no hace referencia a las pruebas que favoreciendo los intereses del sindicado dejaron de allegarse, caso que no ha sido contemplado por la ley como causal de revisión".

6. — Con respecto al recurso de revisión debe observarse: a) que las meras deficiencias que se anotan en los procesos no dan por sí lugar a que sean revisados; y b) que es inconducente referirse a los argumentos expuestos durante el juicio. Lo primero, porque a ello se opone la naturaleza del recurso, que implica la demostración de que existe alguno de los cinco motivos señalados en el artículo 571 y no al simple señalamiento de irregularidades o defectos no comprendidos allí; y lo segundo, porque el admitir como fundamento válido el que fue tema de examen en el período averiguatorio que precedió al fallo, equivaldría a una prolongación de las instancias.

7.—El hecho nuevo a que se refiere la ley —ha dicho esta Sala Penal de la Corte— es el que en sí mismo tiene capacidad suficiente para demostrar que se ha pronunciado una condena injusta, bien porque el delito no se cometió o porque la responsabilidad deducida proviene de un flagrante error judicial.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Penal. Bogotá, trece de marzo de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez)

Vistos:

En fallo de 18 de noviembre de 1954, el Juzgado Superior de Policía de Bogotá aclaró y adicionó el pronunciado en primera instancia el 27 del mes anterior por un funcionario de la misma institución (Policía Nacional), en el sentido de expresar que los tres años de colonia con que fue sancionado Luis Alberto Muñoz Rosero se le aplican como infractor del aparte d) del artículo 8º de la Ley 48 de 1936, en armonía con el artículo 8º del Decreto 1426 de 1950, y en el de ordenar que los objetos de "dudosa e ilícita procedencia" que le fueron encontrados al infractor (máquina fotográfica, cucharas, uniformes militares, cédula falsa de ciudadanía, etc.) debían ser devueltos a los dueños y entidades correspondientes.

Contra esa sentencia ha intentado recurso de revisión el doctor Francisco Santamaría Mosquera (defensor del procesado en las instancias), quien ha invocado las causales 3ª, 4ª y 5ª del artículo 571 del C. de P. P., que en su orden dicen:

"3º—Cuando alguno esté cumpliendo condena y se demuestre que es falso algún testimonio, peritazgo, documento o prueba de cualquier otra clase que haya podido determinar el fallo respectivo;

"4º—Cuando la sentencia condenatoria, a juicio de la Corte Suprema, haya sido obtenida por algún documento u otra prueba secreta que no existía en el proceso, y

"5º—Cuando después de la condenación aparezcan hechos nuevos o se presenten pruebas no conocidas a tiempo en los debates, que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado o condenados, o que constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad".

Pero antes de examinar cuáles son los fundamentos de dichos motivos y si en realidad puede alguno de ellos aceptarse como probado, conviene aclarar una cuestión previa planteada por el demandante y que el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal no refuta sino que la presenta más que como tesis incontrovertible, en forma dubitativa o como tema de estudio, y es la referente a la procedencia del recurso en este caso, no comprendido expresamente en la Ley conforme a la cual se sancionó el hecho atribuído a Muñoz Rosero entre los que dan lugar a este medio extraordinario establecido para reconstruir juicios ya terminados.

En concreto, el punto que debe definirse es el siguiente: si de acuerdo con el principio universal de derecho sobre aplicación de la ley favorable o permisiva, puede admitirse el recurso de revisión respecto de los fallos proferidos por las autoridades de policía.

En tesis general, la respuesta es negativa, y ya la Sala lo ha resuelto así, como puede verse en la última sentencia que el señor Procurador trascribe en sus partes pertinentes (la del 24 de enero de este año.) Pero allí mismo se consideró la posibilidad de que este recurso tuviera cabida en situaciones similares a las contempladas en el Decreto número 0014 de 1955 que reprime los "estados de especial peligrosidad" y para los cuales se autorizó la medida extraordinaria de que se viene hablando. Y es indudable que las disposiciones de la Ley 48 de 1936 (aparte d) del artículo 8º y artículo 8º del Decreto 1426 de 1950) quedaron incorporadas, si no en las palabras, sí en lo sustancial en el Decreto Nº 0014 de 1955, tanto en lo que uno y otro tratan de prevenir y sancionar teniendo en cuenta los antecedentes personales del sujeto y su conducta antisocial, como en la calidad de las sanciones (relegación hasta por ocho años en colonias agrícolas).

A pesar de esta evidente semejanza, para el señor Procurador subsiste alguna duda, emanada ella del texto del artículo 83 del Decreto número 0014 de 1955, que dice:

"El presente Decreto se aplicará a los procesos que se iniciaren con posterioridad a su vigencia, y comenzará a regir el primero de febrero de 1955".

Entiende él que aparte de los términos precisos de este artículo, que no permiten su aplicación fuera de los casos especialmente previstos, mientras no sea declarado inexequible, tal como ocurrió con el artículo 722 del C. de P. P. ,no puede desconocerse.

"La retroactividad —dijo la Sala en sentencia a que alude el señor Procurador— implica un conflicto o colisión entre dos normas de diferentes épocas (Ley antigua y Ley nueva) que contemplan un mismo acontecimiento. Por virtud de este fenómeno jurídico, la Ley nueva obra sobre situaciones producidas antes de entrar ella en vigencia... Es esencial —se aclaró— en la retroactividad que la situación por resolver sea de naturaleza similar a la prevista en la nueva norma. La retroactividad supone, necesariamente, dos casos ligados entre sí por una semejanza fundamental, puesto que las disposiciones legales se basan en las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas, y no pueden aplicarse, por lo tanto, sino a todo aquello que está comprendido dentro del principio general que encierra el precepto...".

Atendiendo a esta interpretación no hay, pues, ninguna dificultad para resolver el punto.

Resta saber, si por haber dispuesto expresamente el Decreto número 0014 de 1955, que su vigencia se contrae a los procesos iniciados con posterioridad al primero de febrero de 1955, es preciso guardar tal prescripción mientras no sea declarada inexequible por la Corte.

En materia criminal, la Ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable, dice el artículo 26 de la Carta fundamental. Y otra norma del mismo estatuto (artículo 215) enseña que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales. De modo que la misma Constitución indica cómo deben resolverse esta clase de conflictos, sin necesidad de esperar a que intervenga la suprema autoridad judicial mediante una declaración de inexequibilidad.

Por consiguiente, si en una determinada materia se ha dispuesto algo favorable al procesado, como es un recurso de revisión, bien puede éste admitirse para quien fue juzgado por un hecho análogo, pues allí precisamente opera la norma atrás citada para dirimir la pugna entre un precepto constitucional y otro de inferior jerarquía en el orden de precedencia de las leyes.

La revisión en materia penal

La revisión, a diferencia de la casación, es un recurso esencialmente probatorio. Esto quiere decir que cualquiera que sea el cargo que se le formule a la sentencia de acuerdo con uno o más de los cinco motivos que taxativamente señala el artículo 571 del C. de P. P., debe ser demostrado para que pueda darse la orden de revisar el proceso objeto de la impugnación, referente ésta no a errores de derecho sino a equivocaciones sobre los hechos básicos del procesamiento. Por esto no es desacertado el concepto de que la revisión equivale a desvirtuar la fuerza de la cosa juzgada. es decir, de lo ya establecido como verdad en el juicio que, para ser desquiciado, requiere la prueba —no la creencia ni simple parecer— de que se construyó sobre documentos inexactos o adulterados o se incurrió en un error judicial al condenar a persona distinta del verdadero responsable.

Afirma el apoderado de Muñoz Rosero, en cuanto al primer motivo aducido por él (3º del artículo 571) que los declarantes Fabio Milcíades

Melo y Bernardo Restrepo Rico faltaron a la verdad y aseveraron hechos falsos con el solo fin de ejercer una represalia contra el reo, por haber tenido éste que intervenir en una investigación en la que ellos aparecían complicados; y que igual reparo de parcialidad existe respecto de los testigos Pedro José Páez y Soledad Laverde, estimados, sin embargo, como prueba en el proceso.

Para darle firmeza a este cargo, el recurrente pidió, durante el término probatorio, que se recibieran las declaraciones de Soledad Laverde, Hernando París Barreto y Mario Castillo, y así se hizo, sin que el resultado pueda calificarse de favorable a las pretensiones del actor. Porque aparte de que los declarantes tan sólo se refirieron a algunas manifestaciones hostiles de Fabio Milcíades Melo para con Muñoz, el testimonio de aquél (Melo) en el proceso materia del recurso no fue el determinante de la sentencia condenatoria. En efecto, y así lo anota acertadamente la Procuraduría, esa sentencia se funda en muchos otros datos, como los provenientes de lo declarado por Antonio José Medina Muñoz, Joaquín Perilla, Pedro León Erizalde, Guillermo Salcedo Pardo, Elvia Bernal, Luis A. Barrios Angel, Nemesio Villarraga M., etc., como también en diligencias practicadas en el establecimiento de lavandería del procesado y en su casa de habitación, en donde se hallaron objetos que por ser de ilícita procedencia eran buscados por las autoridades.

El cargo referente a la causal tercera no está, por lo tanto, probado.

Que la sentencia condenatoria se obtuvo por medio de documentos y pruebas secretas; que se partió de una hipótesis al dar por cierto un pasado judicial inexistente; y que se aceptó que a Muñoz Rosero se le había hecho las dos amonestaciones y requerimientos que ordena la Ley 48 de 1936 para poder considerar a un individuo como reducidor, es el cargo que con fundamento en la causal cuarta invoca el recurrente.

A esto contesta el señor Procurador en la forma muy completa e inobjetable que va a verse. Dice el colaborador de la Sala lo que sigue:

"En cuanto a lo primero, a los folios 9, 26, 27 y 74 del expediente, aparecen las relaciones de antecedentes de Muñoz Rosero, y estos documentos, al tenor del artículo segundo del Decreto Legislativo 1426 de 1950, sirven de pruebas; y ellos, además, fueron conocidos por el procesado y su defensor o apoderado.

"En cuanto a lo segundo, en la sentencia de segunda instancia se dijo expresamente:

"'Según este último considerando transcrito Muñoz Rosero es igualmente infractor de los ordinales d) y e) del referido artículo octavo de la Ley 48 mencionada; pero como legalmente no es posible condenársele por ambos aspectos o modalidades, distintos en su esencia, ya que corresponden, respectivamente, a dos hechos o situaciones ilícitos diversos, este Superior estima que tal condenación debe hacerse contra este procesado por infracción del primero de dichos ordinales, que es el que aparece más claramente comprobado, con exclusión del otro ordinal e); debiendo aclararse o precisarse, en este sentido, el fallo apelado, de acuerdo con lo que, al respecto, ha alegado el señor defensor del procesado en su escrito correspondiente, presentado en este Despacho...'.

"Así, pues, que no es lógica la aseveración que dicho señor defensor hace a la H. Corte de que:

"Fueron secretas estas pruebas porque sólo vinieron a mencionarse en la sentencia, no se dio a Muñoz tiempo de desvirtuar las afirmaciones relacionadas con antecedentes, ni existieron los requerimientos o amonestaciones, de los que sólo viene a hablarse en el fallo definitivo.

"Continúa con respecto a esta causal de revisión el señor abogado recurrente:

"Muñoz Rosero no tuvo oportunidad de conocer a tiempo los testimonios producidos en su contra. **Fueron éstos una prueba secreta** que se le adujo o se llevó para tenerla en cuenta sólo en el fallo. Esta afirmación se comprueba o explica así: Muñoz fue recluído o detenido en un establecimiento no para sindicados sino para personas definitivamente condenadas. A pesar de haber solicitado reiteradamente se le remitiera al Juzgado para conocer el expediente, jamás jamás (sic) se le concedió elemental principio de defensa...".

"Esta argumentación tampoco tiene consistencia o fundamento alguno.

"En efecto: al folio 85 del expediente y con fecha 5 de octubre de 1954 se le notificó al procesado Muñoz Rosero el auto de detención preventiva y llamamiento a juicio proferido en el proceso que se pretende revisar. Notificación análoga se le hizo al doctor Santamaría Mosquera en esa misma fecha, lo que indica que este distinguido abogado y su cliente ya se habían comunicado al respecto.

"La gran mayoría de las pruebas que obraron

para la sentencia se hallan en esa primera parte del proceso, y es de observar que en su totalidad se componen de copias tomadas de otro proceso seguido contra Muñoz Rosero, es decir, que tanto en el uno como en el otro tuvo la ocasión de conocer **las actuaciones de toda clase** que existían en ellos.

"Es cierto que desde el 29 de septiembre anterior, por razones de seguridad, el procesado Muñoz Rosero había sido trasladado a la Penitenciaría Central de La Picota (fls. 99 a 100 del expediente y 62 del cuaderno de la Corte), pero ni esto era una irregularidad ni ello impedía la comparecencia del procesado, cuando ésta fuere necesaria, ante las autoridades que lo requirieran; y la prueba está en que oportunamente fue presentado al Juzgado para la notificación del auto de detención, para la celebración de la audiencia (fl. 171) notificación de la sentencia de primera instancia (fl. 189 vto.) así como de la segunda (fl. 205 vto.) tan pronto como esas providencias fueron pronunciadas.

"Y es de observar que si el procesado no conocía la actuación habida ante el Juez de primera instancia, pudo conocerla en el acto de la audiencia; y en cuanto a su apoderado le era tan conocida y sabida que ya llevaba escrito su interesante cuanto detallado alegato de defensa.

"Además, tal actuación, casi en su totalidad se refirió a la práctica de las pruebas solicitadas por el señor defensor mencionado.

"Ahora bien: si el diligente cuanto experto defensor del sindicado intervino durante el término probatorio en las declaraciones de Ana Isabel Hernández (fl. 94) y Fabio Milcíades Melo (fl. 114), así como fue notificado (fl. 141 vto.) de la diligencia de la inspección ocular efectuada durante el término probatorio, esto implica que no es aceptable el que dicho abogado afirme que 'los testimonios se recibieron en su ausencia (se refiere al procesado), no tuvo tiempo de contrainterrogar a los testigos, y lo que es **más aberrante** (sic) se le negaron los careos que solicitó con esos falsarios precisamente para poder desmentirlos'.

"La prueba de careos solicitada por el señor apoderado del procesado fue negada por el señor Juez en auto que corre al folio 90 vto., por considerarse ineficaz junto con otras dos pedidas por el mismo señor defensor, consideradas inconducentes.

"Acerca de la calidad de prueba o cantidad probatoria del careo la H. Corte en varias ocasiones ha demostrado las reservas o la ineficacia de tales medios, y esto cobra mayor fundamento en los procesos seguidos por el trámite especial de las leyes sobre seguridad y prevención social, cuyo primordial y más efectivo propósito es el de la rápida y segura justicia sin los estorbos e inconvenientes dilatorios de las acciones o juicios comunes u ordinarios.

"Finalmente es conveniente transcribir la siguiente jurisprudencia de la H. Corte que viene muy bien al presente caso:

"La prueba de documento secreto de que habla la ley, es aquella que permanece oculta, ignorada o escondida en el proceso y que por la reserva de ella no puede ser conocida previamente por el apoderado o defensor, y que el funcionario prevalido de su carácter de fallador la tuvo en cuenta para pronunciar la sentencia condenatoria, pero esta causal no hace referencia a las pruebas que favoreciendo los intereses del sindicado dejaron de allegarse, caso que no ha sido contemplado por la ley como causal de revisión".

"Así, pues, careciendo de fundamento y de razón esta causal cuarta de revisión debe rechazarse".

Es oportuno agregar a los anteriores conceptos del Agente del Ministerio Público, estas dos observaciones: a) que las meras deficiencias que se anotan en los procesos no dan de por sí lugar a que sean revisados; y b) que es inconducente referirse a los argumentos expuestos durante el juicio. Lo primero, porque a ello se opone la naturaleza del recurso, que implica la demostración de que existe alguno de los cinco motivos señalados en el artículo 571 y no el simple señalamiento de irregularidades o defectos no comprendidos allí; y lo segundo, porque el admitir como fundamento válido el que fue tema de examen en el período averiguatorio que precedió al fallo, equivaldría a una prolongación de las instancias.

Ofreció el demandante traer la prueba para demostrar el 5º cargo, o sea que después de la condena aparecieron hechos nuevos no conocidos al tiempo del juzgamiento; pero omitió presentarla, pues la ya analizada (declaraciones de Soledad Laverde, Hernando París Barreto y Mario Castillo), no revela dato alguno según el cual pudiera establecerse la inocencia o irresponsabilidad del reo, ni siquiera constituye indicio de

ninguna categoría respecto de dicha inocencia o irresponsabilidad.

El hecho nuevo a que se refiere la Ley —dice la Sala Penal de la Corte en sentencia que transcribe la Procuraduría— es el que en sí mismo tiene capacidad suficiente para demostrar que se ha pronunciado una condena injusta, bien porque el delito no se cometió o porque la responsabilidad deducida proviene de un flagrante error judicial. Y nada de esto se advierte en el caso de Muñoz Rosero.

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 Procurador Segundo Delegado en lo Penal, NIEGA la revisión del proceso que se adelantó en los Juzgados 4º y Superior de Policía de Bogotá, en el cual se condenó a Luis Alberto Muñoz Rosero a relegación a una colonia agrícola penal por el término de tres años, como infractor del aparte d) del artículo 8º de la Ley 48 de 1936, en armonía con el artículo 8º del Decreto 1426 de 1950.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Domingo Sarasty Montenegro — **Jesús Estrada Monsalve** — **Ricardo Jordán Jiménez** — **Luis Zafra.** — **Julio E. Argüello R.**, Secretario.



SE RECTIFICA UNA DOCTRINA DE LA CORTE SOBRE COMPETENCIA PARA CONOCER DEL DELITO DE FUGA. — ESTA CORRESPONDE AL JUEZ DEL TERRITORIO DONDE SE COMETE LA INFRACCION Y NO AL DEL TERRITORIO DONDE ESTA UBICADA LA CARCEL

1.—Dentro del género de los delitos contra la administración de justicia, incurre en el denominado "de la fuga de presos" la persona que, hallándose legalmente detenida bajo la imputación de un hecho delictuoso o como consecuencia de una condena, se sustrae al régimen disciplinario que le ha impuesto la respectiva autoridad judicial. Son, pues, dos los elementos materiales que estructuran la infracción, cuya imputabilidad supone, por lo demás, la intención y voluntad de fugarse (dolo genérico): una detención legalmente decretada y el acto de liberación con que el agente hace nugatoria la restricción de su libertad personal por el poder público.

Ahora bien: que es el segundo de estos elementos el que sirve para determinar la consumación del ilícito, no sólo se infiere de los términos empleados por el legislador en el artículo 203 del Código de las Penas ("El que se fugue, estando legalmente detenido..."), sino de la doctrina de los autores. "La evasión se consuma —dice Sebastián Soler— en el momento en que el sujeto logra desvincularse de su anterior estado de detención, por haber salvado los obstáculos materiales opuestos por los dispositivos de encerramiento y por haberse desvinculado de los perseguidores. Mientras no ha logrado esa relativa consolidación de su estado de libertad, el delito se encuentra en tentativa"; y Giuseppe Maggiore: "El momento consumativo se verifica en el acto mismo en que el individuo reconquista su libertad; dicho resultado se realiza aunque el fugado sea capturado de nuevo. Mientras no se verifique ese resultado (la liberación), puede haber tentativa".

2—No es admisible la excepción que, en relación con el delito de fuga, le hace la Corte (LXVII, 614) a la norma general contenida en el artículo 55 del Estatuto Procesal, según la cual "es competente por razón del lugar donde debe ventilarse el proceso, el Juez del territorio en que se comete la infracción".

Acaso la solución adoptada por la Sala en situación semejante se debió a la conveniencia de que el sindicado de fuga sea juzgado por este ilícito penal dentro de la misma jurisdicción en que se le adelanta el proceso en cuya virtud fue detenido; pero no tratándose de territorio indeterminado, ni de ninguna de las demás hipótesis contempladas en los artículos 56 y 57 de la misma obra, es del todo inaceptable acudir a una supuesta extraterritorialidad de los reglamentos carcelarios para hacer distinciones que el claro tenor literal de la ley no consiente, en materias tan esencialmente vinculadas, como ésta de la competencia, a la validez de los juicios. Si tal interpretación fuera verdadera, habría que concluir también —arguyendo AB ABSURDO pues "eadem ratio ibi eadem dispositio"— que el robo cometido por el prófugo o la muerte del mismo a manos de su guardián, no serían del conocimiento del juez del territorio donde la apropiación indebida o el homicidio se causaron, sino del juez del lugar en que se hallara ubicado el establecimiento de detención a cuya reglamentación disciplinaria estuvieran sometidos uno y otro.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, quince de marzo de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve)

Vistos:

El Juez Territorial del Amazonas, con residencia en Leticia, decretó la detención provisional

de Julio Enrique Restrepo y Gabriel Uribe Restrepo, como presuntos responsables de la muerte de Aristides Mosquera Palma, ocurrida en esa jurisdicción.

Los procesados fueron remitidos a la ciudad de Garzón para la práctica de algunas diligencias y de allí a la Dirección General de Prisiones con rumbo al lugar de su procedencia; pero ocurrió que, al bajarse del tren en Bogotá, ambos se fugaron aprovechando la aglomeración de personas que es natural en esas circunstancias.

Adelantada la correspondiente investigación, el Juez Tercero Penal del Circuito de Bogotá, a quien correspondió en reparto el negocio, remitió los autos al Juez Territorial del Amazonas, con fundamento en parecer de esta Sala, según el cual es competente el Juez del territorio en que funciona la cárcel donde el responsable se halla detenido. Dicho Juez dispuso, a su turno —con acierto, pues sus funciones son las mismas de los Jueces Municipales y éstos no conocen de tales infracciones— el envío del negocio al Juez Promiscuo del Circuito de Florencia "para que resuelva lo que estime legal"; pero este funcionario se abstuvo de conocer afirmando que la competencia es del Juez Tercero Penal del Circuito de Bogotá por haberse perpetrado el ilícito en territorio de su jurisdicción, y provocó competencia negativa para el caso de no ser aceptados sus argumentos.

El Juez Tercero, ampliando la cita que había hecho de una providencia de la Corte —donde se agrega que de las fugas realizadas fuera del lugar donde la detención se cumple también conoce el juez del territorio en que funciona el establecimiento carcelario respectivo—, acepta la colisión propuesta "y dispone que el Superior la dirima".

Se considera:

El Juez Tercero de Circuito de Bogotá se basó, para rehusar el conocimiento del negocio, en los siguientes apartes del auto de fecha primero de junio de mil novecientos cincuenta, por el cual se dirimió una controversia similar a la presente:

"Si aquel delito, pues, requiere el funcionamiento de una cárcel y el internamiento del procesado en ella, se concluye que se comete en el territorio en donde aquélla existe, y que el juez competente para juzgarlo es el de ese territorio, aunque la fuga se haya ejecutado mediante aprovechamiento indebido de la confianza que el director, al darle licencia de salir fuera de la cárcel, y el guardián al permitirle retirarse a un lugar que se encontraba ya más allá del límite de la jurisdicción territorial del juez por cuenta del cual se hallaba detenido, depositaron en el evadido.

"Se deriva de lo anterior que el delito de fuga, por causa de su esencia de ruptura del régimen carcelario, se comete, sea en la realidad o sea en virtud de una ficción de prolongamiento del régimen que acompaña al detenido donde quiera que se halle, en el territorio en que funciona la cárcel en que el responsable se halle detenido, y que, por lo tanto, el juez competente para juzgar al evadido es el de ese territorio" (LXVII, 614).

El criterio entonces adoptado por la Sala, que aún no tiene el alcance jurisprudencial que ha querido dársele, merece ser rectificado con fundamento en los razonamientos que a continuación se hacen.

Dentro del género de los delitos contra la administración de justicia, incurre en el denominado "De la fuga de presos" la persona que, hallándose legalmente detenida bajo la imputación de un hecho delictuoso o como consecuencia de una condena, se sustrae al régimen disciplinario que le ha impuesto la respectiva autoridad judicial. Son, pues, dos los elementos materiales que estructuran la infracción, cuya imputabilidad supone, por lo demás, la intención y voluntad de fugarse (dolo genérico): una detención legalmente decretada y el acto de liberación con que el agente hace nugatoria la restricción de su libertad personal por el poder público.

Ahora bien: que es el segundo de estos elementos el que sirve para determinar la consumación del ilícito, no sólo se infiere de los términos empleados por el legislador en el artículo 203 del Código de las Penas ("El que se fugue, estando legalmente detenido..."), sino de la doctrina de los autores. "La evasión se consuma —dice Sebastián Soler— en el momento en que el sujeto logra desvincularse de su anterior estado de detención, por haber salvado los obstáculos materiales opuestos por los dispositivos de encerramiento y por haberse desvinculado de los perseguidores. Mientras no ha logrado esa relativa consolidación de su estado de libertad, el delito se encuentra en tentativa"; y Giuseppe Maggiore: "El momento consumativo se verifica en el acto

mismo que el individuo reconquista su libertad; dicho resultado se realiza aunque el fugado sea capturado de nuevo. Mientras no se verifique ese resultado (la liberación), puede haber tentativa". No es admisible, por tanto, la excepción que, en el proveído parcialmente transcrito y en relación con el delito de fuga, se le hace a la norma general contenida en el artículo 55 del Estatuto Procesal, según la cual "Es competente por razón del lugar donde debe ventilarse el proceso, el Juez del territorio en que se comete la infracción".

Acaso la solución adoptada por la Sala en situación semejante se debió a la conveniencia de que el sindicado de fuga sea juzgado por este ilícito penal dentro de la misma jurisdicción en que se le adelanta el proceso en cuya virtud fue detenido; pero no tratándose de territorio indeterminado, ni de ninguna de las demás hipótesis contempladas en los artículos 56 y 57 de la misma obra, es del todo inaceptable acudir a una supuesta extraterritorialidad de los reglamentos carcelarios para hacer distinciones que el claro tenor literal de la ley no consiente, en materias tan esencialmente vinculadas, como ésta de la competencia, a la validez de los juicios. Si tal interpretación fuera verdadera, habría que concluir también —arguyendo **ab absurdo,** pues "eadem ratio ibi eadem dispositio"— que el robo cometido por el prófugo o la muerte del mismo a manos de su guardián, no serían del conocimiento del juez del territorio donde la apropiación indebida o el homicidio se causaron, sino del juez del lugar en que se hallara ubicado el establecimiento de detención a cuya reglamentación disciplinaria estuvieran sometidos uno y otro.

De lo anterior se concluye que, habiéndose consumado en Bogotá el ilícito de que se acusa a Julio Enrique Restrepo Jiménez y Gabriel Uribe Restrepo, cuando ambos regresaban al lugar de su procedencia, bajo la custodia de los agentes Luis Alfonso Gómez y José Alejandro Ladino el conocimiento del negocio le corresponde al Juzgado Tercero Penal del Circuito de la misma ciudad y así habrá de resolverse.

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 hecho mérito en el sentido de que es el señor Juez Tercero Penal del Circuito de Bogotá el competente para conocer de este proceso.

Remítanse las diligencias al funcionario últimamente nombrado, y dése cuenta de lo aquí resuelto al Juzgado Promiscuo del Circuito de Florencia (Caquetá).

Cópiese y cúmplase.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra. — Julio E. Argüello R., Secretario.

ABUSO DE AUTORIDAD. — DAR NOTICIA DE UN HECHO QUE SE CREE DELICTUOSO Y ABSTENCION DEL FUNCIONARIO PARA INVESTIGAR

La obligación que la ley impone a los funcionarios de la Rama Jurisdiccional de dar noticia de un hecho delictuoso a la autoridad competente (Art. 11 del C. de P. P.), está subordinada a la apreciación subjetiva que el funcionario se forme del hecho, para saber si en un momento dado es o nó constitutivo de delito; es decir, si en su concepto- el hecho no tiene el carácter de ilícito, la obligación de dar noticia de él al funcionario competente no es imperativa ni conlleva deberes y obligaciones que al omitirlas lo hagan responsable ante la ley. Tampoco surge ese deber cuando media petición de parte, porque la simple solicitud no crea la obligación ya que es el hecho en sí mismo considerado el que debe configurar el delito para que se adelante la investigación, pues si la acusación es infundada desaparece el deber legal por no ser el hecho constitutivo de infracción penal.

Por esto es por lo que la ley relaciona intimamente la disposición del artículo 11 del C. de P. P. por la del 174 del Código Sustantivo, en cuya norma se establece la sanción para los funcionarios o empleados públicos que omiten el deber a que hace referencia la primera de las disposiciones citadas, pero esa obligación "dar noticia" se vincula directamente con "la comisión de un delito", de manera que, si en concepto del funcionario el hecho no es constitutivo de infracción de la ley penal, cesa el deber legal y la omisión —se repite— no acarrea en ningún caso responsabilidad pues la simple posibilidad de que ésta o aquella actuación pueda ser constitutiva de delito, no es motivo de información.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal. Bogotá, marzo quince de mil novecientos cincuenta y seis.

Magistrado Ponente, Dr. Domingo Sarasty M.

VISTOS:

Por consulta revisa la Corte la providencia de tres de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, "por la cual se declara que los hechos imputados al doctor ENRIQUE BECERRA no son constitutivos de infracción penal, y en consecuencia, ORDENA CESAR todo procedimiento contra el citado doctor Becerra"..

Antecedentes

Ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto, Macaria Martínez demandó a Emiliano Gómez A. para que "se le paguen alimentos debidos por disposiciones de la ley". En el curso del juicio el apoderado de la demandante solicitó la práctica de una diligencia pericial y designó como perito al señor Arquimedes Astorquiza M., quien para cumplir el cargo tomó datos a los arrendatarios de las casas de propiedad del demandado, señores Luis Brandt y Constantino Díaz, sobre los cánones de arrendamiento. Afirma el denunciante que el perito presentó un recibo firmado por Ludwing o Luis Brandt y que esta certificación era falsa, por lo cual el 1º de marzo de 1952 pidió al doctor Enrique Becerra, titular del Juzgado, el desglose de dicho documento para que conjuntamente con la petición lo remitiera al Juez competente para que adelante la correspondiente investigación; "pero dicho juez guardó absoluto silencio sobre el particular faltando al deber impuesto por el artículo 11 del C. de P. P. Insistí por medio de memoriales de 14 y 24 del mismo mes en tal requerimiento, y el mentado Juez correspondió con igual reticencia, sin expresar motivo alguno, como dando lugar a constituír una prueba sobre elementos falsos y delictuosos, lo que deja mucho que pensar".

Investigación

Al sumario se allegaron los siguientes elementos probatorios:

a) Acuerdo de nombramiento y acta de pose-

sión, con lo cual se acredita la calidad de funcionario público que como Juez del Circuito tenía el doctor Becerra cuando se produjo la denuncia.

b) Copias de los memoriales presentados por el señor Emiliano Gómez, ante el Juez Segundo Civil del Circuito, y de las providencias dictadas por el Juzgado para resolver las peticiones del demandado.

c) Dentro del sumario se practicó la diligencia de inspección ocular con intervención de los peritos doctores Manuel J. Troya y Arcesio Guerrero, en cuyo dictamen se expresa:

"...A fjs. 43 del cuaderno 2º de dicho juicio se encuentra la constancia de haberse desglosado del indicado asunto una constancia firmada por el señor L. Brandt, cuyo desglose se ordenó por auto de 2 de junio de 1952, a virtud de solicitud formulada por el señor Fiscal del Juzgado 2º Superior, habiéndose verificado la entrega del desglose el 5 del mismo mes y año";

"A fjs. 50 del cuaderno 2º del indicado juicio, corre un memorial suscrito por el señor Emiliano Gómez dirigido al Juez 2º Civil del Circuito en el cual se solicita que se ordene sacar copias de la constancia firmada por el señor Brandt y otras, para que se ordene averiguar un delito de falsedad que se dice cometido por el perito señor Arquimedes Astorquiza M., lo cual ha sido negado por el Juzgado por estemporáneo (sic) mediante auto de 11 de marzo de 1952, el escrito fue presentado el 1º del mismo mes y se dio cuenta al señor Juez por la Secretaría el 10 del mismo mes y año. Se funda la negativa en que aún no se ha mandado poner en conocimiento de las partes los conceptos periciales";

"A fls. 52 del mismo cuaderno y juicio figura el memorial del señor Emiliano Gómez de fecha 14 el cual pidió reposición del auto a que se refiere el punto anterior o en subsidio apelación, de ese escrito dio cuenta el Secretario el 18 y se decretó el 20 del mismo mes y año y reconoce que en el auto anterior se omitió involuntariamente decretar sobre una reposición o apelación subsidiaria y los decretó por este auto";

"Por memorial de 24 de marzo de 1952 insistió el señor Gómez en la reposición o en subsidio pidió se le expidan copias para recurrir de hecho. A esta petición recayó el auto de 26 de marzo de 1952 mediante el cual negó el Juzgado lo primero y concedió lo segundo, ordenando expedir las copias".

"Por lo anterior conceptuamos que el procedimiento del Juzgado ha sido correcto y ajustado a los términos de ley".

d) En el curso de la investigación se recibió indagatoria al Dr. Becerra, en la cual expresa detenidamente su actuación en cuanto a los cargos objeto de la denuncia.

Concepto del Agente del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, después de analizar los elementos probatorios y la indagatoria del doctor Becerra, en relación con los cargos formulados por el denunciante, expresa:

"Lo afirmado por el doctor Becerra Bucheli en cuanto a la evacuación de todos y cada uno de los escritos del abogado Gómez A. se halla comprobado en el proceso no sólo por la inspección ocular efectuada sobre el expediente del litigio entre los esposos Gómez Martínez sino por las copias tomadas del mismo y en el cual aparecen las diferentes actuaciones del demandado tendientes a demorar y dificultar la tramitación y fallo de esa litis. Por lo tanto, por este aspecto, no hay nada en especial qué decir ni qué agregar a lo considerado al respecto por el H. Tribunal en el proveído que es materia de la consulta".

Y en relación con el segundo cargo sobre un posible delito de falsedad en el dictamen pericial expresa que "para definir, en principio, la posibilidad de un delito de falsedad en el dictamen pericial, era indispensable la tramitación previa de la objeción pertinente, es decir, que la resolución del Juzgado no estaba descaminada en absoluto cuando el Juez afirma que la objeción al dictamen pericial no podía considerarse ni resolverse por el Juez sino dentro del tiempo que la ley le había señalado para ello", y concluye pidiendo se confirme la providencia objeto de la consulta.

Se considera

La obligación que la ley impone a los funcionarios de la Rama Jurisdiccional de dar noticia de un hecho delictuoso a la autoridad competente (Art. 11 del C. de P. P.), está subordinada a la apreciación subjetiva que el funcionario se forme del hecho, para saber si en un momento dado es o nó constitutivo de delito; es decir, si —en su concepto— el hecho no tiene el carácter de ilícito, la obligación de dar noticia de él al funcionario competente no es imperativa ni conlleva deberes y obligaciones que al omitirlas lo hagan responsable ante la ley. Tampoco surge ese deber cuando media petición de parte, porque la simple solicitud no crea la obligación ya que es el hecho en sí mismo considerado el que debe con-

figurar el delito para que se adelante la investigación, pues si la acusación es infundada desaparece el deber legal por no ser el hecho constitutivo de infracción penal.

Por esto es por lo que, la ley relaciona íntimamente la disposición del artículo 11 del C. de P. P. con la del 174 del Código Sustantivo, en cuya norma se establece la sanción para los funcionarios o empleados públicos que omiten el deber a que hace referencia la primera de las disposiciones citadas, pero esa obligación "dar noticia" se vincula directamente con "la comisión de un delito", de manera que, si en concepto del funcionario el hecho no es constitutivo de infracción de la ley penal, cesa el deber legal y la omisión —se repite— no acarrea en ningún caso responsabilidad pues la simple posibilidad de que ésta o aquélla actuación pueda ser constitutiva de delito, no es motivo de información.

"Para que la investigación se abra por el Juez —ha dicho la Corte— 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 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 o 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 INFRACCION PENAL, el funcionario no prejuzga, ni omite o rehusa el ejercicio de una función inherente a su investidura. No hay delito que 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 1º 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".

Pero en el caso sub-judice, el doctor Becerra no omitió el cumplimiento de la obligación impuesta por el artículo 11 del C. de P. P., sino, simplemente, se limitó a afirmar que los hechos alegados por Gómez "los resolvería el Juzgado cuando el concepto pericial se pusiera en conocimiento de las partes", porque "la alegación de que en el concepto pericial se había cometido un delito de falsedad, era una objeción que no podía considerarse ni resolverse por el Juez sino dentro del tiempo que la ley le había señalado para ello". "Cuando Emilio Gómez presentó sus memoriales no se había puesto aún en conocimiento de las partes el concepto pericial. No era por consiguiente el caso de admitir y considerar objeciones, y entonces el Juzgado en sus distintos autos dijo que esas observaciones de Gómez se tendrían en cuenta cuando llegara la oportunidad. De allí que no se ha negado el desglose a que se refiere Gómez ni se ha cometido ninguna arbitrariedad por parte del Juzgado al dictar dichos autos".

En relación con el segundo cargo, el concepto pericial rendido por los doctores Troya y Guerrero, da cuenta de que todas las peticiones hechas por el señor Emilio Gómez A. fueron resueltas en su debida oportunidad, por lo cual conceptuaron que la actuación del Juzgado en ese negocio "ha sido correcta y ajustada a los términos de ley" y en cuanto hace al recurso de hecho propuesto por el demandante, fue concedido pero no llegó a tramitarse por razones que se desconocen. "Pero aquí —dice el Tribunal— sería el caso de hacer alusión a una circunstancia muy significativa que pone de relieve, en cierta forma, el comportamiento del denunciante. Anótese cómo el auto que concedió el recurso de hecho lleva fecha 26 de marzo de 1952, no obstante que en ese proveído se ordenó compulsar las copias en el

término de cinco días (subraya el Tribunal), el doctor Gómez presenta denuncio con fecha 28 de marzo del mismo año contra el doctor Becerra, es decir, antes de vencerse el plazo de expedición de las copias y sin esperar las resultas de tal recurso, para luego afirmar paladinamente en su escrito de denuncia que sus memoriales de 14 y 24 de marzo no fueron resueltos por el doctor Becerra". Lo que equivale a afirmar que el funcionario acusado no omitió, ni rehusó ni retardó el cumplimiento de un acto al que legalmente estaba obligado. Su actuación en la tramitación del negocio es justa y, ceñida a la ley.

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 Segundo Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, CONFIRMA la providencia de tres de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco, objeto de la consulta.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra — Julio E. Arguello. Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

NULIDADES CONSTITUCIONALES. — LA EMBRIAGUEZ, LA FALTA DE ILUSTRACION Y LA BUENA CONDUCTA ANTERIOR COMO CIRCUNSTANCIAS DE MENOR PELIGROSIDAD

1—Las nulidades se han instituído como protección del ordenado y legal desarrollo de los actos procesales. Ellas garantizan los intereses colectivos y los derechos de las personas que intervienen en el proceso. El acto nulo implica que se ha cumplido sin los requisitos que exige la ley para su validez; y por eso, el supuesto de la nulidad es el quebrantamiento de una determinada norma jurídica de obligatoria observancia.

La Corte ha reconocido las nulidades de superior jerarquía (constitucionales), pero lo ha hecho en casos extraordinarios, en que se han desquisiado las bases del juzgamiento y perjudicado ostensiblemente los intereses de la justicia y los de parte legítima. El pensamiento de la Sala ha sido muy claro sobre el particular (V. sentencias agosto 2 de 1948 y marzo 18 de 1947).

2—Quiere la ley (art. 506 C. de P. P.). en primer término, que los interesados estén presentes en el acto del sorteo de los jueces de conciencia para que si alguno de los sorteados se halla impedido por cualquiera de los motivos que señalan los artículos 492 a 496 del mismo estatuto, pidan que se le reemplace en el curso de la diligencia. Pero también dispone la ley que el sorteo debe hacerse, aunque las partes no hayan concurrido a él, seguramente para impedir que el proceso sufra demoras, o que las actuaciones del mismo queden subordinadas a la voluntad de quienes dejaron de asistir deliberadamente o por descuido. Con todo, el legislador les concede un término de cinco días, a partir de la realización del sorteo, a fin de que puedan solicitar la remoción de los jurados que estuvieren justamente impedidos.

3—La experiencia cuotidiana demuestra que no todos los borrachos cometen delitos, y que cuando incurren en éllos, la raíz de su delincuencia debe buscarse más bien en las tendencias e inclinaciones del sujeto, y no en la embriaguez, que apenas viene a ser la ocasión o el modo de manifestarse la peligrosidad del agresor. "Mientras en los individuos no predispuestos a la criminalidad —dice el profesor Di Tullio—, la intolerancia del alcohol, aunque cause perturbaciones de todo género y las más diversas formas de astenia o de leve excitación psico-motriz, no es generalmente peligroso en cuanto no provoca actos delictivos sino en casos del todo excepcionales; en los intolerantes predispuestos al delito, el alcohol actúa, en cambio, vigorizando las varias aptitudes criminosas y favoreciendo su realización".

Por eso, el Código Penal consagra como circunstancia de menor peligrosidad la embriaguez, únicamente cuando el agente "no haya podido prever sus consecuencias delictuosas". (art. 38, num. 5º)

4—La deficiencia en los conocimientos del reo, consistente en su falta de ilustración, no opera automáticamente en su favor para disminuírle la pena. El Código la condiciona a su eficacia "en la ejecución del hecho" (art. 39, num. 11). Es decir, que entre la ignorancia del agente y el delito cometido por él, debe existir cierto nexo de causalidad. En consecuencia, la dicha atenuante alude a aquellas infracciones llamadas de creación política, en las que se requieren nociones particulares que influyen en la comisión del hecho punible, o al menos hacen prever los resultados antisociales del mismo. Mas si se trata de ilícitos que presuponen en todos los individuos un mínimo de conocimientos y de disciplina social, como en los denominados delitos naturales, —entre ellos el homicidio—, la circunstancia aludida resulta improcedente.

"La falta de ilustración —ha dicho la Corte— no puede aceptarse como índice de menor peligrosidad en aquellas acciones que todo el mundo sabe, sin necesidad de aprendizaje especial, que de suyo son ilícitas, como el homicidio y el robo". (Cas. septiembre 12 de 1950).

5—Reiteradamente ha sostenido la Sala

que el "ser sujeto pasivo de un sumario no es prueba de mala conducta o de haber sido condenado, porque el sumario no es sino el conjunto de diligencias que las autoridades adelantan para AVERIGUAR si se ha cometido un hecho delictuoso o una contravención"; y que "las simples sindicaciones no son circunstancias de mayor peligrosidad, porque el resultado de la acción penal no se ha traducido en un hecho concreto".

6—La norma del art. 39 C. P. restringe la amplitud que el art. 36 ibidem les da a los juzgadores para aplicar la sanción al delincuente "dentro de los límites señalados por la ley", y guiándose siempre por el criterio de la peligrosidad, que es el fundamento y la medida de la pena. Porque, al tenor de dicho artículo, bastaría una sola circunstancia de mayor peligrosidad, por ejemplo, para imponer la sanción extrema al responsable, cuando aquélla fuese de tal magnitud y significación que no dejara duda sobre la más alta capacidad antisocial del autor del delito. Con todo, el legislador (art. 39) quiso poner un límite a ese poder discrecional del Juez, en tratándose de circunstancias de mayor y menor peligrosidad, y fue así como estatuyó que sólo se puede llegar al máximo de la medida represiva, si únicamente concurren circunstancias agravantes, o al mínimo de ella, cuando todas son atenuantes. De suerte que si a un mismo tiempo existen factores de ambas calidades —de mayor y de menor peligrosidad—, la sanción se tiene que adaptar más allá del mínimo, pero sin acudir al máximo.

Corte Suprema de Justicia — Sala de lo Penal. Bogotá, diez y seis de marzo de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra)

VISTOS:

Con aplicación en su máximo del artículo 362 del Código Penal, JOSE DAVID PLATA CORONEL fue condenado a catorce años de presidio y accesorias correspondientes, como responsable de la muerte que le causó a Víctor Mejía Martelo, según fallo del Tribunal Superior de Barranquilla proferido el ocho de mayo de 1954.

Contra esa sentencia interpusieron recurso de casación el acusado y su defensor.

La demanda fue presentada oportunamente y en ella se invocan las causales 4ª y 1ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Cuarta Causal — Nulidad del juicio

Plantea el demandante una de las llamadas nulidades constitucionales, por cuanto al sorteo parcial de jurados para reemplazar al señor Emiro J. Samudio, no se hizo concurrir al reo, siendo así que éste se hallaba detenido.

"Es cierto —afirma el actor— que este hecho no está erigido (sic) en causal especial de nulidad, pero esa Corte ha dicho que existen ciertas nulidades constitucionales, cuando un juicio se ha adelantado prescindiendo de las formas propias del juicio y una forma especial es la que el preso concurra a las diligencias de sorteo y se le notifiquen personalmente todas las providencias.

"Las nulidades en derecho penal, se establecen con la finalidad exclusiva de favorecer los intereses del sindicado. Su declaración es procedente en los casos en que se hallen conculcados o supeditados los derechos de éste, por acciones o (sic) omisiones de la ley".

El señor Procurador 1º Delegado en lo Penal combate el cargo por varias razones, a saber: 1ª Porque las providencias concernientes al sorteo parcial y al reconocimiento del Juez popular que resultó elegido, se notificaron personalmente a las partes y ninguna de éllas hizo el menor reclamo; 2ª Porque el defensor de Plata Coronel estuvo presente en el acto del sorteo, y nó lo objetó; y 3ª Porque, conforme al artículo 506 del estatuto procedimental, la diligencia de sorteo puede realizarse sin la presencia de los interesados, y entonces les queda a éstos el derecho de pedir el reemplazo de los jurados legalmente impedidos, dentro de los cinco días siguientes a la práctica de la diligencia, como lo consagra el artículo 511 ibidem.

Y concluye el representante del Ministerio Público:

"En tales condiciones, no se ve la significación que hubiera podido tener la presencia del procesado en el acto del sorteo, ni la posibilidad de que se hubiesen podido conculcar los derechos de su defensa ni las garantías de imparcialidad en la integración del tribunal popular que debía juzgarlo".

Se considera:

A solicitud de la defensa, el Juez del conoci-

miento dispuso reemplazar al jurado Emiro J. Samudio, y señaló el día 29 de abril de 1953, a las cuatro de la tarde, para llevar a término la diligencia, la cual se realizó en esa fecha con la presencia del defensor. Al final del acta, se lee:

"Se deja constancia que el procesado Plata Coronel no asistió a esta diligencia por cuanto no fue traído de la cárcel donde se encuentra detenido, no obstante haberse solicitado con tiempo al Director del Penal. El señor Juez practicó la diligencia de sorteo en virtud de que se encuentra presente su defensor, del procesado".

Por auto de dos de mayo de 1953, se declaró "elegido miembro del Tribunal de Conciencia para este proceso, al señor Antonio Viñas".

Tanto esta providencia como la que fijó fecha para el sorteo parcial de jurados, fueron notificadas personalmente al procesado y su defensor, y éllos guardaron silencio acerca de la designación del nuevo Juez de conciencia.

Las nulidades se han instituído como protección del ordenado y legal desarrollo de los actos procesales. Ellas garantizan los intereses colectivos y los derechos de las personas que intervienen en el proceso. El acto nulo implica que se ha cumplido sin los requisitos que exige la ley para su validez; y por eso, el supuesto de la nulidad es el quebrantamiento de una determinada norma jurídica de obligatoria observancia.

Mas no es ésta la situación que se contempla en el caso **sub judice**, ya que las disposiciones legales que regulan el sorteo de jurados fueron cumplidas a cabalidad. Entre esas normas, se halla el artículo 506 del Código de Procedimiento Penal, que dice:

"El sorteo del jurado será público, con asistencia de las partes; pero la ausencia de éstas no impedirá su verificación".

Quiere la ley, en primer término, que los interesados estén presentes en el acto del sorteo de los jueces de conciencia para que si alguno de los sorteados se halla impedido por cualquiera de los motivos que señalan los artículos 492 a 496 del mismo estatuto, pidan que se le reemplace en el curso de la diligencia. Pero también dispone la ley que el sorteo debe hacerse, aunque las partes no hayan concurrido a él, seguramente para impedir que el proceso sufra demoras, o que las actuaciones del mismo queden subordinadas a la voluntad de quienes dejaron de asistir deliberadamente o por descuido. Con todo, el legislador les concede un término de cinco días, a partir de la realización del sorteo, a fin de que puedan solicitar la remoción de los jurados que estuvieren justamente impedidos.

Procesado y defensor fueron notificados personalmente de los respectivos autos sobre sorteo parcial y aceptación del nuevo juez popular elegido, sin que ejercieran el derecho de reclamo. Es más: el defensor presenció la diligencia y se conformó con ella; aparte de que el funcionario del conocimiento hizo las gestiones ante el Director de la Cárcel para que Plata Coronel concurriera a presenciar el sorteo, cosa que no obtuvo.

Por lo visto, se ignora en qué pueda radicar la violación de la ley procesal y menos el desconocimiento de las garantías del procesado que ampara el artículo 26 de la Carta. De donde se sigue que la invocación de la nulidad de orden constitucional es absolutamente improcedente.

Cierto que la Corte ha reconocido esa clase de nulidades de superior jerarquía; pero lo ha hecho en casos extraordinarios, en que se han desquiciado las bases del juzgamiento y perjudicado ostensiblemente los intereses de la justicia y los de parte legítima. El pensamiento de la Sala ha sido muy claro sobre el particular en múltiples decisiones. Conviene reproducir dos de ellas.

"Unicamente cuando la informalidad es substancial o afecta vitalmente el procedimiento previo a la decisión, en manifiesto daño del acusado o de parte legítima, es cuando puede decirse que el imperio de la Constitución se ha quebrantado, y es preciso restablecerlo". (Sentencia de 2 de agosto de 1948).

"No toda deficiencia o irregularidad en la tramitación de un proceso criminal tiene capacidad para obrar decisivamente y determinar la invalidez de la actuación. Es necesario comprobar que esa anomalía fue de tanta importancia que influyó manifiestamente en el desenlace de la acción. Y cuando se apunta como motivo de nulidad la falta de una fórmula propia del juicio, hay que demostrar que ella mermó las garantías constitucionales del enjuiciado y que esa fue la causa del resultado adverso que se trata de corregir". (Fallo de 18 de marzo de 1947).

En consecuencia, la causal cuarta carece de fundamento.

Causal 1ª - Violación de la ley penal

Empieza el actor por criticar ciertos pasajes de la sentencia recurrida sobre la peligrosidad del procesado. Sin embargo, no ataca concretamente

las dos circunstancias genéricas de agravación que el Tribunal tuvo en cuenta para no aplicar el mínimo de la pena, y que fueron la futilidad del motivo determinante y el modo de ejecución del delito que dificultó la defensa de la víctima e hizo patente la insensibilidad moral del agresor.

En cambio, el señor apoderado puntualiza el cargo por otro aspecto, o sea que en favor de Plata Coronel existen varias circunstancias de menor peligrosidad, que no apreció el Tribunal. Y siendo ello así, resulta injusto y contrario a la ley el máximo de la pena que impuso el sentenciador de segundo grado.

Sintetiza la acusación en los siguientes términos:

"De acuerdo con lo anterior, se tiene que concurren a favor de Plata Coronel varias circunstancias de menor peligrosidad, como son las de embriaguez, la falta de ilustración y la buena conducta anterior.

"...Estimo que la sentencia viola de modo flagrante, los arts. 36, 37, 38 y 39 del C. P., que en ella se hizo una errónea interpretación y una mala aplicación de la ley.

"Hubo mala aplicación de la ley, porque el Tribunal ha atribuído malamente la calidad de circunstancias de mayor peligrosidad a hechos que no reúnen estas condiciones, porque no ha tenido en cuenta las circunstancias de menor peligrosidad que he dejado enumeradas.

"La principal errónea aplicación de la ley consistió en no obedecer lo preceptuado por el artículo 39, que de manera perentoria dice que sólo se podrá aplicar el máximo de la sanción, cuando concurran únicamente circunstancias de mayor peligrosidad. Y aquí no está demostrado que en este hecho sólamente concurren esas clases de circunstancias".

Termina el demandante pidiendo que se infirme la sentencia impugnada, a fin de que se rebaje la sanción, pues la pena máxima que aplicó el Tribunal "peca no sólo contra la justicia y la equidad, sino contra el simple sentido común".

A ello se opone el señor Procurador, quien desecha las tres circunstancias favorables que invoca el apoderado de Plata Coronel.

Sobre la primera —embriaguez— dice que del expediente "no se infiere que el procesado, en el acto del ilícito, hubiese estado, evidentemente, embriagado". Y cita, al efecto, los testimonios de José de Jesús Aguirre y de los agentes de policía Luis Roberto Sarmiento y Julio Herrera Frade.

De la segunda —falta de ilustración— afirma que no se sabe hasta qué punto han llegado los conocimientos intelectuales, literarios o agrícolas de Plata Coronel, de una parte; y de otra, que la ley penal sólo admite esa atenuante, "en cuanto haya influído en la ejecución del hecho", requisito que falta en el presente caso.

Y en lo concerniente a la tercera —buena conducta anterior del reo— sostiene el Agente del Ministerio Público que "no habiendo de otro lado una prueba clara de donde el juzgador pueda con certeza jurídica hacer la declaración de buena conducta del procesado, sí sirve la sindicación por lesiones personales que éste registra, para abstenerse de hacerla".

Solicita, en consecuencia, que no se case el fallo recurrido.

Considera la Corte:

Narran los autos que el cinco de junio de 1952, como a las ocho de la noche, se encontraba Víctor Mejía Martelo tomándose unas cervezas en la tienda de José de Jesús Aguirre, en Barranquilla, cuando llegó José David Plata Coronel —que también había ingerido licor— y compró cinco centavos de cigarrillos Pielroja. Pagó con una moneda de cinco centavos, a pesar de lo cual exigió que se le dieran las vueltas. En esos momentos, Mejía Martelo le ofreció una cerveza al procesado, y éste no le contestó. Luégo, y como lo declara una testigo presencial, Plata Coronel "se acercó junto a Mejía Martelo y le puso una de las manos por el hombro derecho y después se dirigió hasta la puerta de la calle y sin decirle nada Mejía, Plata Coronel le manifestó a Mejía Martelo que no se había dirigido a él para que le brindara tragos, y entonces Mejía Martelo le dijo: "No me desprecies así", y al decir esto Mejía Martelo, José David Plata Coronel se metió una de las manos en la pretina y sacó rápidamente una puñaleta y con ella le tiró a Víctor Mejía Martelo, hiriéndolo por la barriga..." El agresor salió huyendo, pero fue capturado por la policía. La víctima murió pocos momentos después, a causa de la lesión recibida.

Plata Coronel fue llamado a responder en juicio por homicidio común, y en esa forma lo declaró responsable el Jurado, cuyo veredicto no mereció ninguna objeción por parte de los jueces de derecho.

El Tribunal, al adaptar la medida represiva, estuvo de acuerdo con el Juez acerca de la concurrencia de dos circunstancias de mayor peligrosidad contra el acusado —la 3ª y 6ª del art. 37 C. P.—, sin que en su favor pudiera deducir-

se ninguna de las atenuantes previstas por el artículo 38 ibidem. Ambos falladores recalcaron sobre la insensibilidad moral del reo, que lo exhibe como "el prototipo del delincuente instintivo". Pero al paso que el Juez 1º Superior le impuso a Plata Coronel doce años de presidio, el Tribunal le aplicó la sanción extrema del artículo 362, o sean catorce años, porque -dice- "a un máximo de peligrosidad debe corresponder un máximo en la pena".

Se procede, pues, a examinar si concurren las tres circunstancias accesorias de atenuación a que se refiere el demandante.

La embriaguez — La experiencia cuotidiana demuestra que no todos los borrachos cometen delitos, y que cuando incurren en ellos, la raiz de su delincuencia debe buscarse más bien en las tendencias e inclinaciones del sujeto, y no en la embriaguez, que apenas viene a ser la ocasión o el modo de manifestarse la peligrosidad del agresor. "Mientras en los individuos no predispuestos a la criminalidad —dice el Profesor Di Tullio—, la intolerancia del alcohol, aunque cause perturbaciones de todo género y las más diversas formas de astenia o de leve excitación psicomotriz, no es generalmente peligroso en cuanto no provoca actos delictivos sino en casos del todo excepcionales; en los intolerantes predispuestos al delito, el alcohol actúa, en cambio vigorizando las varias aptitudes criminosas y favoreciendo su realización".

Por eso, el Código Penal consagra como circunstancia de menor peligrosidad la embriaguez, únicamente cuando el agente "no haya podido prever sus consecuencias delictuosas". (Art. 38, numeral 5º).

El homicidio consumado por Plata Coronel no tiene otra explicación que los impulsos dañinos que se suscitan en él cuando está bajo la influencia tóxica de las bebidas espirituosas. Así lo pregonan estos hechos: no conocer siquiera a su víctima; la ausencia de móvil que suscitara en el procesado una emoción-cólera capaz de desencadenar racionalmente el acto delictivo; y la falta de recuerdos acerca del modo como los sucesos ocurrieron. Pero ese comportamiento del reo en estado de embriaguez indica, precisamente, su peligrosidad.

Además, el acusado no ignora los efectos desastrosos que le produce el alcohol. Al respecto dice en su indagatoria:

"Yo no acostumbro a tomar trago con frecuencia porque **me hace daño.** Hacía como un año que yo no me emborrachaba. **Cuando tomo trago pierdo el conocimiento.** Preguntado: Diga si usted recuerda haber tenido incidentes o altercados o algún otro hecho lamentable las veces que ha ingerido bebidas embriagantes? Contestó: Hace como año y medio aquí en Barranquilla me emborraché una noche y cuando me dí cuenta **tenía partida la cara** y me robaron la plata que tenía, la cédula..., pero no sé qué personas **me hirieron** y me robaron". (Subraya la Sala).

Se rechaza, por lo tanto, la primera circunstancia.

La falta de ilustración. — Esta deficiencia en los conocimientos del reo no opera automáticamente en su favor para disminuírle la pena. El Código la condiciona a su eficacia "en la ejecución del hecho". (Art. 38, numeral 11). Es decir, que entre la ignorancia del agente y el delito cometido por él, debe existir cierto nexo de causalidad. En consecuencia, la dicha atenuante alude a aquellas infracciones llamadas de creación política, en las que se requieren nociones particulares que influyen en la comisión del hecho punible, o al menos hacen prever los resultados antisociales del mismo. Mas si se trata de ilícitos que presuponen en todos los individuos un mínimo de conocimientos y de disciplina social, como en los denominados delitos naturales, —entre ellos el homicidio—, la circunstancia aludida resulta improcedente.

"La falta de ilustración —ha dicho la Corte— no puede aceptarse como índice de menor peligrosidad en aquellas acciones que todo el mundo sabe, sin necesidad de aprendizaje especial, que de suyo son ilícitas, como el homicidio y el robo". (Casación de 12 de septiembre de 1950).

Plata Coronel es un hombre civilizado que sabe leer y escribir y que estudió "en el Seminario del Socorro y en una Granja Agrícola en Ríonegro (Santander)", como él lo confiesa. Luego tenía la suficiente capacidad intelectual para apreciar como delictuoso el homicidio que realizó, a pesar de su escasa instrucción.

Por eso, tampoco prospera la demanda en esta parte.

La buena conducta anterior — El Tribunal desestimó los buenos antecedentes de Plata Coronel, porque "se encuentra sumariado en el Juzgado 3º Penal del Circuito de esta ciudad (Barranquilla), por un delito de lesiones personales en Julio E. Vargas, lo que está demostrando que este individuo no tiene buena conducta en sociedad".

El hecho es cierto, pues así lo certifica el Secretario de aquel Jugado. Y el mismo empleado in-

formó después que en dicho negocio no se ha proferido auto alguno de detención.

Reiteradamente ha sostenido la Sala que el "ser sujeto pasivo de un sumario no es prueba de mala conducta o de haber sido condenado, porque el sumario no es sino el conjunto de diligencias que las autoridades adelantan para **averiguar** si se ha cometido un hecho delictuoso o una contravención"; y que "las simples sindicaciones no son circunstancias de mayor peligrosidad, porque el resultado de la acción penal no se ha traducido en un hecho concreto".

Por consiguiente, la mera existencia del sumario aludido no destruye la presunción de buena conducta del procesado. Es más: en el expediente hay pruebas sobre el correcto comportamiento anterior de Plata Coronel, como se deduce de los siguientes testimonios:

El de Misael Arias —ex-patrón del acusado—, que declara:

"Conozco a José David Plata Coronel y he tenido como persona de buena conducta, y en su trabajo se ha manejado bien, sin que yo hubiera tenido que llamarle la atención por ninguno de sus procederes... José David Plata Coronel dormía en mi tienda y allí también tomaba los alimentos... Pude observar que José David Plata Coronel es de temperamento apacible o quieto, sereno y afable".

El de Luis Serrano Serrano, quien se expresa en esta forma:

"Preguntado: Diga Ud. todo lo que sepa y le conste respecto a la conducta y antecedentes personales de José David Plata Coronel? Contestó: Mientras lo conocí, lo conocí como persona honorable, nunca lo ví peleando ni oí quejas de él del patrón donde trabajaba".

Y el de Campo Elías Rojas. Expone: "Conozco a José David Plata Coronel desde hace como un año y fuimos compañeros de trabajo en la tienda "La Gran Vía" durante tres meses... Por el conocimiento que tengo de José David Plata Coronel y haber sido compañero de trabajo de él hasta hace poco, me consta que es persona de buena conducta".

Establecida, por lo visto, la buena conducta anterior del reo, no era posible aplicarle el máximo de la medida represiva, porque a ello se opone el texto terminante del artículo 39 del Código Penal, cuyo tenor dice:

"Sólo podrá aplicarse el máximo de la sanción cuando concurran **únicamente** circunstancias de mayor peligrosidad y el mínimo cuando concurran **únicamente** de menor peligrosidad".

Esta norma restringe la amplitud que el artículo 36 ibidem les da a los juzgadores para aplicar la sanción al delincuente "dentro de los límites señalados por la ley", y guiándose siempre por el criterio de la peligrosidad, que es el fundamento y la medida de la pena. Porque, al tenor de dicho artículo, bastaría una sola circunstancia de mayor peligrosidad, por ejemplo, para imponer la sanción extrema al responsable, cuando aquélla fuese de tal magnitud y significación que no dejara duda sobre la más alta capacidad antisocial del autor del delito. Con todo, el legislador (Art. 39) quiso poner un límite a ese poder discrecional del Juez, en tratándose de circunstancias de mayor y menor peligrosidad, y fue así como estatuyó que sólo se puede llegar al máximo de la medida represiva, si únicamente concurren circunstancias agravantes, o al mínimo de ella, cuando todas son atenuantes. De suerte que si a un mismo tiempo existen factores de ambas calidades —de mayor y de menor peligrosidad—, la sanción se tiene que adaptar más allá del mínimo, pero sin acudir al máximo. Tal criterio quedó muy nítidamente explicado por uno de los Miembros de la Comisión de Reformas Penales, como pasa a transcribirse:

"Considera (el doctor Escallón, aclara la Corte) que para la imposición de las penas sería mejor señalar algunas normas o reglas, en vez de dejar al Juez la libertad absoluta de moverse entre el mínimo y el máximo, y que, por ejemplo, así no se pueda aplicar el máximo de la pena sino cuando sólo haya circunstancias de mayor peligrosidad; el mínimo cuando sólamente haya circunstancias de menor peligrosidad; y que cuando concurran a un tiempo circunstancias de una y otra clase, no pueda aplicarse ni el máximo ni el mínimo. En consecuencia, propone el siguiente artículo:

"Artículo. Sólo podrá aplicarse el máximo de la sanción cuando concurran únicamente circunstancias de mayor peligrosidad, y el mínimo cuando concurran únicamente de menor peligrosidad".

Y así quedó estructurado el artículo 39 que se comenta. (Trabajos Preparatorios del Nuevo Código Penal. Actas Nos. 67 y 68, páginas 157 y 161).

En tal virtud, resulta plenamente probada la acusación del actor, en cuanto la sentencia violó el artículo 39, al aplicar la pena en su escala máxima, no obstante existir en favor del procesado una circunstancia de menor peligrosidad, o sea la buena conducta anterior.

Ello implica que la sanción principal debe re-

bajarse y es equitativo fijarla en doce años de presidio. (Art. 362 C. P.).

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, CASA el fallo demandado del Tribunal Superior de Barranquilla, y, en su lugar, condena a JOSE DAVID PLATA CORONEL a la pena principal de doce años de presidio, como responsable de la muerte de Víctor Mejía Martelo.

En lo demás, queda en firme esa sentencia, pero advirtiendo que la pena accesoria sobre interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas debe durar el mismo tiempo de la sanción principal, es decir, doce años (Art. 58 C. P.).

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso.

Domingo Sarasty M. — Jesús Estrada Monsalve Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra — Julio E. Arguello R. Secretario.



COMPETENCIA PARA CONOCER DEL DELITO DE ROBO COMETIDO POR MENORES DE EDAD. — APLICACION DEL ART. 2º DEL DECRETO 0014 DE 1955 EN RELACION CON EL 12 DE LA LEY 83 DE 1946

No hay oposición alguna entre los artículos 2º y 81 del Decreto 0014 de 1955. La intención de este Decreto fue la de que el procedimiento en él establecido se aplique a todo procesado por delitos contra la propiedad de que conozca la justicia ordinaria (artículo 81); pero de esta regla general exceptuó a los menores de quince años en quienes, además, concurriesen las circunstancias constitutivas del estado de especial peligrosidad (artículo 2º).

Pero de esto no puede deducirse que el conocimiento de un delito de robo cometido por un menor de diez y ocho años le corresponda a la justicia ordinaria porque, desde antes de expedirse el Decreto 0014, les estaba adscrita la competencia a los Juzgados de Menores por el artículo 12 de la ley 83 de 1946, disposición que no puede considerarse suspendida por el referido Decreto 0014 por no serle contraria.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal.—Bogotá, veintitrés de marzo de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve)

Vistos:

Como responsable del delito de robo en cuantía de $ 257.25, ocurrido en la noche del 8 al 9 de agosto de 1955 en el "Café Embajador" de Pereira, Vicente Díaz Lozada, entonces menor de 18 años, fue condenado por el Juez Penal Municipal de la misma ciudad a dos años de prisión.

Díaz Lozada apeló de la sentencia y, concedido el recurso para ante el Juez Primero Penal del Circuito, este funcionario consideró que no correspondía a la justicia ordinaria el conocimiento, por razón de la edad del procesado, sino al Juez de Menores de Manizales, quien, a su vez, devolvió las diligencias diciendo:

"...El sindicado Díaz Lozada, nació el 18 de mayo de 1938 y fue bautizado en la parroquia del Rosario de Garzón (Huila), según consta en la partida de bautismo que figura al folio 42 vto.

"Cuando cometió el delito de robo que se le imputa tenía más de 15 años... y quedó cobijado por disposiciones del Decreto 0014 del presente año que comenzó a regir el primero de febrero y tiene que sujetarse a los procedimientos y medidas de ese estatuto conforme lo dispuesto en el inciso segundo del artículo segundo...".

De nuevo llegó, así, el expediente al Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira, donde se declaró nulo lo actuado por el Juez Municipal y se le ordenó provocara colisión negativa de competencia al Juez de Menores de Manizales, aduciéndose como razón la de no tratarse, en este caso, de menores de 15 años en quienes concurran las circunstancias de especial peligrosidad previstas en el artículo 2º, inciso 1º, del Decreto 0014 de 1955, sino de un delito contra la propiedad, cometido por menor de 18 años, sancionable de acuerdo con el artículo 12 de la ley 83 de 1946.

El Juez Penal Municipal de Pereira, acatando la orden superior le provocó la referida competencia negativa al Juez de Menores de Manizales, quien ha enviado los autos a la Corte para que dirima la colisión suscitada.

Se considera:

El artículo 1º del Decreto 0014 de 1955 sobre prevención social, determinó qué personas pueden ser consideradas en "estado especial de peligrosidad" por sus antecedentes, actividades, hábitos o forma de vivir; y después de prevenir, en su artículo 2º, que los menores de 15 años en quienes concurra aquel estado antisocial "se pondrán a disposición del Juzgado de Menores correspondiente, para que tome las medidas prescritas en las normas legales con ellos relacionadas", dispuso en su artículo 81: "El procedimiento especial señalado en este Decreto se aplicará a los

procesados por delitos contra la propiedad de que conozca la justicia ordinaria".

No hay entre las dos normas que acaban de citarse oposición alguna, como acertadamente lo apreció el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira. La intención del Decreto 0014 fue la de que el procedimiento en él establecido se aplique a todo procesado por delitos contra la propiedad de que conozca la justicia ordinaria (artículo 81); pero de esta regla general exceptuó a los menores de quince años en quienes, además, concurriesen las circunstancias constitutivas del estado de especial peligrosidad (artículo 2º).

Parece entonces que, no concurriendo en Díaz Lozada las aludidas condiciones, su juzgamiento corresponde —de acuerdo con las normas generales del artículo 81— a los jueces ordinarios. No es así, sin embargo, porque, desde antes de expedirse el Decreto 0014, les estaba adscrita la competencia, como oportuna pero inútilmente se lo recordó el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira al de Menores de Manizales, cuando el imputado es menor de diez y ocho años, a los mismos Juzgados de Menores por el artículo 12 de la ley 83 de 1946, disposición que no puede considerarse suspendida por el referido Decreto 0014 por no serle contraria.

Apoya su parecer el señor Juez de Menores de Manizales en el inciso 2º del artículo segundo del Estatuto de Prevención Social que ha venido mencionándose, cuyo tenor es el siguiente:

"Se entenderán terminados los métodos de corrección que el Juzgado de Menores hubiere adoptado, si durante el período de su cumplimiento el menor llega a los quince años e incurriere después en algunos de los casos previstos en este Decreto. En tal evento quedará sujeto a los procedimientos y medidas aquí establecidos".

Pero esta disposición no es aquí aplicable, pues no consta que Díaz Lozada —quien infringió la ley entre los quince y los dieciocho años— hubiera alcanzado la primera de estas edades bajo la tutela correccional de ningún Juez de Menores.

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 hecho mérito en el sentido de que es al Juez de Menores de Manizales, y no al Juez Penal Municipal de Pereira, a quien corresponde conocer de este proceso.

Devuélvanse las diligencias al Juzgado de origen y dése cuenta de lo resuelto al Juez Penal Municipal de Pereira.

Cópiese y notifíquese.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra. — Julio E. Argüello R., Secretario.

RECURSO DE HECHO.—PROVIDENCIAS JUDICIALES. — EL AUTO QUE SE ENCAMINA A CORREGIR UNA IRREGULARIDAD, DECLARANDO SIN VALOR UNA ACTUACION, ES DE SIMPLE SUSTANCIACION

1—Como lo prescribe el C. de P. P., las providencias judiciales se denominan "sentencias" cuando deciden definitivamente sobre lo principal del juicio; "autos interlocutorios" cuando ordenan la detención del procesado, conceden o niegan su libertad, califican el mérito del sumario, niegan la admisión o la práctica de alguna prueba, formulan el cuestionario que haya de someterse a los jurados, resuelven algún incidente del proceso o contienen resoluciones análogas; y "autos de sustanciación" cuando se limitan a disponer cualquier otro trámite de los que la ley establece para dar curso a la actuación, dentro o fuera del juicio. Las sentencias y los autos interlocutorios son apelables, no así los autos de sustanciación.

No se ha alejado sensiblemente, pues, en esta materia el procedimiento penal colombiano —y otro tanto ha ocurrido con el civil— del derecho español, una de sus fuentes naturales más auténticas, como puede verse en las Siete Partidas (Leyes 2, 3 y 4, Tit. 22, Partida 3). Por lo demás, las distinciones que hace el Dicionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia de Escriche, entre AUTO INTERLOCUTORIO APELABLE y AUTO INTERLOCUTORIO INAPELABLE, corresponden a las modernas denominaciones de AUTO INTERLOCUTORIO y AUTO DE SUSTANCIACION.

Unas y otras providencias concurren a la tramitación de los juicios; pero su naturaleza es enteramente diversa, por cuanto en los autos interlocutorios se deciden puntos directamente relacionados con los derechos individuales y sociales implicados en el debate —en orden a su definición exacta, a su mejor comprobación y a su justo reconocimiento—, mientras que los de sustanciación tienen como única finalidad la de impulsar el proceso.

2—El auto que se encamina a corregir una irregularidad no resuelve, en el fondo, la cuestión debatida, sino que declara sin validez la actuación, y el mismo art. 202 del C. de P. P. dispone que aun en los casos en que se omiten formalidades exigidas por la ley BAJO SANCION DE NULIDAD para determinados actos, "se considerará, sin NECESIDAD DE RESOLUCION ESPECIAL, que tales actos no se han verificado".

Corte Suprema de Justicia — Sala Penal - Bogotá, veintitrés de marzo de mil novecientos cincuenta y seis.

Magistrado ponente, Dr. Jesús Estrada Monsalve

VISTOS:

Con fecha 10 de octubre de 1955, el doctor Aureliano Perea Aluma —apoderado de Rafael Morales Díaz en el proceso que contra éste se adelanta en el Juzgado Superior de Quibdó por el delito de homicidio— se dirigió al titular de ese despacho recusándolo por haber dejado "vencer los términos sin causa justificativa"; y el 19 del mismo mes sustentó ante el señor Presidente del respectivo Tribunal la recusación propuesta expresando, además, que había solicitado ante el inferior se le citara para la práctica de las diligencias de la investigación y se allegaran a ésta numerosas pruebas, con resultado negativo.

En providencia de 24 de octubre siguiente, estimó el Tribunal que el procedimiento adoptado quebrantaba lo prescrito en los artículos 5º del Decreto 0243 de 1951 y 1º del Decreto 3346 de 1950, y dispuso: "Declárase sin valor en este sumario por el delito de homicidio contra Rafael Morales Díaz y otros el memorial del doctor Perea Aluma en que recusa ante él mismo, al señor Juez Superior de este Distrito, funcionario del conocimiento, en lugar de hacerlo ante esta superioridad, así como la actuación del Juez que conoció de la recusación sin competencia para ello, en los términos de la legislación que se deja citada. En consecuencia, vuelva el negocio al Juzgado Superior para que se continúe actuando en él dentro de la ley con las facultades que le son propias..." Contra tal decisión, el doctor Perea

Aluma interpuso los recursos de reposición y apelación, que le fueron negados el 8 de noviembre último. El señor apoderado pidió entonces se repusiera lo resuelto "en cuanto se negó la apelación interpuesta" manifestando que, de no accederse a ello, recurriría de **hecho** para ante la Corte, a cuyo efecto solicitó la expedición de las copias a que alude en su escrito del folio 7. No repuso el Tribunal su proveído, y ordenó se compulsaran las copias que el interesado ha acompañado a su memorial del folio 14, donde advierte: "Las razones que tengo para recurrir de hecho ante la Honorable Corte Suprema son las mismas que expresé a la Sala Penal de este Tribunal, pues creo que de conformidad con el art. 187 del C. de P. P. el auto que recurro de hecho tiene recurso de apelación por tratarse de un incidente promovido en primera instancia y ser la providencia interlocutoria".

Se considera:

Como se establece en el Código de Procedimiento Penal, las providencias judiciales se denominan 'sentencias' cuando deciden definitivamente sobre lo principal del juicio; "autos interlocutorios" cuando ordenan la detención del procesado, conceden o niegan su libertad, califican el mérito del sumario, niegan la admisión o la práctica de alguna prueba, formulan el cuestionario que haya de someterse a los jurados, resuelven algún incidente del proceso o contienen resoluciones análogas, y "autos de sustanciación" cuando se limitan a disponer cualquier otro trámite de los que la ley establece para dar curso a la actuación, dentro o fuera del juicio. Las sentencias y los autos interlocutorios son apelables, no así los autos de sustanciación.

No se ha alejado sensiblemente, pues, en esta materia el procedimiento penal colombiano —otro tanto ha ocurrido en el civil— del derecho español, una de sus fuentes naturales más auténticas. En las Siete Partidas se habla de **sentencia definitiva,** que es aquella "en que el Juez, concluído el proceso, resuelve finalmente sobre el negocio principal, condenando o absolviendo al demandado"; y de **sentencia interlocutoria,** que es la proferida "en el discurso del pleito entre su principio y fin sobre algún incidente, y todo auto preparatorio para la definitiva" (Ley 2, Tit. 22. Partida 3). Que la referida sentencia interlocutoria corresponde al que después se ha llamado auto interlocutorio, surge de los siguientes términos en que las leyes 3 y 4 ibidem aluden a élla: "La sentencia interlocutoria puede revocarse, ampliarse o enmendarse en cualquier parte del juicio antes de la definitiva, a no ser que la confirme o revoque el superior, a diferencia de la definitiva que no puede revocarse sino en ciertos casos".

Por otra parte, el Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, distingue entre **auto interlocutorio apelable,** que es "El que tiene fuerza de definitivo, o trae daño irreparable en la última sentencia"; y **auto interlocutorio inapelable,** o sea "el que sólo tiene por objeto dirigir el orden del proceso, practicar alguna diligencia para su mejor instrucción, aclarar más el derecho de las partes para decidir con más conocimiento y seguridad, y en fin el que no cierra la puerta a otro auto definitivo sobre el mismo objeto, y el que se puede enmendar y después sin daño ni perjuicio del agraviado". Como se ve, las denominaciones de Escriche equivalen, respectivamente, a las modernas de **auto interlocutorio** y **auto de sustanciación,** sólo que el autor no emplea este último nombre, aunque sí usa el verbo "sustanciar" en el sentido actual de "formar el proceso o la causa hasta ponerla en estado".

Unas y otras providencias concurren, por tanto, a la tramitación de los juicios; pero su naturaleza es enteramente diversa, por cuanto en los autos interlocutorios se deciden puntos directamente relacionados con los derechos individuales y sociales implicados en el debate —en orden a su definición más exacta, a su mejor comprobación y a su justo reconocimiento—, mientras que los de sustanciación tienen como única finalidad la de impulsar el proceso.

El auto que suscitó la inconformidad del doctor Perea Aluma se encaminó simplemente a corregir la irregularidad en que incurrieron recusante y recusado, al darle aplicación al artículo 77 del Estatuto Procesal, y no a las normas que a continuación se transcriben, en lo conducente:

Decreto 3346 de 1950, artículo 1º:

"A partir del 1º de enero de 1951 podrá ser recusado, lo mismo en los procesos civiles que en los penales, en los contencioso-administrativos y en los que se tramiten ante la Jurisdicción del Trabajo, el funcionario que déje vencer, sin actuar, los términos que la ley señale al efecto, a menos que la demora se deba a fuerza mayor o caso fortuito..."

Decreto 0243 de 1951, artículo 5º:

"De las recusaciones que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto Legislativo 3346 de 1950 se promuevan contra los Jueces, ya sean Municipales, de Circuito, Superio-

res, de Menores o del Trabajo, conocerá el inmediato Superior jerárquico del Juez recusado. De las demás, según las reglas generales..."

Considerando, acertadamente, que se habían pretermitido estos preceptos, el Tribunal de Quibdó declaró sin validez la actuación del Juzgado Superior de la misma ciudad, por haber conocido de la recusación "sin competencia para ello", y le devolvió los autos exhortándolo a obrar "dentro de la ley con las facultades que le son propias". Al hacerlo, no resolvió, en el fondo, la cuestión debatida (recusación del Juez del conocimiento); y no se advierte lo censurable de esa conducta si el mismo legislador dispuso, en el artículo 202 del Código de Procedimiento Penal, que cuando se omiten formalidades exigidas por la ley **bajo sanción de nulidad** para determinados actos "se considerará, **sin necesidad de resolución especial**, que tales actos no se han verificado" (Subraya la Sala).

De lo anterior se concluye que el recurso en cuya virtud han subido estas diligencias a la Corte no ha de prosperar, por referirse a un auto de sustanciación, no susceptible de apelación conforme a la ley (artículo 516 del Código Judicial, en concordancia con el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal).

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, ESTIMA BIEN DENEGADO el recurso de apelación interpuesto por el doctor Aureliano Perea Aluma ante el Tribunal Superior de Quibdó, de que se ha hecho mérito.

Comuníquese a dicha entidad lo resuelto en esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra — Julio E. Argüello, Secretario.

EL SUPERIOR NO ADQUIERE JURISDICCION PARA CONOCER DE LA PROVIDENCIA CONSULTADA MIENTRAS ESTA NO HAYA SIDO NOTIFICADA EN LEGAL FORMA. — ART. 153 DEL C. DE P. P.

1. — Los proveídos que los jueces profieren en las hipótesis contempladas en el art. 153 del C. de P. P. se han llamado impropiamente SENTENCIAS por el legislador, y SENTENCIAS SUI GENERIS por intérpretes menos atentos a la verdadera naturaleza de esta clase de pronunciamientos judiciales que al tenor literal de la ley. Participan más bien del carácter de AUTOS INTERLOCUTORIOS, pues, lejos de decidirse en ellos definitivamente sobre lo principal del juicio (que es el objeto propio de las sentencias), son la negación misma de los presupuestos procesales: hecho imputado, imputabilidad del mismo sujeto determinado, su consideración como ilícito penal en la norma legal, y posibilidad de iniciar o proseguir la acción.

2—No habiéndose notificado la providencia consultada en los términos del artículo 166 del Código de Procedimiento Penal, aquélla no puede producir efecto alguno, y sólo cuando tal notificación se haya cumplido podrá decirse que la Corte ha adquirido jurisdicción para decidir sobre su mérito.

Corte Suprema de Justicia — Sala Penal — Bogotá, tres de abril de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente, doctor Jesús Estrada Monsalve)

Vistos:

El Tribunal Superior de Cali consulta el auto de fecha 4 de noviembre de 1955 por el cual declara prescrita la acción penal y ordena cesar todo procedimiento en las diligencias adelantadas contra el doctor Carlos Rodríguez Bejarano, ex-Juez Penal del Circuito de Palmira, sindicado de prevaricato.

Conceptúa el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, al contestar el respectivo traslado, que la Sala debe abstenerse de conocer de la consulta por cuanto el auto del inferior no se notificó en los términos del artículo 166 del Código de Procedimiento Penal, y así la jurisdicción no se ha perdido para el Tribunal, ni se ha adquirido por la Corte.

"En efecto —dice—, la providencia consultada sólo fue notificada al señor Fiscal de la Corporación, sin darle oportunidad al doctor Rodríguez Bejarano, a cuyo nombre se decretó la prescripción de la acción, a que interpusiera los recursos que la ley le concede, incluso la renuncia de la misma prescripción (art. 112 del C. P.), por no haber sido notificada legalmente".

Se considera:

Los proveídos que los jueces profieren en las hipótesis contempladas en el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal se han llamado impropiamente **sentencias** por el legislador, y **sentencias sui generis** por intérpretes menos atentos a la verdadera naturaleza de esta clase de pronunciamientos judiciales que al tenor literal de la ley. Participan más bien del carácter de **autos interlocutorios,** pues, lejos de decidirse en ellos definitivamente sobre lo principal del juicio (que es el objeto propio de las sentencias), son la negación misma de los presupuestos procesales: hecho imputado; imputabilidad del mismo en sujeto determinado; su consideración como ilícito penal en la norma legal, y posibilidad de iniciar o proseguir la acción. Ni se ve, por otra parte, la razón para que las providencias en que se niegan tales supuestos y se ordena cesar el procedimiento contra el reo, se denominen "sentencias", mientras se da el nombre de autos interlocutorios a los en que se sobresee definitivamente porque "no se ha realizado el hecho que dio lugar a la investigación" o porque "ese hecho no sea constitutivo de delito" (Ordinal 1º del artículo 437 del Estatuto Procesal), situaciones idénticas a la que son materia de las decisiones dictadas con fundamento en el referido artículo 153.

Pero, cualquiera que sea la denominación de la providencia consultada, lo cierto es que ella no fue notificada en legal forma. Según el artículo

166 del Código de Procedimiento Penal, "Los **autos o sentencias** que no se hayan notificado personalmente pasados dos días de la fecha del pronunciamiento, se notificarán, respectivamente, por estado o por edicto"; y de acuerdo con el 327 del Código Judicial, aquí aplicable en virtud de lo dispuesto en el 7º de la primera de las Obras citadas, "Por regla general, **ninguna resolución produce efectos antes de haberse notificado legalmente a las partes**" (Subraya la Sala).

Lo anterior significa que, no habiéndosele notificado la providencia consultada al doctor Rodríguez Bejarano en los términos del citado artículo 166, aquélla no puede producir efecto alguno, y que sólo cuando tal notificación se haya cumplido podrá decirse que la Corte ha adquirido jurisdicción para decidir sobre su mérito.

Incumbe al Tribunal resolver lo que a bien tenga sobre las observaciones de la Procuraduría acerca de la aplicabilidad del artículo 153, cuando no se ha dictado el auto cabeza de proceso y no se ha demostrado legalmente la calidad oficial del sindicado.

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 y de acuerdo con él, SE ABSTIENE de revisar la providencia consultada hasta tanto no se corrija, por el Tribunal de origen, la irregularidad anotada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra — Julio E. Arguello. Secretario.

IMPEDIMENTO. — TRAMITACION. — INTERVENCION DE LA PARTE CIVIL EN ESTOS INCIDENTES

Para que la Corte, en ejercicio de la facultad conferida por los artículos 74 y 75 del C. de P. P. pueda declarar fundado o infundado un impedimento, es necesario e indispensable que el Tribunal, previamente, se pronuncie en uno o en otro sentido, pues quien califica el impedimento es el Tribunal en primera instancia, y no la Corte. De no ser así, se pretermitiría una formalidad esencial en el procedimiento y se usurparía jurisdicción.

Las providencias que resuelven los impedimentos que surgen en los procesos penales, bien sean éstos provenientes de un Juez o Magistrado de Tribunal, no son susceptibles de recurso alguno, ora, porque no existe disposición expresa que así lo autorice, bien, porque del contexto de los artículos 74 y 75 del C. de P. P. que regulan la tramitación de estos incidentes, se colige claramente que cuando se declara infundado el impedimento el Juez o el Tribunal que lo califica debe enviar el expediente al inmediato superior "quien decidirá de plano la cuestión en fallo motivado"; es decir, mediante un procedimiento breve y sumario en vista de lo actuado, omitiendo todo trámite que dificulte, estorbe o haga dilatorio el proceso y su correspondiente resolución.

En la tramitación de un impedimento, la parte civil no tiene derecho para interponer recurso alguno contra la providencia que lo decide; su actuación —como lo establece la ley— queda circunscrita a "solicitar pruebas en orden al esclarecimiento de la verdad sobre el cuerpo del delito, los autores o partícipes, la responsabilidad penal de ellos y la naturaleza o cuantía de los perjuicios que se le hayan ocasionado". Ninguna de esas atribuciones se ejercita en el incidente que resuelve el impedimento, de manera que la intervención de la parte civil era ajena a los intereses que la ley le otorga; por consiguiente, la solicitud —reposición del auto que califica el impedimento— era inoperante y no debió considerarse.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, abril tres de mil novecientos cincuenta y seis.

Magistrado Ponente, Dr. Domingo Sarasty Montenegro.

VISTOS:

Procede la Corte a resolver sobre el impedimento manifestado por el doctor Julio Marenco Romero, Magistrado del Tribunal Superior de Barranquilla, en el proceso adelantado contra MANUEL PEREZ RODRIGUEZ y JOSE CARRIONI por los delitos de falsedad y estafa.

Antecedentes

En providencia de siete de diciembre de mil novecientos cincuenta y cinco, el Magistrado Marenco Romero hizo la siguiente manifestación:

"Hace poco he tenido conocimiento de que el procesado señor José A. Carrioni es padre del señor Edilberto Carrioni, persona con quien me ligan tanto relaciones de amistad como sentimientos de franca camaradería y compañerismo nacidos de la vinculación de ambos al Club de Leones de esta ciudad, circunstancia ésta que, en la mayoría de los casos, dá lugar a la estimación y aprecio mutuos entre sus miembros".

"De ahí que larga y serena meditación he dedicado a valorar ese hecho a la luz del criterio que informa el derecho que asiste al Juez y al Magistrado para declararse impedido, y he llegado a la convicción de que, a lo menos subjetivamente, estoy cohibido, por aquella circunstancia, para dispensar al estudio de este negocio la ponderada y prudente consideración que debe presidir todos los actos del juzgador en su augusta misión. Por ello creo que es mi deber declararme impedido, como en efecto lo hago, para seguir actuando en este proceso".

El Tribunal, en auto de veinte de enero de mil novecientos cincuenta y seis, aceptó el impedimento y en la parte motiva de su providencia expresó:

"...El doctor Marenco Romero no menciona

en su providencia la respectiva causal de orden legal, en la cual considera fundamentado su impedimento. Examinadas las causales de que trata el artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, se encuentra la 5ª que a la letra dice: "Existir enemistad grave o amistad íntima entre alguna de las partes o su apoderado o defensor y el Juez o Magistrado". Es evidente que la parte en este proceso lo es el señor José A. Carrioni, que es la persona a quien se encuentra unido el doctor Marenco Romero por los sentimientos de camaradería y compañerismo de que hace mención, sin que por otra parte, hubiera afirmado que entre él y el señor Edilberto Carrioni, existe "amistad íntima".

"Conocidas las altas cualidades morales del H. Magistrado impedido y su recto sentido de la justicia así como la imparcialidad con que siempre la ha administrado, a los suscritos no cabe duda alguna de que él hubiera seguido conociendo de este proceso y decidido, en armonía con esos mismos elevados principios y cualidades que le honran. Por tales consideraciones, los firmantes de esta providencia se sentirían inclinados a nó aceptar el impedimento declarado, por no encontrarse además estrictamente ajustado a las causales legales que rigen esta materia".

"No obstante lo anterior, y conociendo los suscritos la calidad de los sentimientos amistosos y de compañerismo que caracterizan a los miembros del Club de Leones, y reconociendo toda la sinceridad del caso a lo expresado por el doctor Marenco Romero, se deciden por la aceptación del impedimento, por haber sido alegado éste, principalmente, dentro del terreno subjetivo y considerando lo delicado de la posición psicológica del Magistrado impedido, frente al padre de uno de sus mejores amigos y compañero permanente de labores en el seno de aquella institución. En este campo puédese considerar también al hijo de uno de los sindicados, vivamente interesado en la suerte del proceso por razón de las innegables fuerzas espirituales del sentimiento filial".

Posteriormente el apoderado de la parte civil pidió reposición del auto por el cual se acepta el impedimento y el Tribunal en providencia de dos de febrero del presente año, después de hacer algunas consideraciones sobre lo irrespetuoso del memorial de la parte civil, y de la doble actitud asumida por el abogado que la representa en relación con las diversas providencias dictadas en este proceso por el Magistrado ponente, dice que:

"Expresado todo lo anterior, y entrando en el estudio del recurso impetrado, la Sala Dual, en atención a las razones expuestas por el Dr. Rodríguez Arrieta, decidirá, ratificando su celo legalista, la revocatoria del auto de fecha veinte de enero del presente año, para que el Superior decida acerca de la validez o inocuidad de las razones expuestas en aquella providencia y ateniéndose estrictamente a los solos dos hechos esenciales que ya fueron mencionados marginalmente en el citado auto: la no afirmación de amistad íntima entre el señor Edilberto Carrioni y el Magistrado doctor Julio Marenco Romero y la no mención expresa de la causal en que se fundamentaba el impedimento. No obstante que la Sala Dual encontró suficiente validez y sinceridad a las razones expresadas para el impedimento, decide hoy revocar su aceptación, no sólo para el objetivo ya dicho de que sea el Superior quien decida el incidente, teniendo oportunidad de exponer doctrina sobre los puntos nuevos aquí ofrecidos en relación al ordinal 5º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal y en presencia de lo expuesto por aquella misma alta corporación y que es del tenor siguiente: "La amistad íntima entre el Magistrado y los familiares de un procesado, entre los cuales está su escribiente, no está señalada como causal de recusación".

"En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial, en Sala Dual, REVOCA LA PROVIDENCIA de veinte (20) de enero de mil novecientos cincuenta y seis (1956) y ordena remitir el expediente o su parte pertinente a la H. Corte Suprema de Justicia, a fin de que esta alta entidad decida el incidente, en armonía con el art. 74 del Código de Procedimiento Penal".

Se observa

De lo relacionado hasta ahora, la Corte anota las siguientes irregularidades:

a) Que el Tribunal tramitó y resolvió un recurso de reposición interpuesto por el apoderado de la parte civil, no siendo pertinente. En efecto:

Las providencias que resuelven los impedimentos que surgen en los procesos penales, bien sean éstos provenientes de un Juez o Magistrado de Tribunal, no son susceptibles de recurso alguno, ora, porque no existe disposición expresa que que así lo autorice, bien, porque del contexto de los artículos 74 y 75 del C. de P. P. que regulan la tramitación de estos incidentes, se colige claramente que cuando se declara infundado el impedimento el Juez o el Tribunal que lo califica debe enviar el expediente al inmediato superior

"quien decidirá de plano la cuestión en fallo motivado"; es decir, mediante un procedimiento breve y sumario en vista de lo actuado y omitiendo todo trámite que dificulte, estorbe o haga dilatorio el proceso y su correspondiente resolución.

En la tramitación de un impedimento, la parte civil no tiene derecho para interponer recurso alguno contra la providencia que lo decide; su actuación —como lo establece la ley— queda circunscrita a "solicitar pruebas en orden al esclarecimiento de la verdad sobre el cuerpo del delito, los autores o partícipes, la responsabilidad penal de ellos y la naturaleza y cuantía de los perjuicios que se le hayan ocasionado". Ninguna de esas atribuciones se ejercita en el incidente que resuelve el impedimento, de manera que la intervención de la parte civil era ajena a los intereses que la ley le otorga; por consiguiente, la solicitud —reposición del auto que califica el impedimento— era inoperante y no debió considerarse. Y,

b) Porque en la providencia de veintiocho de febrero del presente año, el Tribunal en la parte resolutiva "revoca la providencia de veinte (20) de enero de mil novecientos cincuenta y seis (1956) y ordena remitir el expediente o su parte pertinente a la H. Corte Suprema de Justicia, a fin de que esta alta entidad decida el incidente, en armonía con el art. 74 del Código de Procedimiento Penal", omitiendo calificar el impedimento en el sentido de aceptarlo o rechazarlo.

Para que la Corte, en ejercicio de la facultad conferida por los artículos 74 y 75 del C. de P. P. pueda declarar fundado o infundado un impedimento, es necesario e indispensable que el Tribunal, previamente, se pronuncie en uno o en otro sentido, pues quien califica el impedimento es el Tribunal en primera instancia, y no la Corte. De no ser así, se pretermitiría una formalidad esencial en el procedimiento y se usurparía jurisdicción. No existiendo resolución expresa sobre el particular, la Sala no está en facultad para resolver de plano el incidente sometido a su consideración.

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, SE ABSTIENE DE CONSIDERAR EL IMPEDIMENTO manifestado por el doctor Julio Marenco Romero para conocer del proceso que por los delitos de falsedad y estafa se adelanta contra Manuel Pérez Rodríguez y José A. Carrioni.

Cópiese y devuélvase.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra — Julio E. Arguello, Secretario.

IMPEDIMENTO DE UN MAGISTRADO PARA CONOCER DE UN PROCESO PENAL

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Penal. Bogotá, tres de abril de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra)

Vistos:

Hallándose en el Tribunal Superior de Bogotá el proceso por falsedad y estafa contra José de Jesús Fonseca y otros, en apelación del auto de proceder y en consulta de unos sobreseimientos definitivos, el Magistrado Ponente, doctor Gustavo Orjuela Hidalgo, se declaró impedido para seguir conociendo del asunto, según auto de fecha nueve de febrero de este año.

Tal actitud la tomó el distinguido funcionario por una confidencia que ante él y los demás Magistrados de la Sala Penal de esa corporación hizo el preso José de Jesús Fonseca, a saber: que el abogado N. N. le ofreció encargarse de la defensa en dicho negocio, prometiéndole que éste saldría bien en la segunda instancia, por ser amigo del Magistrado que debía redactar el fallo; que días después el mismo profesional volvió a la cárcel y le manifestó a Fonseca: "lo fritaron", explicándole que ya había proyecto en el Tribunal, confirmando el llamamiento a juicio; pero que si le daba mil pesos como honorarios, obtendría, en recurso de reposición, que se le quitara el delito de falsedad, que era el más grave. Todo esto sucedió cuando aún el magistrado ponente no había escrito el proyecto de decisión, ni comunicado a nadie su criterio sobre el punto jurídico debatido.

Relata igualmente el dicho Magistrado que el doctor N. N. se le presentó a su Despacho, y, luégo de un corto diálogo, se expresó así:

"Que el doctor X. X. defensor de los procesados José de Jesús Fonseca y Avelina Barrera de Torres, le había manifestado telefónicamente al doctor N. N. que yo, como Presidente de su Tesis de Grado que fui, le había prometido u ofrecido que revocaría el auto materia de apelación y de consulta ante el Tribunal".

En la providencia sobre declaratoria de impedimento, el doctor Orjuela Hidalgo hizo esta categórica afirmación:

"Bien sabe el actual Magistrado Ponente que nadie podría recusarlo por ninguna de las causales señaladas en el artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, y que, en consecuencia, no está en el deber legal de declararse impedido en los términos del artículo 72 de la misma obra". Y más adelante, manifestó "estar cierto de que ninguna calumnia sería capaz de hacerlo desviar de su inmodificable propósito de administrar justicia recta y estricta".

Los restantes Magistrados de la Sala no admitieron el impedimento. Se fundaron para ello en las excelentes cualidades que distinguen al doctor Orjuela Hidalgo en el desempeño de su alta investidura, y agregaron que "los medios inconfesables" en que éste se vio envuelto "por obra y ministerio de la astucia", no están previstos por la ley como causales de recusación.

Para resolver, considera la Corte:

Las causales de recusación se hallan taxativamente preestablecidas por el legislador, a fin de garantizar la independencia y la correcta actividad funcional del Juez, lo mismo que la tranquila confianza de los ciudadanos en la honesta administración de justicia.

El artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, en sus once ordinales, comprendió las tres grandes categorías de motivos que pueden dar lugar al impedimento y a la recusación del Juez: a) Los que se refieren a la acumulación de funciones dentro del mismo negocio; b) Los que se derivan del interés; y c) Los que provienen del afecto.

Y en ninguna de tales agrupaciones cabe la situación planteada por el Magistrado doctor Orjuela Hidalgo. El, como francamente lo declara, no podría ser recusado "por ninguna de las causales señaladas en el artículo 73 del Código de Procedimiento Penal", con lo que está significando que su criterio y su conciencia de probo juzgador están muy por encima de los incidentes ocurridos entre el sindicado José de Jesús Fon-

seca y el profesional que fue a ofrecerle sus servicios, augurándole un triunfo en el Tribunal Superior, que era extraño a toda promesa de parte de quien debía redactar la ponencia sobre el desenlace de la apelación y la consulta suscitadas en el proceso contra el mencionado Fonseca.

En este orden de ideas, la declaración de impedimento hecha por el funcionario doctor Orjuela Hidalgo sólo se explica como una delicadeza de su parte que confirma, una vez más, la honradez y honestidad que lo caracteriza.

El único deber del Magistrado, una vez conocidos los hechos reprobables que se le denunciaron, era el de comunicarlos a la autoridad competente para que se averiguaran y se impusieran las sanciones del caso, en los términos de los artículos 8º, 9º y 11 de la Ley 69 de 1945. Y así procedió aquél.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que el Magistrado doctor Gustavo Orjuela Hidalgo no está impedido para seguir conociendo del proceso por falsedad y estafa que se adelanta contra **José de Jesús Fonseca** y otros.

Cópiese y devuélvase el expediente.

Domingo Sarasty M.—Jesús Estrada Monsalve. Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra—Julio E. Argüello R., Secretario.

NULIDADES. — EL AUTO QUE ABRE A PRUEBA EL JUICIO, EN EL CASO DEL ARTICULO 4º DEL DECRETO 1231 DE 1951, DEBE SER NOTIFICADO PERSONALMENTE AL DEFENSOR

Por virtud de las reglas de interpretación extensiva y progresiva de la ley —que es permitida en materia penal cuando no afecta el dogma jurídico NULLUM CRIMEN SINE LEGE—, los artículos 198, num. 4º del C. de P P.. y 4º del Decreto 1231 de 1951 guardan entre sí una íntima relación, para los efectos de la nulidad que contempla el precepto primeramente citado, cuya vigencia no está suspendida.

Y esto es así, porque dicha nulidad tutela una preciosa garantía del juzgamiento, que nunca puede faltar, cual es la de que a las personas que intervienen en el proceso penal se les haga saber oportunamente, durante el juicio, cuándo deben presentar pruebas, a fin de ejercer sus respectivos derechos y colaborar al descubrimiento de la verdad histórica o material que domina las investigaciones de índole represiva.

Por consiguiente, la jurisdicción penal no está completa, y por el contrario es inválida, cuando a la acusación y a la defensa se les priva de sus prerrogativas procesales en las oportunidades que les da la ley.

Como en este negocio la notificación del auto que abrió el plenario, se hizo por estado al defensor, debiendo ser PERSONAL, lo que impidió que el procesado pudiera pedir pruebas "para hacer su defensa a fondo", como él lo manifiesta, conclúyese que la nulidad demandada tiene pleno fundamento, no sólo en el artículo 198, ord. 4º citado, sino en otro de superior rango, o sea el 26 de la Constitución.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Penal. Bogotá, nueve de abril de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra)

Vistos:

Cuando el proceso por abuso de autoridad y otras infracciones contra el doctor Neftalí Moncayo Guerrero se hallaba en estado de celebrar la audiencia pública, él le pidió al Tribunal Superior de Cali, Juez del conocimiento, lo siguiente:

"Que se sirva declarar la nulidad de lo actuado —desde el auto por el cual se señaló término para pedir pruebas en adelante— por existir la causal de nulidad de que trata el numeral 4º del artículo 198 del C. de P. P., por no haberse notificado **personalmente** tal providencia al suscrito ni al señor defensor, como lo manda el numeral a) del artículo 171 del mismo C.— Sírvase, pues, señor Magistrado, decretar tal nulidad y disponer lo pertinente, pues necesito pedir pruebas para hacer mi defensa a fondo".

El Tribunal, en providencia de fecha 20 de enero del año en curso, negó la petición, fundándose en estas razones:

1ª — Que las normas legales invocadas por el doctor Moncayo Guerrero, "se encuentran suspendidas en virtud del Decreto extraordinario 1231 de 1º de junio de 1951, en vigencia desde entonces";

2ª—Que las nulidades son taxativas y entre las que enumera el Código, no se encuentra la falta de notificación personal del auto a que alude el procesado; y

3ª—Que tampoco cabe aquí la llamada nulidad constitucional, por quebrantamiento del artículo 26 de la Carta, en vista de que "no se ha menoscabado el principio de defensa, ya que el doctor Moncayo sólo en el memorial que se resuelve alega que necesita pedir pruebas", cosa que omitió manifestar en otra oportunidad, esto es, al pedir que se le fijara la cuantía de la multa que debía pagar por causa del ilícito imputado.

De esa negativa apeló el doctor Moncayo Guerrero.

Oído el concepto del señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, se pronuncia por la revoca-

toria del auto recurrido y solicita que se declare la nulidad de lo actuado desde la providencia, exclusive, que declaró abierto a pruebas el juicio.

Considera el Procurador que el Tribunal parte de la base errónea de que las disposiciones de los artículos 198, numeral 4º, y 171, numeral a), del estatuto procedimental, se encuentran suspendidas por el Decreto Legislativo número 1231 de 1951. Y expone así su pensamiento:

"Parece que el Tribunal hubiese entendido que una vez ejecutoriado el auto de proceder, el juicio de hecho queda abierto a pruebas por el término de tres días, sin que para ello sea necesario dictar auto alguno, y que por tanto, la notificación personal al defensor sobraría por sustracción de materia.

"Es esa una interpretación equivocada, puesto que de conformidad con el artículo 366 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a los procesos penales por disponerlo así expresamente el artículo 7º de la Ley 94 de 1938, los términos judiciales sólo "empiezan a correr desde el día siguiente al de la notificación del auto que los concede"; de donde se deduce que siempre es necesario dictar un auto, y éste no puede ser otro, en el caso que se estudia, que el contemplado en el numeral a) del artículo 171 del Código de Procedimiento Penal, cuya notificación, por mandarlo así el mismo artículo, debe hacerse personalmente al defensor, bajo la sanción de nulidad prevista en el numeral 4º del artículo 198 del citado Código.

"De tal suerte que el Tribunal procedió acertadamente en cuanto en el mismo proveído en que reconoció ejecutoriado el auto de proceder, declaró abierto el juicio a pruebas por el término de tres días; pero, en cambio, por lo que a su notificación respecta, se incurrió en una grave falla, puesto que sólo se notificó personalmente al señor Fiscal de la Corporación, y por estado a las demás partes, con olvido del numeral a) del artículo 171 del Código de Procedimiento Penal, que ordena su notificación personal al defensor".

Para resolver, tiene en cuenta la Corte:

Con fecha 3 de noviembre de 1955, el Tribunal declaró ejecutoriado el enjuiciamiento del doctor Moncayo Guerrero por abuso de autoridad; y allí mismo ordenó: "De conformidad con lo dispuesto por el artículo 4º del Decreto número 1231 del año de 1951, el juicio queda abierto a pruebas por el término de tres días dentro del cual podrán pedir las partes las que consideren necesarias".

Esta providencia se notificó personalmente al agente del Ministerio Público, y por estado a las otras partes.

El término probatorio corrió, sin que ninguno de los interesados pidiera pruebas.

Luégo el doctor Moncayo Guerrero presentó un memorial encaminado a obtener que se le determinara el monto de la pena pecuniaria correspondiente a la infracción (artículo 172 C. P.), para pagarla y poner fin al procedimiento que se le seguía, lo cual le negó el juzgador. Después y ya señalada fecha para audiencia, el procesado suscitó la nulidad que se examina.

Estatuye el artículo 198, ordinal 4º del Código de Procedimiento Penal que es motivo de nulidad el "no haberse notificado en debida forma el auto en que se señala término a los interesados para que manifiesten si tienen o no hechos que probar en el juicio".

El auto a que alude esta norma está sustituído hoy por el que decreta la apertura del juicio a pruebas, según el artículo 4º del Decreto Legislativo número 1231 de 1951, que dice:

"Ejecutoriado el auto de proceder queda abierto el juicio a prueba por el término de tres días, dentro del cual pueden pedir las partes las que consideren necesarias; el Juez ordenará inmediatamente que se practiquen, para lo cual fijará un término hasta de veinte días, más el de la distancia si fuere el caso".

De suerte que, por virtud de las reglas de interpretación extensiva y progresiva de la ley —que es permitida en materia penal cuando no afecta el dogma jurídico **nullum crimen sine lege**—, los artículos 198, numeral 4º, del Código de Procedimiento Penal y 4º del Decreto 1231 de 1951 guardan entre sí una íntima relación, para los efectos de la nulidad que contempla el precepto primeramente citado, cuya vigencia no está suspendida.

Y esto es así, porque dicha nulidad tutela una preciosa garantía del juzgamiento —que nunca puede faltar—, cual es la de que a las personas que intervienen en el proceso penal se les haga saber oportunamente, durante el juicio, cuándo deben presentar pruebas, a fin de ejercer sus respectivos derechos y colaborar al descubrimiento de la verdad histórica o material que domina las investigaciones de índole represiva.

En el proceso penal moderno se debate una relación jurídica de orden eminentemente público, derivada de un delito cometido y de la obligación

en que está el incriminado de responder de las consecuencias de su comportamiento antisocial. Y para lograr ese fin, el proceso se desarrolla mediante un conjunto de actividades y de formas que cumplen los sujetos procesales, o sean el Juez, el Ministerio Público, el procesado y la parte civil, en su caso.

Y dentro de esas actividades de los sujetos adquiere especial importancia el derecho de defensa, cuyas manifestaciones más vigorosas son la aportación de pruebas para destruir los cargos que se le hacen al procesado; las alegaciones —orales o escritas—, y los recursos contra las decisiones del Juez.

Como lo ha expresado esta Sala de la Corte, "la sentencia que condena a un reo sin que los jueces hayan oído su defensa, o sin que se le hayan dado los medios de aducir sus pruebas, es violatoria, no sólo de la ley de procedimiento, sino también de la Constitución Nacional. Esta no estatuye normas muertas o ineficaces de los derechos fundamentales de la persona humana". (Casaciones de 16 de febrero de 1942 y 17 de junio de 1952, a más de otras).

Por consiguiente, la jurisdicción penal no está completa, y por el contrario es inválida, cuando a la acusación y a la defensa se les priva de sus prerrogativas procesales en las oportunidades que les da la ley.

Si, pues, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, es principio inquebrantable que dentro del juicio penal haya una oportunidad para que los interesados puedan solicitar sus pruebas, y que a ellos se les debe enterar personalmente de ese derecho, tales propósitos legislativos se cumplen mediante una providencia previa notificada en la forma debida, como lo ordenan los artículos 145, 157, 171, 177 y 209, inciso 2º, del Código de Procedimiento Penal.

Y como en este negocio, la notificación del auto que abrió el plenario, se hizo por estado al defensor, debiendo ser **personal**, lo que impidió que el procesado pudiera pedir pruebas "para hacer su defensa a fondo", como él lo manifiesta, conclúyese que la nulidad demandada tiene pleno fundamento, no sólo en el artículo 198. ordinal 4º, de la Ley 94 de 1938, sino en otro de superior rango, o sea el 26 de la Constitución.

La nulidad debe arrancar desde el acto procesal irregularmente llevado a término, o sea la dicha notificación por estado (artículo 200 C. de P. P.).

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, acorde con el señor Procurador, REVOCA el auto materia de la apelación y DECLARA NULO lo actuado a partir de la notificación por estado número 218, de fecha 8 de noviembre de 1955, por medio de la cual se notificó a la defensa el auto que abrió el juicio a pruebas, a fin de que se reponga el procedimiento de ahí en adelante.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty M. — Jesús Estrada Monsalve — Luis Zafra — Octavio Laserna Villegas (Conjuez) — **Julio E. Argüello R.**, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

EN LA INVESTIGACION DEL DELITO DE PREVARICATO ES NECESARIO ALLEGAR AL PROCESO LA PRUEBA LEGAL DE LA CALIDAD DE FUNCIONARIO PUBLICO EN EL SINDICADO

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, once de abril de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve)

Vistos:

El Tribunal Superior de Cartagena consulta la providencia de fecha 24 de marzo de 1954, por medio de la cual "ordena cesar todo procedimiento en este proceso", en consideración a que la acción penal se halla prescrita.

Dio origen a la investigación el auto de 19 de mayo de 1947 proferido por el Tribunal Superior de Cartagena, en el cual —al ordenarse la cesación de todo procedimiento contra el doctor Blas Viñas, ex-Juez del Circuito Civil de Magangué, en proceso que se le adelantó por denuncia del doctor Gilberto Rodríguez Gutiérrez por delito de prevaricato— se dispuso sacar copia de lo pertinente "para abrir una investigación criminal en relación con los actos de omisión que originaron las demoras que se contemplan en este sumario, conforme se deja expuesto en la parte motiva", que es, en lo conducente, de este tenor:

"...Mas la investigación ha sufrido, a partir del 7 de noviembre de 1941, graves y prolongadas interrupciones, singularizadas en la forma siguiente: 1º La Sala, bajo la ponencia del doctor Manuel Zenón Pareja Vélez, perteneciente al personal anterior de esta Corporación, por auto de la fecha antes aludida, comisionó al Juez Segundo Penal del Circuito de Magangué para la práctica de algunas diligencias, y el Juez comisionado doctor Federico Rodríguez, las ordenó practicar por auto de 26 de febrero de 1942 y a partir del 27 subsiguiente, no se registra actuación alguna hasta el 19 de noviembre de 1943, en que un nuevo Juez, el doctor Pablo Mendoza Blanco, dispuso alguna diligencia. — 2º El 23 de noviembre de 1943 se llevó a cabo la última notificación de la providencia prenombrada y desde entonces el negocio permaneció inactivo hasta el 23 de agosto de 1946, en que otro Juez, el doctor Mario Alario Di Filippo, ordenó remitirlo a esta Corporación por hallarse vencido el término de la comisión..."

Practicadas algunas diligencias, se dio traslado del expediente al señor Fiscal del Tribunal para que conceptuara si era el caso de dar aplicación al artículo 153 del Código de Procedimiento Penal. Así lo conceptuó el Agente del Ministerio Público, quien —además— pidió se investigara el posible delito de falsedad en documento público a que se refiere el ex-Juez doctor Federico Rodríguez en los siguientes términos:

"Como creo no equivocarme al afirmar que no conocí, con el carácter ya dicho, de las diligencias sumarias en referencia y que durante el lapso que ejercí el cargo de Juez 2º del Circuito Penal de Magangué el señor Pedro Vergara Otero no ejerció las funciones de Secretario de dicho Juzgado sino de Portero, estimo conveniente que antes de colocarme en la situación de sindicado se haga una investigación en torno a la autenticidad de las firmas que aparecen estampadas por mí en el sumario en referencia".

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal pide a la Corte se revoque la providencia consultada para que se perfeccione el informativo en el sentido de allegar la prueba —que echa de menos— de la calidad de funcionario público del doctor Federico Rodríguez, ya que aparece haber actuado como Juez 2º Penal del Circuito de Magangué por el tiempo en que ocurrieron las demoras, debiendo traerse también "copia del acuerdo por el cual debió de nombrarse reemplazo al doctor Mario Alario Di Filippo, por lo menos para saber, por este medio —ya que según constancias del expediente el archivo de la Alcaldía de Magangué, donde deberían reposar las actas de posesión de los jueces, desapareció durante los motines producidos el 9 de abril de 1948 (fl. 32)— hasta qué fecha aproximada prestó este funcionario sus servicios como juez, porque, aunque la confirmación de su nombramiento se verificó el 30 de julio de 1945 (fl. 36), no se sabe si

aún permanecía al frente del mencionado cargo el 26 de agosto de 1946, fecha ésta hasta donde se averigua la responsabilidad por las demoras".

Se considera:

Consta del auto que ordenó la investigación que entre el 27 de febrero de 1942 y el 19 de noviembre del año siguiente —primera etapa de la inejecución de los actos legales que debían cumplirse— actuaba como Juez 2º Penal del Circuito de Magangué el doctor Federico Rodríguez (fl. 1º del cuaderno 1º), quien acepta que ejerció el cargo (fl. 42 ibidem), por lo cual debe comprobarse su calidad oficial en orden a establecer la competencia del Tribunal y de la Corte en las respectivas instancias. Asimismo —y para el objeto anotado por la Procuraduría en el aparte que se deja transcrito— se allegará copia del Acuerdo de nombramiento del funcionario que reemplazó en el cargo al doctor Mario Alario Di Filippo.

Igualmente procede determinar —antes de adelantar la investigación por falsedad en documentos públicos ordenada por el Tribunal— si ciertamente, en el sumario contra el doctor Blas Viñas, ex-Juez Civil del mismo Circuito, intervino como Juez 2º Penal el doctor Federico Rodríguez, quien expresa la creencia de no equivocarse al afirmar que no conoció de tales diligencias en ese carácter. Y como no fue posible traer a los autos copia de las actas de posesión de los jueces que desempeñaron el Juzgado 2º Penal del Circuito por la época de las demoras investigadas —debido a que el 9 de abril de 1948 desaparecieron los libros y archivos anteriores a ese año, según constancia del folio 32 del cuaderno 1º— necesario es demostrar, por los medios que suplan legalmente dicha prueba, el ejercicio funcional de aquéllos.

Por lo expuesto, 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, REVOCA la providencia consultada a fin de que se proceda como se indica en la parte motiva de este proveído.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra. — Julio E. Argüello, Secretario.

SE ORDENA CESAR EL PROCEDIMIENTO POR PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, once de abril de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve)

Vistos:

Consulta el Tribunal Superior de Cartagena la providencia de fecha 30 de abril de 1954, por la cual declaró prescrita la acción penal y dispuso, en consecuencia, cesar todo procedimiento en estas diligencias.

Se adelantaron ellas para averiguar la responsabilidad en que hubieran podido incurrir, por demoras, los funcionarios que actuaron en el proceso iniciado para averiguar las que, a su vez, le fueron imputadas al doctor Carmelo Saladen Marrugo, como Juez Primero Superior de aquella misma ciudad encargado de tramitar el negocio seguido contra Héctor Moncada por el delito de rapto en la señora Pilar Piñeres de González.

El Tribunal, teniendo en cuenta el tiempo en que ocurrió la última demora, el transcurrido desde entonces y la pena que habría de corresponder a los presuntos sindicados, le dio aplicación al artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el 105 del Estatuto Punitivo, en forma que ha estimado procedente el señor Procurador Delegado.

Se considera:

De las diligencias practicadas aparece que el día 11 de julio de 1940 el Juzgado Segundo Superior de Cartagena ordenó se cumpliera la comisión que le confirió el respectivo Tribunal para averiguar la responsabilidad aludida, y que, no obstante la insistensia del Superior para que la instrucción se activara, el expediente se devolvía por el comisionado con la constancia de que el excesivo trabajo a su cargo le impedía adelantar el proceso. Hasta el 16 de diciembre del mismo año de 1940, fecha en que el Juez Segundo Superior se separó de la investigación por enemistad con el funcionario acusado, sólo se llevó a cabo una diligencia de inspección ocular.

Comisionó entonces el Tribunal al Juzgado Primero Penal del Circuito, despacho que, habiendo recibido el expediente el 25 de febrero de 1941, lo devolvió —por última vez— el 19 de mayo de 1944, sin haber practicado diligencia alguna en orden a su perfeccionamiento. El 5 de julio siguiente el Superior comisionó de nuevo al Juzgado Segundo Superior —cuando ya no actuaba allí el Juez impedido—, y los autos, a solicitud del Tribunal, se le devolvieron a esa Corporación el 20 de agosto de 1946 en el mismo estado (fls. 14 a 15 v.).

Por la época de las demoras —11 de agosto de 1940 a 20 de agosto de 1946— actuaron en el Juzgado Segundo Superior los doctores Adolfo J. Bermúdez, Víctor Valle y Juan Zarante Ramos; y en el Primero Penal del Circuito los doctores José Cabarcas C. y Ricardo Camargo Sierra. La calidad oficial de los sindicados se estableció en los autos (fls. 17 a 27).

Es, pues, evidente que el proceso que hubo de seguírsele al doctor Carmelo Saladen Marrugo bajo la imputación mencionada sufrió demoras al parecer injustificables; pero como la última de ellas tuvo lugar en el mes de agosto de 1946, no cabe duda que la acción penal se hallaba con exceso prescrita cuando se profirió —cerca de ocho años después— el fallo de fecha 30 de abril de 1954, que es materia de la consulta, dado que la infracción se encuentra sancionada con multa de veinte a trescientos pesos (artículos 172 del Código Penal y 1º del Decreto 2184 de 1951) y que, por tanto, la prescripción se cumple en cinco años al tenor de lo dispuesto en el artículo 105 in fine del Código de las Penas.

Sólo que el proveído que se revisa habrá de reformarse para ceñir su parte dispositiva a los términos del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal.

Por lo expuesto, 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, REFORMA la providencia consultada en el sentido de declarar, como se declara, que la acción penal no podía proseguirse por hallarse prescrita y que por esa causa se ordena la cesación del procedimiento en estas diligencias.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra — Julio E. Argüello, Secretario.

ABUSO DE AUTORIDAD. — VIOLACION DE LA RESERVA DEL SUMARIO. — DETENCION ARBITRARIA

1. — La circunstancia de que el Juez del Circuito —Funcionario de Instrucción— hubiera solicitado copia del memorial denuncia para allegarlo a otro sumario seguido contra el mismo sindicado, no implica violación de la reserva del primer sumario, bien, porque esa diligencia puede contener datos de importancia para determinar la personalidad del acusado, o para establecer hechos atinentes a la responsabilidad del mismo, ora, porque dentro de las facultades que otorga la ley no existe impedimento alguno para solicitar esa diligencia, si ella directa o indirectamente sirve para los fines de la investigación.

Lo que la ley reprime es el hecho de revelar en todo o en parte el texto o contenido de las piezas que forman el sumario, a personas distintas de las que intervienen en el proceso como son el Juez de la causa, sus secretarios, el Agente del Ministerio Público, el procesado, su apoderado, la parte civil o su representante legal, pero en el caso sub-judice no se ha demostrado que el Juez acusado hubiera revelado el contenido de esos documentos a personas extrañas al proceso. El hecho de allegar en copia la denuncia que —por otra parte— se adelantaba contra el mismo sindicado, no está erigido por la ley en delito, ni el simple conocimiento del escrito implica violación de la reserva del sumario. Dentro de sus facultades el funcionario de instrucción tiene amplia libertad para allegar todos los datos y diligencias que en su concepto sean pertinentes para el descubrimiento de la verdad, no sólo en el orden material u objetivo, sino también en el moral o subjetivo.

2.—Cuando la infracción porque se procede tiene señalada pena de presidio o prisión, si resultare contra el procesado por lo menos una declaración que ofrezca serios motivos de credibilidad o un indicio de que es responsable penalmente como autor o partícipe de la infracción, el funcionario puede y debe decretar la detención (artículo 379), la cual no puede llevarse a cabo sino mediante providencia motivada en que exprese: el hecho que se investiga en el proceso; los elementos probatorios allegados sobre la existencia de ese hecho; su calificación legal y la pena señalada por la ley, como también las pruebas que reposan en contra de la persona cuya detención se ordena (artículo 383). Estas disposiciones y los requisitos contemplados en ellas, fueron cumplidos por el Juez acusado, no como Jefe de Instrucción sino como funcionario investigador, de manera que el acto —detención— no fue ilegal ni arbitrario porque lo hacía en cumplimiento de mandatos expresos contenidos en la ley.

La circunstancia de que el Juez de Circuito no fuera "Jefe de Instrucción" y el hecho de que el Decreto número 1231 de 1951 le hubiera quitado esa calidad, no son razones que induzcan a pensar que por esto ha perdido, por una parte, el carácter de funcionario de Instrucción en lo relacionado con delitos cometidos dentro de su territorio, y por otra, las prerrogativas que le ha conferido la ley en orden a la perfección del sumario, porque el Decreto, en ninguna de sus disposiciones, ni directa ni indirectamente suspende la vigencia de los artículos 60, 61 y 62 del C. de P. P., ni las atribuciones a ellos conferidas por los artículos 277 y 281; suspende sí la calidad que el Juez del Circuito en el Ramo Penal tenía como "Jefe de Instrucción en todos los procesos penales que se adelanten dentro del territorio de su jurisdicción" (artículo 64) para radicarla en el Juez Municipal.

Si el auto de detención se profirió teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 383 del Código de Procedimiento Penal; si quien lo hacía era funcionario público y lo dictaba en ejercicio de plenas facultades, la providencia que tal cosa disponía no era ilegal, ni había usurpación de jurisdicción y com-

petencia, porque al momento de ordenar la detención el Juez se hallaba investido de todas las prerrogativas necesarias para tomar esa determinación. Una cosa es la facultad que el Decreto 1231 de 1951 confirió al Juez Municipal como "Jefe de Instrucción" y otra muy distinta la facultad que el Juez Penal del Circuito tiene como funcionario de Instrucción. La primera, confiere poderes más amplios para vigilar e intervenir en las investigaciones penales; la segunda, limita o circunscribe el radio de acción para aquellos procesos que por cualesquier causa llegan a su conocimiento, pero entre estas dos modalidades no se advierte oposición alguna, ni la primera anula la segunda; ellas se complementan para buscar una sola finalidad; el descubrimiento de la verdad histórica y material de los hechos investigados y la responsabilidad de los autores o partícipes de la infracción.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, abril diez y siete de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

Por apelación, procede la Corte a revisar la providencia de veintinueve de noviembre de mil novecientos cincuenta y cuatro, del Tribunal Superior de Pereira, cuya parte resolutiva es del tenor siguiente:

"Abre causa criminal de oficio al señor Jesús María Patiño, de las condiciones civiles detalladas en este proceso, por el genérico delito de la detención arbitraria que define y sanciona el C. Penal en su Capítulo II del Título XI, Libro Segundo, consistente en haber decretado judicialmente, sin competencia para ello, la detención del ciudadano Joaquín Maya, extralimitando las funciones de Juez Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, hecho realizado en las circunstancias de modo, tiempo y lugar determinadas en este proceso.

"Sobresee definitivamente en favor del señor Jesús María Patiño por los demás cargos que dieron lugar a su llamamiento a rendir indagatoria".

Antecedentes

El catorce de enero de mil novecientos cincuenta y dos, Jesús María Patiño tomó posesión del cargo del Juez Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría para el cual había sido nombrado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira. En el Juzgado encontró multitud de expedientes entre otros, uno contra Joaquín Maya Arboleda por los delitos de falsedad y estafa, y en relación con este sumario dice el sindicado:

"Estudiado el proceso se halló conque (sic) la investigación estaba apenas en embrión y así fue que por auto de marzo ocho de mil novecientos cincuenta y dos, se le envió nuevamente el proceso a la Alcaldía para que terminara la investigación con la advertencia de que debería resolverse la situación jurídica del sindicado, puesto que se consideraba que estaban cumplidos los requisitos exigidos por el artículo 379 del C. de Procedimiento Penal para decretar la detención del sindicado. Como pasaron dos meses sin que el Juzgado se diera cuenta de qué había ocurrido con el negocio en referencia, fue reclamado a la Alcaldía y en vista de que no se había cumplido lo ordenado, por auto de mayo quince de este año procedí en mi carácter de funcionario de Instrucción, como lo haría el más humilde Inspector de Policía que sepa cumplir con sus deberes, dictar el auto de detención contra el sindicado devolviendo el negocio a la Alcaldía para que allí se cumpliera la detención del sindicado Maya y se remitieran los autos a la Fiscalía del Juzgado Superior como negocio de su competencia".

En el auto que ordena pedir el sumario, el funcionario acusado solicita se le remita copia de la denuncia presentada por Jesús Salvador Raigosa contra Joaquín Maya, para que se averigüe la responsabilidad en que hubiera incurrido al hacer el cobro de una letra por la suma de ochocientos noventa pesos ($ 890.00) y no entregar el valor correspondiente al mencionado Salvador Raigosa, circunstancia ésta que —en concepto del denunciante— constituye un delito sobre violación de la reserva del sumario.

Con base en estos hechos, Joaquín Maya Arboleda en memorial de junio cuatro de mil novecientos cincuenta y dos, presentó denuncia contra Jesús María Patiño —en ese entonces— Juez Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, a quien le imputa estos delitos:

1º—Detención arbitraria, por cuanto el Juez del Circuito de conformidad con el Decreto número

1213 de 1951 no tenía jurisdicción y competencia ni para pedir el sumario ni para dictar el correspondiente auto de detención por no estar reunidos los elementos indispensables para proferir un auto de esta naturaleza. Y,

2º—Abuso de autoridad, pues al pedir la copia de la denuncia presentada por Jesús Salvador Raigosa en contra de Maya, se violó la reserva del sumario.

Investigación

Para acreditar la calidad de funcionario público que en ese entonces tenía el señor Jesús María Patiño Herrera como Juez Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, se allegaron copias del Decreto de nombramiento y la respectiva acta de posesión; copias de las diligencias que por el delito de falsedad y estafa se adelantó contra Joaquín Maya Arboleda, en las cuales consta la actuación del funcionario acusado, como el correspondiente auto de detención; copia del memorial denuncia presentado por Salvador Raigosa en contra de Maya, con el objeto de que se averigüe la responsabilidad en que hubiere incurrido al hacer el cobro de una suma de dinero y no entregar el valor al denunciante; copia de la boleta de detención que dice: "Sírvase custodiar por cuenta de esta Fiscalía y hasta nueva orden al sindicado de falsedad en documentos señor Joaquín Maya Arboleda", como también de la boleta de libertad; la primera fue expedida con fecha dos de junio de mil novecientos cincuenta y dos y la segunda el día cuatro del mes y año citado.

Durante la instrucción del sumario se recibieron algunas pruebas testimoniales y varias declaraciones indagatorias del acusado Jesús María Patiño Herrera, quien no niega los hechos; los confiesa, pero afirma que el cumplimiento de la ley como funcionario de instrucción, no entraña violación de ella.

Calificación del sumario

En providencia de primero de diciembre de mil novecientos cincuenta y dos, el Tribunal —con ponencia del doctor Gutiérrez Mejía— con aplicación del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, declaró que los hechos imputados no eran constitutivos de infracción penal y ordenó, en consecuencia, cesar todo procedimiento de acuerdo con el colaborador de esa Entidad.

Al ser revisada por consulta esa providencia, la Corte la revocó a solicitud del Agente del Ministerio Público, para que se practicaran algunas pruebas.

Cumplidas esas diligencias, el Fiscal del Tribunal, en Vista de tres de noviembre de mil novecientos cincuenta y cuatro, pide se sobresea definitivamente en favor de Joaquín Maya Arboleda, pero el Tribunal no aceptó la petición y llamó a responder en juicio al acusado por un delito de detención arbitraria, y sobreseyó definitivamente por los demás cargos. Suscriben la providencia los Magistrados Eastman Díaz, Gómez Ospina y Valencia Arboleda, quien por no estar de acuerdo con sus compañeros de Sala salva el voto. El diez y siete de febrero de mil novecientos cincuenta y uno, el Juez negó la reposición del auto anterior, y concedió el recurso de apelación.

Consideraciones del Tribunal

Los fundamentos que se tuvieron en cuenta para llamar a responder en juicio al señor Jesús M. Patiño, son estos:

"El señor Juez acusado tenía conocimiento del Decreto 1231 y por lo tanto sabía que ese negocio no era de su competencia, sino del Fiscal del Juzgado Superior. Debió darse cuenta que había iniciado la investigación la Alcaldía por comisión del Juez Municipal, y si lo encontró a su Despacho, su obligación era enviarlo al Juez Municipal o al Alcalde para que lo remitiera a aquél, pero jamás actuar como si fuera comisionado.

"Y si conocía el Decreto 1231, debió tener muy en cuenta el artículo 9º que permite a los Jueces de Circuito 'aprehender directamente la instrucción del sumario o destinar el funcionario competente que deba encargarse de la investigación' pero sólo en los negocios cuyo conocimiento les corresponda.

"En estas condiciones, y como el negocio era de competencia del Juzgado Superior o de la Fiscalía de ese Despacho, al haber actuado en la forma como lo hizo había incompetencia de jurisdicción. Quien conoce de un negocio que no es de su competencia y priva de la libertad a un ciudadano, comete el delito de detención arbitraria".

En cuanto la delito de abuso de autoridad por violación de la reserva del sumario, el Tribunal cataloga el hecho en la disposición del artículo 171 del C. P. siendo así que este delito se halla

catalogado en el contenido del artículo 173 ibidem, y después de hacer algunas consideraciones sobre este tema, expresa:

"Podría concluírse pues, que el acusado Patiño Herrera incurrió en abuso de autoridad, como delito **per se**, por su intromisión indebida en el sumario contra el señor Maya Arboleda, si no fuera que esa intervención ilegal está especialmente prevista como delito más grave, del cual el abuso de funciones pasa a ser uno de los presupuestos o elemento tipificador. Faltan por tanto las condiciones reclamadas por el artículo 171 atrás mencionado, de que el acto arbitrario no esté especialmente previsto como delito, para que pueda constituir infracción independiente de abuso de autoridad. En este caso, como se estudia en otros apartes de esta providencia, el acto arbitrario está especialmente previsto como delito contra la libertad individual, concretando como delito de 'detención arbitraria' y por esto, computarlo también como abuso de autoridad llevaría a la violación del principio **non bis in idem** que la misma ley tutela".

Concepto del Agente del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en amplio y detenido estudio analiza los cargos que se le imputan al Juez acusado y sostiene la inexistencia de los ilícitos porque "si el delito de 'detención arbitraria' es típicamente doloso, solamente es punible cuando el funcionario o empleado conoce la ilegalidad de la acción; o si desconociéndola ha podido informarse y estar convencido".

En relación con el segundo hecho expresa:

"La solicitud de la agregación de la copia de la denuncia de Jesús Salvador Raigosa al proceso por falsedad y estafa seguido contra Maya Arboleda, no tenía por fin inmediato la acumulación de una y otra acción, ni tampoco la intención de conocer de su desarrollo y tramitación, sino simplemente el de un elemento informativo acerca de la personalidad del sindicado, sus antecedentes, su conducta, sus condiciones de vida, etc., al tenor de lo que expresa el artículo 294 del Código de Procedimiento Penal, y para los fines que indican los artículos 53, 452 y concordantes del mismo estatuto, así como lo que pudiere decir relación eventualmente con los artículos 36 a 40 del Código Penal.

"Además, dicha copia iba a obrar en otro proceso también en estado de sumario y sujeto a la misma reserva legal y para fines que únicamente decían relación con la administración de justicia".

Se considera:

No se ha demostrado la existencia de un delito de abuso de autoridad por violación de la reserva del sumario, ilícito que se halla sancionado por el artículo 173 del Código Penal. La circunstancia de que el Juez del Circuito —funcionario de Instrucción— hubiera solicitado copia del memorial denuncia para allegarlo a otro sumario seguido contra el mismo sindicado, no implica la violación de la reserva del primer sumario, bien porque esa diligencia puede contener datos de importancia para determinar la personalidad del acusado, o para establecer hechos atinentes a la responsabilidad del mismo, ora porque dentro de las facultades que otorga la ley no existe impedimento alguno para solicitar esa diligencia, si ella directa o indirectamente sirve para los fines de la investigación.

Lo que la ley reprime es el hecho de revelar en todo o en parte el texto o contenido de las piezas que forman el sumario, a personas distintas de las que intervienen en el proceso como son el Juez de la causa, sus Secretarios, el Agente del Ministerio Público, el procesado, su apoderado, la parte civil o su representante legal, pero en el caso sub-judice no se ha demostrado que el Juez acusado hubiera revelado el contenido de esos documentos a personas extrañas al proceso. El hecho de allegar en copia la denuncia que por otra parte se adelantaba contra el mismo sindicado, no está erigido por la ley en delito, ni el simple conocimiento del escrito implica violación de la reserva del sumario. Dentro de sus facultades el funcionario de instrucción tiene amplia libertad para allegar todos los datos y diligencias que en su concepto sean pertinentes para el descubrimiento de la verdad, no sólo en el orden material u objetivo, sino también en el moral o subjetivo.

En estas condiciones el delito imputado no se ha demostrado, por lo cual el sobreseimiento decretado es legal y debe confirmarse.

Detención arbitraria

Se dice que Jesús María Patiño —Juez acusado —cometió el delito de detención arbitraria porque privó de la libertad a Joaquín Maya Ar-

boleda, careciendo de jurisdicción y competencia para hacerlo (artículos 9º y 10º Decreto número 1231 de 1951).

El Código de Procedimiento Penal (artículo 60) determina cuáles son los funcionarios de Instrucción y entre éstos (numeral 5º) atribuye dicha calidad a los Jueces de Circuito en el Ramo Penal, quienes conocen de "la instrucción de los sumarios referentes a infracciones cometidas dentro de su territorio, o a aquellas que cometidas en otro lugar deban juzgarse en el Distrito Judicial o Circuito en que el funcionario actúe" (artículo 62). El funcionario de Instrucción tiene obligación de practicar todas las diligencias tendientes a demostrar el cuerpo del delito, a descubrir los autores o partícipes de la infracción, y cuando por cualquier causa o por negligencia omitiere el cumplimiento de estos deberes (artículo 280), incurre en sanción penal.

Cuando la infracción porque se procede tiene señalada pena de presidio o prisión, si resultare contra el procesado por lo menos una declaración que ofrezca serios motivos de credibilidad o un indicio de que es responsable penalmente como autor o partícipe de la infracción, el funcionario puede y debe decretar la detención (artículo 379) la cual no puede llevarse a cabo sino mediante providencia motivada en que exprese: el hecho que se investiga en el proceso; los elementos probatorios allegados sobre la existencia de ese hecho; su calificación legal y la pena señalada por la ley, como también las pruebas que reposan en contra de la persona cuya detención se ordena (artículo 383). Estas disposiciones y los requisitos contemplados en ellas, fueron cumplidas por el Juez acusado, no como Jefe de Instrucción sino como funcionario investigador, de manera que el acto —detención— no fue ilegal ni arbitrario porque lo hacía en cumplimiento de mandatos expresos contenidos en la ley.

La circunstancia de que el Juez del Circuito no fuera "Jefe de Instrucción" y el hecho de que el Decreto número 1231 de 1951 le hubiera quitado esa calidad, no son razones que induzcan a pensar que por esto ha perdido, por una parte, el carácter de funcionario de Instrucción en lo relacionado con delitos cometidos dentro de su territorio, y por otra, las prerrogativas que le ha conferido la ley en orden a la perfección del sumario, porque el Decreto, en ninguna de sus disposiciones, ni directa ni indirectamente suspende la vigencia de los artículos 60, 61 y 62 del C. de P. P. ni las atribuciones a ellos conferidas por los artículos 277 a 281; suspende sí la calidad que el Juez del Circuito en el Ramo Penal tenía como "Jefe de Instrucción en todos los procesos penales que se adelanten dentro del territorio de su jurisdicción" (artículo 64) para radicarla en el Juez Municipal. Por esto es por lo que el Juez acusado expresa:

"Debo advertir que no basta que el funcionario sea el competente para conocer de un negocio, sino que a los funcionarios de instrucción les están atribuídas todas las garantías necesarias al esclarecimiento de los hechos, sean de la competencia que se fuere, para luego, una vez perfeccionada la investigación enviar los autos al funcionario competente. Como dije, dicho auto lo dicté en mi carácter de funcionario de instrucción por hallarse el negocio a mi cargo para completar la investigación, ya que no se había cumplido con este requisito legal de definir la situación jurídica del procesado".

Afirmación que encuentra pleno respaldo en las disposiciones que reglamentan las atribuciones conferidas por la ley a los funcionarios de Instrucción y por ende a los Jueces Penales del Circuito que tienen esa misma denominación.

Si el auto de detención se profirió teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 383 del Código de Procedimiento Penal; si quien lo hacía era funcionario público y lo dictaba en ejercicio de plenas facultades, la providencia que tal cosa disponía no era ilegal, ni había usurpación de jurisdicción y competencia, porque al momento de ordenar la detención el Juez se hallaba investido de todas las prerrogativas necesarias para tomar esa determinación. Una cosa es la facultad que el Decreto 1231 de 1951 confirió al Juez Municipal como "Jefe de Instrucción" y otra muy distinta la facultad que el Juez Penal del Circuito tiene como funcionario de Instrucción. La primera, confiere poderes más amplios para vigilar e intervenir en las investigaciones penales; la segunda, limita o circunscribe el radio de acción para aquellos procesos que por cualesquier causa llegan a su conocimiento, pero entre estas dos modalidades no se advierte oposición alguna, ni la primera anula la segunda; ellas se complementan para buscar una sola finalidad; el descubrimiento de la verdad histórica y material de los hechos investigados y la responsabilidad de los autores o partícipes de la infracción.

No siendo el hecho constitutivo de infracción penal, innecesario es el estudio de los diferentes elementos del delito por el cual se llamó a responder en juicio a Jesús María Patiño; por con-

siguiente, la providencia debe ser revocada, ora porque está claramente demostrado que obró en cumplimiento de la ley, bien, porque el hecho no es constitutivo de delito.

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 Segundo Delegado en lo Penal, de acuerdo con él REVOCA la providencia de veintinueve de noviembre de mil novecientos cincuenta y cuatro, y en su lugar SOBRESEE DEFINITIVAMENTE en favor del doctor Jesús María Patiño, ex-Juez Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, por los cargos materia de la presente investigación, y la confirma en lo demás.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra — Julio E. Argüello, Secretario.

CAUSAL DE IMPEDIMENTO PARA CONOCER DE UN PROCESO PENAL POR AMISTAD CON EL PROCESADO

En cualquiera de los dos extremos la prueba —en los casos de recusación— o el relato de las circunstancias reveladoras de la enemistad grave o de la amistad íntima que subjetivamente se interponen entre el ánimo del juez y los imperativos de su deber es una situación dada —en los casos de impedimento— han de ser de tal naturaleza que lleven al convencimiento de que la imparcialidad y la rectitud en el juzgador corren peligro, con mengua no solamente de la justicia misma, sino de la confianza pública que sus determinaciones deben, en todo momento, suscitar y merecer.

Ciertamente el sentimiento de gratitud —como lo dijo la Sala en auto de 9 de febrero último— es "el que dá origen con más frecuencia, en los espíritus nobles, a la íntima amistad". Pero ni todo agradecimiento la ocasiona siempre, ni ella, cuando nace por tal causa, continúa condicionada al recuerdo de los favores otorgados, los cuales vienen a constituir el episodio inicial del más desinteresado y generoso de los afectos. Por otra parte, el grado de relaciones requerido por la ley, no es el muy común de la simple amistad, sino el peculiarísimo de vinculaciones afectivas que confinan con la fraternidad y aún la sobrepasan muchas veces.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal — Bogotá, veinticinco de abril de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve)

Vistos:

En el proceso que en el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo se adelanta contra el doctor Plutarco Niño Espejo por prevaricato, en su condición de Juez del Circuito de Arauca, el Magistrado sustanciador doctor Rito Ricardo Beltrán Reyes se declaró impedido para conocer alegando amistad íntima con el sindicado, de acuerdo con el inciso 5º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal.

Afirma el Magistrado doctor Beltrán Reyes que sus relaciones de amistad con el sindicado habían sido antes las que "dependen de la cortesía y buena educación", pero que últimamente el doctor Niño Espejo les ha brindado a sus allegados "atenciones y actos de gentileza" que lo obligan a título de gratitud; y agrega: "Si con anterioridad no me sentía ligado al doctor Niño Espejo espiritualmente hasta el punto de que mi criterio como funcionario judicial se sintiera perturbado para fallar este negocio, hoy por hoy la situación es muy distinta, pues considero que mi sentimiento de amistad para con él, linda ya en las fronteras de la intimidad".

Cree el señor Magistrado que está obligado moralmente a declararlo así "en bien de la imparcialidad en la administración de justicia".

Conoció del impedimento el señor Magistrado que seguía en turno, quien lo declaró infundado y remitió el expediente a la Corte para los efectos indicados en el artículo 74 del Código de Procedimiento Penal.

En la respectiva providencia, de fecha 3 de marzo último, se dice que si bien "la amistad íntima es una relación de afectos recíprocos que se cultivan entre las personas por ella ligadas, y en tal grado generosos y nobles que pueden ir hasta el sacrificio heroico, y por tanto capaces de perturbar el criterio, aún inconscientemente, cuando quiera que del amigo se trate; y si la valoración de aquella relación de afectos bilaterales permanece indulablemente en un plano eminentemente subjetivo, necesario es también convenir en que tiene esa amistad manifestaciones externas susceptibles de apreciación objetiva, así como motivos que de igual manera la relievan ante la sociedad, y que son bien distintos a lo que imponen las simples normas de la cortesía social"; que las atenciones y actos de gentileza dispensados por Niño Espejo no lo han sido para con el

Magistrado Ponente, y que no se ha expresado en qué hayan podido aquéllos consistir.

"La enunciación de motivos de la pretendida amistad íntima así expuestos —concluye el proveído en referencia— nos pone, delante de una situación francamente unilateral de actos de cortesía social del sindicado para los familiares del H. Magistrado doctor Beltrán Reyes, comoquiera que no se ha afirmado en la declaración del impedimento una correlación recíproca de tales actos de parte de aquellos familiares. Pero si esta correlación existiera, no por ello habría de concluírse afirmando la existencia de amistad íntima entre uno y otros, y mucho menos inferirse de allí que existiera el mismo vínculo afectivo entre el Ponente y el amigo de los familiares del primero, del mismo modo que la doctrina jurisprudencial ha definido no existir ese vínculo impositivo de impedimento, en el caso de la amistad íntima entre Magistrado y los familiares de un procesado. De otra suerte se extralimitaría indudablemente el alcance del prenombrado ordinal 5º, el cual circunscribe la enemistad grave o la amistad íntima, como generadoras de impedimento, a la que existe entre el juez y alguna de las partes o el apoderado o defensor de ésta".

Se considera:

Son causales de impedimento o recusación en los negocios penales, entre otras, la enemistad grave o la amistad íntima entre alguna de las partes o su apoderado o defensor y el juez o magistrado, según reza el inciso 5º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal.

Para que la recusación o el impedimento puedan tener efectividad es preciso, por tanto, que la emistad sea **grave**, si de su influjo se trata, y que la amistad sea **íntima**, si es ella la que inhibe o perturba la conciencia del juzgador.

En cualquiera de los dos extremos la prueba —en los casos de recusación— o el relato de las circunstancias reveladoras de la enemistad grave o de la amistad íntima que subjetivamente se interponen entre el ánimo del juez y los imperativos de su deber en una situación dada —en los casos de impedimento— han de ser de tal naturaleza que lleven al convencimiento de que la imparcialidad y la rectitud en el juzgador corren peligro, con mengua no solamente de la justicia misma, sino de la confianza pública que sus determinaciones deben, en todo momento, suscitar y merecer.

Ciertamente el sentimiento de gratitud —como lo dijo la Sala en auto de 9 de febrero último— es "el que dá origen con más frecuencia, en los espíritus nobles, a la íntima amistad". Pero ni todo agradecimiento la ocasiona siempre, ni ella, cuando nace por tal causa, continúa condicionada al recuerdo de los favores otorgados, los cuales vienen a constituir el episodio inicial del más desinteresado y generoso de los afectos. Muy obligantes debieron de ser las atenciones prodigadas por el doctor Niño Espejo a la familia del Magistrado para que éste las haya valorado como motivo de una amistad que "linda ya en las fronteras de la intimidad"; pero ni el doctor Beltrán Reyes —como lo anota el Tribunal— ha expresado en qué consistieron ellas, ni su reciente ocurrencia permite asignarles el poder inhibitorio de relaciones espirituales que sólo con el transcurso del tiempo se aquilatan y acendran hasta alcanzar el grado requerido por la ley, que no es el muy común de la simple amistad, sino el pecualiarísimo de vinculaciones afectivas que confinan con la fraternidad y aún las sobrepasan muchas veces.

No es lógica la apreciación del Tribunal en el sentido de que la aceptación del referido impedimento, con base en favores hechos por el sindicado no al doctor Beltrán Reyes sino a los parientes de éste, extralimitaría el alcance del ordinal 5º del artículo 73 del Estatuto Procesal, pues bien podría nacer de esa circunstnacia la amistad íntima existente entre el juez o magistrado y algunas de las partes o el apoderado o defensor de éstas que en dicha norma se prevé. Lo que sucede es que tales favores no se han demostrado ni siquiera determinado en orden a su estimación más o menos exacta —como se ha dicho antes—, y más bien parecen corresponder a lo que la misma Corporación ha denominado "situación francamente unilateral de actos de cortesía social del sindicado para los familiares (sic) del H. Magistrado doctor Beltrán Reyes".

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley DECLARA que el doctor Rito Ricardo Beltrán Reyes no está impedido para seguir conociendo del proceso que se adelanta contra el doctor Plutarco Niño Espejo por el delito de prevaricato.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra — Julio E. Argüello, Secretario.

DELITO DE CONCUSION.—ELEMENTOS QUE LO CONFIGURAN. — SUS DIFERENCIAS CON EL COHECHO.—LA PRUEBA DE UNA MODALIDAD ESPECIFICA DEL DELITO DEBE APARECER CATEGORICAMENTE, NO COMO MERA SOSPECHA

1. — Dentro de la expresión genérica de "crimen repetundarum" quedaban comprendidos —en el derecho romano— no sólo la concusión sino también una serie de actos de venalidad de los funcionarios públicos que ponían en venta el poder de que se hallaban investidos.

Pero si similares en el bien que primordialmente lesionan, puesto que tanto el cohecho como la concusión atentan contra el servicio público, se diferencian en que el primero es un ilícito bilateral que mira a un acto futuro, mientras que en el segundo no es posible el acuerdo, puesto que la voluntad del sujeto pasivo está viciada por el temor, y el acto que debe realizarse puede ser concomitante con la exigencia indebida.

Otra diferencia que traen los autores es la de que en la concusión el funcionario pide, al paso que en el cohecho acepta. Aquélla la dividen en propia e impropia, según incurriere en la misma un empleado con autoridad o un particular; y en explícita e implícita, según se logre venciendo la voluntad de otro mediante la violencia, o induciendo en error al contribuyente. En el primer caso la víctima sabe que es expoliada; en el segundo lo ignora. No obstante —aclaran los expositores— habrá concusión cuando el sujeto paga por temor, aunque sepa o sospeche que no debe realmente lo que se le exige, porque lo esencial no es el conocimiento sino la voluntad.

Otra diferencia se establece por los dos actos distintos que entran en la concusión: el abuso de poder, como medio, y la utilidad económica, como fin. Pero este abuso de autoridad —dice Soler— puede no ser estrictamente funcional; basta que el sujeto actúe en función de autoridad invocando esa calidad, expresa o en forma tácita, y que ella exista, aunque la función invocada no implique en absoluto la facultad de exigir suma alguna ("Derecho Penal Argentino", T. V. pág. 222). Y el mismo profesor, al referirse al temor que inspiran las prerrogativas del empleado y que quebrantan la voluntad de quien se siente sometido y en precarias condiciones, dice "Lo que puede un comisario de campaña desbocado es muy distinto de lo que puede modesto escribiente de oficina. En un caso la amenaza implícita es suficiente; en el otro será preciso que se concrete en alguna forma, que sea explícita" (pág. 226, ob. cit.).

Esta misma división (explícita e implícita) la trae Carrara en su "Programa del Curso de Derecho Criminal", T. V. pág. 114. Allí se dice: "Explícita, si el oficial amenaza con un acto de propio poder que confiesa injusto, si no se le da dinero; implícita, si da a entender que el particular debe hacer un pago que no es debido, como cuando el preceptor aumenta las cifras en las intimaciones de impuesto, etc." Siempre, pues, el acto está constituído por el abuso de autoridad con fines de lucro, patente en el primer caso y latente en el segundo. Y de ahí que al fijar los criterios que configuran la concusión, señale estos: 1º que se haya abusado para obtener un lucro; 2º que este lucro sea indebido; y 3º que con el fin de obtener el lucro se haya acudido a la amenaza de un acto de pública autoridad.

2.—En el texto del artículo 156 del Código Penal se exigen las siguientes condiciones para que se configure el delito de concusión: a) que haya un abuso del cargo o de las funciones que desempeña el responsable; y b) que constriña, es decir, que obligue o compela por la fuerza, o que induzca, o sea, que instigue o persuada a alguien con el fin de conseguir para sí o para otro dinero o cualquier clase de utilidad.

3.—No debe olvidarse que en tratándose de una modalidad específica que caracteriza

el delito, debe existir una prueba categórica y no una mera sospecha. Por ejemplo, la amenaza implícita que despierta o suscita el temor y doblega el ánimo de quien la sufre o cree sufrirla, en el delito de concusión, tiene que estar concretada —como lo dice Soler— en alguna forma, sin que baste suponerla.

4.—Aparte de que toda dádiva es voluntaria puesto que ella significa algo que se da graciosamente, la voluntad —según se ha visto— puede estar supeditada por el temor recóndito de un mal futuro o de un daño presente que le quita al acto su carácter de espontáneo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, veinticinco de abril de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez)

Vistos:

A 28 meses de la segunda de las penas privativas de la libertad ha sido condenado, por el delito de concusión, el señor Domingo Saavedra P., según sentencia del Tribunal Superior de San Gil, fechada el 25 de noviembre de 1955, la que ha sido impugnada por el doctor Humberto Barrera Domínguez en la demanda que, para sustentar el recurso extraordinario oportunamente interpuesto por el defensor del procesado, dirige a esta Sala de la Corte.

El hecho es el siguiente:

1º—Desde el 19 de diciembre de 1953 el señor Domingo Saavedra P. desempeñaba las funciones de secretario del Alcalde Municipal de Aratoca, con una asignación mensual de $ 130.00;

2º—Por medio del Decreto número 24 de 1º de julio de 1954 fue nombrado como Personero el señor Héctor González Rey, quien tomó posesión ese mismo día, según acta que obra al folio 38 vuelto, firmada por el interesado y en la cual se expresa que el sueldo mensual del Personero de ese Municipio es de $ 100.00;

3º—González Rey permaneció en el puesto hasta el 31 de agosto, o sea dos meses, durante los cuales recibió en total la cantidad, no de $ 200.00, que era la que le correspondía, sino la de $ 95.00, pues el resto estaba destinado a Saavedra, quien lo cobraba en ejercicio de una especie de convenio entre el ducho escribano y el novel funcionario, cuyo nombramiento se subordinó previamente a esa condición, impuesta o fijada por el primero y aceptada por el segundo, no obstante su dicho de ignorar el monto de la remuneración, suficientemente aclarada en el acta que suscribió al posesionarse del empleo;

4º—El primero de septiembre se declaró insubsistente el nombramiento de González Rey y fue designado para el mismo encargo (Personero) el señor Venancio Gutiérrez. El procedimiento sufrió entonces una sustanciosa modificación para Saavedra, pues Gutiérrez —lo declara— convino en aceptar el cargo por la cantidad de $ 30.00 mensuales, es decir que la otra parte, la mayor, o sea la de $ 67.00 (había que deducir tres pesos, como aporte a la Caja de Previsión) iba a engrosar el estipendio del Secretario Saavedra. Así, pues, Gutiérrez, quien se prestó al juego, recibió durante los cuatro meses en que hizo de representante del Municipio de Aratoca, recomendado por Saavedra, la cantidad de $ 120.00 en vez de $ 400.00;

5º—Esta situación duró hasta el 31 de diciembre de 1954, fecha en que el Contralor Departamental de Santander le puso remedio a la anomalía y facilitó los correspondientes documentos para que se iniciara la investigación, calificada en primera instancia por el Juez 1º Superior de San Gil, en auto de 24 de junio de 1955 en el que llamó a responder a Domingo Saavedra P. por el delito de concusión, sobre el cual versa la referida sentencia condenatoria, en donde figuran estas consideraciones:

"Al rendir indagatoria, José Domingo Saavedra acepta que participó de los sueldos de los Personeros González Rey y Gutiérrez; pero afirma que esa participación se produjo en virtud de convenio con ellos, de quienes afirma, además, recibía esa participación como un regalo o dádiva que los Personeros le hacían. Evidentemente: Gutiérrez acepta lo del convenio en la participación del sueldo y llega a decir, ya en un careo, ante una pregunta de Saavedra, que no fue presionado por éste en ninguna forma y que considera que a esa participación de sueldo se le puede dar la denominación de "dádiva"; pero afirma que ese dinero lo recibía Saavedra, en virtud del acuerdo que con él había hecho.

"No todas las veces 'la exacción ilegal', la obtiene el funcionario público constriñendo al agente pasivo, es decir, abusando de su autoridad mediante amenazas o coacciones, sino por otros me-

dios capaces de infundir a la víctima un temor que la induzca a dar o prometer dinero u otra utilidad. Aquí, fácilmente se advierte, que los Personeros participaban de su sueldo al Secretario Saavedra, por temor de que éste, en virtud de sus funciones ante el Alcalde los privara del empleo".

La demanda

Empieza la Sala por reconocer que el escrito en que se impugna el fallo ha sido elaborado con sujeción a la técnica del recurso extraordinario de que aquí se trata, requisito que no suelen cumplir los demandantes sino en excepcionales casos que, por lo mismo, conviene relievar.

Dos son las causales invocadas y sustentadas por el abogado, doctor Humberto Barrera Domínguez: la segunda y la primera del artículo 567 del C. de P. P.

Funda la presentada en primer término en estos motivos: a) errada interpretación y equivocada apreciación de los hechos, al tener como comprobado un delito que no existe; y b) errada interpretación o apreciación de esos mismos hechos al negarles su natural valor probatorio, lo que conduciría —bien interpretados— a declarar que el procesado obró en las circunstancias previstas en el ordinal 2º del artículo 23 del C. P., o sea, que de buena fe incurrió en un error esencial de derecho, no proveniente de negligencia.

Los motivos de esta causal tienen en la demanda un extenso y ordenado desarrollo. Se hace en ella un ponderado análisis del artículo 156 del Código de las penas, el cual ofrece un fenómeno delictuoso que en ninguna manera encaja en la actuación de Saavedra, en sentir del demandante. Para él es necesario que haya una violencia de orden físico o moral, pues sólo así puede hablarse de concusión, porque los vocablos **constreñir** e **inducir** que emplea ese texto legal están indicando que el sujeto pasivo del delito tuvo que ser determinado por cualquiera de estos medios coactivos, lo que no puede predicarse de una "dádiva voluntaria", que es el caso de su patrocinado.

Sobre este punto reitera las críticas al fallo, no sólo al sustentar la causal segunda sino también la primera, que tiene —en particular— este fundamento: el de haberse violado la Ley Penal y la Procedimental (artículos 156 y 203, respectivamente).

Si la modalidad del ilícito —dice— consiste, en el supuesto de la inducción, en emplear maniobras engañosas para encaminar a una persona a hacer dádivas o promesas útiles al funcionario que abusa de sus funciones, nada de esto se advierte en el proceder de Saavedra, limitado a proponerles a González y a Gutiérrez un arreglo que tanto podían aceptar como rechazar.

Para vivificar la fuerza de este aserto se vale de las palabras del segundo de los nombrados (Gutiérrez), quien manifestó en su declaración y en el careo con Saavedra que en ninguna forma había sido coaccionado ni experimentó temor ni tuvo en ningún momento la seguridad de que se le estuviera cercenando su sueldo. Este declarante termina así: "...él no me presionó ni yo sentí miedo; yo le hice eso de aceptar con los treinta pesos voluntariamente".

Menos explícito fue González al manifestarse como ignorante del sueldo que debía devengar; hipótesis que el autor de la demanda considera inadmisible, porque tuvo que darse cuenta de la asignación fijada al Personero Municipal de Aratoca al posesionarse de dicho cargo.

Proponer no equivale a inducir —dice el demandante—. "Inducir es encaminar la voluntad de alguien, en forma segura, hacia un fin propuesto". Sobre esta diferenciación gira la parte esencial de la crítica, y en todo el curso de la demanda se insiste en sostener que el procedimiento del Secretario Saavedra queda fuera de los límites del artículo 156 del C. P., porque no se acudió a ninguno de los medios allí expresados al recibir, en calidad de dádiva o de obsequio, una cantidad que no exigió en forma condicionada a los transitorios Personeros para conservarlos en sus puestos, cuyo acceso y permanencia dependían no de su voluntad sino de la del Alcalde, a quien los miembros del Consejo Administrativo del Municipio de Aratoca exhiben como "autoritario", "impositivo" y en ningún modo "plegable a influencias ni a intrigas".

La petición del Ministerio Público

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita que se invalide la sentencia acusada y que, en su lugar, se absuelva a José Domingo Saavedra Pinzón, por no haberse comprobado uno de los elementos esenciales del delito (el abuso de poder o de autoridad). Parte el señor Procurador de la explicación que de los hechos dio el procesado, según se va a ver:

"Es cierto que el Alcalde ofreció el cargo de

Personero a Héctor González Rey. Posteriormente se lo hice yo (el ofrecimiento) a nombre del Jefe de la oficina, quien me autorizó para ello". El señor González Rey, al cobrar el primer sueldo, supo que la asignación era de $ 100.00. "Es evidente que yo participé del sueldo del Personero, pero porque dicho señor quiso espontáneamente darme esa participación como un óbolo voluntario y sin que mediara de mi parte amenaza alguna para que lo hiciera". En cuanto al Personero Venancio Gutiérrez, también fue el Alcalde quien le ofreció el cargo, y luego yo, con autorización del Alcalde. Después de la posesión le dije que si tenía a bien ayudarme. El me dijo que me daba parte del sueldo, "pero yo no le dije en tono autoritario, ni amenazándolo con ningún castigo ni mucho menos anunciándole que había otros que se hacían cargo de la Personería con sueldo de treinta pesos".

En seguida examina los elementos que concurren en la figura delictuosa denominada concusión, que son estos: "1º Ser el responsable funcionario o empleado público o encargado de un servicio público; 2º haber abusado de su cargo o de sus funciones; y 3º que en el ejercicio de este abuso constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo funcionario o a un tercero dinero o cualquier otra utilidad".

Estima el colaborador de la Sala que en el caso de Saavedra falta el segundo de estos elementos, por las siguientes razones: a) porque el Secretario carecía de poder para designar al Personero, acto correspondiente al Consejo Administrativo Municipal, "cuyos miembros han declarado que dichos nombramientos los hicieron con proposición del Alcalde, Presidente del mismo"; y b) porque no aparece prueba alguna de que Saavedra Pinzón hubiera hecho valer sus influencias para conseguir que González y Gutiérrez ocuparan los puestos de Personeros de Aratoca, pues que "si alguna ejerció con el Alcalde, como parece deducirse lógicamente de los hechos, ello no alcanza a constituir un abuso de poder o de funciones como Secretario de la Alcaldía, ya que las influencias, en este caso, de Saavedra para ante el Alcalde, revelan un carácter puramente particular, que bien hubiera podido ejercerlas de igual manera sin ser tal Secretario". Es decir, que se trataría de una concusión impropia, de la que el Maestro de Pisa, en una cita traída por el señor Procurador, dice:

"En la concusión **impropia** se incluye una especie particular de delincuentes a los que se llama ora **asiduos**, ora **sicofantes**, ora **vendedores de humo.** Son aquellos que abusando de la familiaridad que tienen o aparentan tener con algún oficial público, o incluso con el Príncipe (y por eso se llaman **asiduos**), andan dispensando protección y prometiendo obtener gracias y favores, con alarde de su influencia (y por eso se llaman **sicofantes**), y de este modo extorsionan donativos o dinero de los crédulos, a los cuales venden una influencia que realmente no tienen, y por eso se les llama **vendedores de humo**".

Concluye el representante del Ministerio Público manifestando que la causal segunda debe prosperar y que no hallándose establecido en el proceso el delito de concusión, la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, al condenar por un ilícito inexistente, dio una errada interpretación al artículo 156 del C. P. y, por ende, se equivocó al aplicarlo al caso de autos, o sea, que la causal primera también debe prosperar.

Se considera:

Dentro de la expresión genérica de "crimen repetundarum" quedaban comprendidos —en el derecho romano— no sólo la concusión sino también una serie de actos de venalidad de los funcionarios públicos que ponían en venta el poder de que se hallaban investidos.

Pero si similares en el bien que primordialmente lesionan, puesto que tanto el cohecho como la concusión atentan contra el servicio público, se diferencian en que el primero es un ilícito bilateral que mira a un acto futuro. mientras que en el segundo no es posible el acuerdo, puesto que la voluntad del sujeto pasivo está viciada por el temor, y el acto que debe realizarse puede ser concomitante con la exigencia indebida.

Otra diferencia que traen los autores es la de que en la concusión el funcionario pide, al paso que en el cohecho acepta. Aquélla la dividen en propia e impropia, según incurriere en la misma un empleado con autoridad o un particular; y en explícita e implícita, según se logre venciendo la voluntad de otro mediante la violencia, o induciendo en error al contribuyente. En el primer caso la víctima sabe que es expoliada; en el segundo lo ignora. No obstante —aclaran los expositores— habrá concusión cuando el sujeto paga por temor, aunque sepa o sospeche que no debe realmente lo que se le exige, porque lo esencial no es el conocimiento sino la voluntad.

Otra diferencia se establece por los dos actos

distintos que entran en la concusión: el abuso de poder, como medio, y la utilidad económica, como fin. Pero este abuso de autoridad —dice Soler— puede no ser estrictamente funcional; basta que el sujeto actúe en función de autoridad invocando esa calidad, expresa o en forma tácita, y que ella exista, aunque la función invocada no implique en absoluto la facultad de exigir suma alguna ("Derecho Penal Argentino", tomo V, página 222, autor citado). Y el mismo profesor universitario, al referirse al temor que inspiran las prerrogativas del empleado y que quebrantan la voluntad de quien se siente sometido y en precarias condiciones, dice: "Lo que puede un comisario de campaña desbocado es muy distinto de lo que puede el modesto escribiente de oficina. En un caso la amenaza implícita es suficiente; en el otro será preciso que se concrete en alguna forma, que sea explícita" (pág. 226, obra citada).

Esta misma división (explícita e implícita) la trae Carrara en su "Programa del Curso de Derecho Criminal", tomo V, pág. 114. Allí se encuentra lo que a continuación se transcribe: "Explícita, si el oficial amenaza con un acto propio de poder que confiesa injusto, si no se le da dinero; implícita, si da a entender que el particular debe hacer un pago que no es debido, como cuando el preceptor aumenta las cifras en las intimaciones de impuesto, etc.". Siempre, pues, el acto está constituído por el abuso de autoridad con fines de lucro, patente en el primer caso y latente en el segundo. Y de ahí que al fijar los criterios que configuran la concusión, señale estos: 1º que se haya abusado para obtener un lucro; 2º que este lucro sea indebido; y 3º que con el fin de obtener el lucro se haya acudido a la amenaza de un acto de pública autoridad.

Véase ahora si estas nociones pueden ser aplicadas al caso que se estudia. Para averiguarlo, procede, en primer lugar, formarse una idea precisa de la actuación del procesado Domingo Saavedra P., y en segundo lugar tener en cuenta el texto penal que sanciona el delito a él atribuído.

Era el Secretario del Alcalde de Aratoca un empleado que por su experiencia se consideraba mal retribuído y con posibilidades de encontrar mejores horizontes en otro vecindario. Así, al plantearles a González y a Gutiérrez su problema y la decisión de marcharse, ellos, quizás más necesitados que él, pero talvez comprendiendo que su labor no resultaría en extremo complicada ni iba a requerir de su parte más esfuerzo que el de firmar la nómina, porque en cualquiera otra dificultad —como la de elaborarla— allí estaría Saavedra para auxiliarlos, se dieron por satisfechos al recibir apenas un porcentaje, el menor, del sueldo fijado al Personero para que la mayor parte, la del león, fuera a mejorar el del Secretario, que así continuaría prestándole al Alcalde sus valiosos servicios.

Hay —a no dudarlo— en esta clase de arreglos o de empresas irritantes que perjudican a la administración pública, algo que pugna inclusive con los principios morales que deben predominar en quienes son llamados a desempeñar cargos oficiales, puesto que la ventaja generalmente se obtiene valiéndose de la ignorancia del individuo que admite semejante compromiso. Además, el acuerdo, ese entendimiento vituperable o contubernio entre el que sufre el menoscabo patrimonial y el que lo aprovecha, se establece mediante estipulaciones que desquician la organización del Estado, porque si esos pactos hay que celebrarlos con ineptos, lo más probable es que quien los proponga tenga que desempeñar las funciones del aceptante, irregularidad que conduce a confundir en una sola persona cargos o empleos indicados para dos y que aún pueden resultar incompatibles. Esta forma de partija, bastante generalizada y conocida en el lenguaje popular con el oprobioso nombre de "serrucho" merece ser censurada y extirpada definitivamente del servicio oficial.

El artículo 156 del Código Penal Colombiano

"El funcionario o empleado público, o el encargado de un servicio público, que abusando de su cargo o de sus funciones, constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo funcionario o a un tercero, dinero, o cualquier otra utilidad, incurrirá en prisión de uno a seis años".

Tal es el texto legal aplicado al caso de Domingo Saavedra P., y, como puede verse, allí se exigen estas condiciones: a) que haya abuso del cargo o de las funciones que desempeña el responsable; y b) que constriña, es decir, que obligue o compela por la fuerza, o que induzca, o sea, que instigue o persuada a alguien con el fin de conseguir para sí o para otro dinero o cualquier clase de utilidad.

No es indispensable repetir que en la propuesta de Saavedra no medió la fuerza. Pudo sí existir la inducción, o lo que es lo mismo, que el pro-

cesado asumió una actitud tan impresionante, que llegó a persuadir a González y a Gutiérrez de que era bueno para ellos, bueno para el Secretario y bueno para todos aceptar el plan. Y para estos casos la Sala Penal de la Corte ha dicho:

"Pero el abuso de autoridad constituído por la exigencia arbitraria no sólo es aquel que entraña la concreta manifestación del funcionario o empleado público que influye en la voluntad de la víctima para inducirla a prometer o a entregar lo que se le pide sin causa legal. En este último evento, basta el temor genérico que la autoridad suscita en el ánimo de quien acepta la exigencia injusta. De ahí que haya una concusión explícita constituída por el empleo de medios claramente coactivos que vencen el consentimiento del sujeto pasivo del delito; y otra concusión implícita que consigue igual resultado, pero mediante un exceso de autoridad que va latente u oculto en la demanda del funcionario. En el primer caso, se amenaza abiertamente con un acto de poder; en el segundo se obtiene la dádiva en forma sutil y fina, debido al habilidoso abuso de funciones que se ponen en juego.

"En el presente caso, dada la apremiante necesidad económica que experimentaba la designada en los momentos de ofrecérsele el cargo, la sola proposición que le hizo el funcionario de dividir el sueldo con otra persona, creó en aquélla una situación difícil y conflictiva, como es obvio suponerlo: De un lado, la urgencia de tener un medio lícito para subvenir a sus necesidades y a las de su familia; de otro, la condición puesta por el funcionario de repartir el sueldo; o remediar en parte la grave situación que la asediaba, dividiendo el sueldo, o quedarse sin él, no dividiéndolo, tal fue en el fondo el torturante dilema que el funcionario le planteó a la designada con su ofrecimiento al parecer bondadoso.

"Naturalmente, ella aceptó el puesto, pero su decisión, aunque voluntaria, no fue espontánea y libre. El temor de perder la colocación la determinó a convenir en la carga de dividir su sueldo que le requería el funcionario oferente. Quiso asirse más a uno que a otro partido, pero apremiada por las circunstancias. He ahí la constricción implícita y velada que envolvía la propuesta del funcionario, y por eso la entrega de los dineros que la designada le hacía no era un acto de sincera espontaneidad, sino algo forzado y de mala gana. Daba, sí, lo que se le exigía, pero bien hubiera querido no darlo. (Fallo de 25 de mayo de 1948, G. J. Tomo LXV, número 2066-67, págs. 106 y 107)".

Sólo que en este caso no resulta aplicable la doctrina anterior, sencillamente porque falta el principal elemento, vale decir, el abuso de funciones, como lo anota el señor Procurador Delegado en lo Penal en su conciso y atinado estudio de la demanda.

Nada tendría de aventurado suponer que Saavedra era tan indispensable para el Alcalde de Aratoca, que éste dejaba en sus manos el distribuir sus favores como aquellos que estuvieron por poco tiempo en cabezas de González y de Gutiérrez y que el verdadero burgomaestre, el que usaba las atribuciones inherentes a la primera autoridad del Municipio era el Secretario. Pero ésta es tan sólo una conjetura que, como tal, apenas forma un juicio probable. Y no hay que olvidar que en tratándose de una modalidad específica que caracteriza el delito, debe existir una prueba categórica y no una mera sospecha. Porque la amenaza implícita que despierta o suscita el temor y doblega el ánimo de quien la sufre o cree sufrirla, tiene que estar concretada —como lo dice Soler— en alguna forma, sin que baste suponerla.

Sea también oportuno acudir aquí a las palabras de Carrara. Dice el Maestro:

"La concusión impropia es la que comete un particular, no con el abuso (porque el particular no tiene potestad pública), sino con el pretexto de la autoridad. Esto puede ocurrir o bien simulando la existencia de una autoridad, como en el caso de particulares que adoptan los distintivos de los oficiales públicos para extorsionar dinero: o bien simulando la existencia de la orden, como cuando un particular hace creer que obra por orden de un magistrado que verdaderamente lo es. Incluso en este segundo caso se trata siempre de concusión impropia, porque no ha abusado de la autoridad el que verdaderamente no estaba investido de ella".

Esta forma de concusión impropia se sanciona en el artículo 198 del Estatuto punitivo colombiano. Pero ocurre que conforme a tal precepto tampoco se habría podido reprimir el hecho atribuído a Domingo Saavedra, porque allí se trata de "obtener un favor de la autoridad que esté conociendo de algún asunto".

Esa es la típica figura de la "venta de humo" o de influencias, práctica nociva que socava la administración de justicia y desacredita injustamente a los jueces ante propios y extraños, por-

que el favor que promete el responsable es, por lo general, falso.

El demandante hace hincapié en que lo "voluntario" de la dádiva desvirtúa la concusión. Pero aparte de que toda dádiva es voluntaria puesto que ella significa algo que se da graciosamente, la voluntad —según se ha visto— puede estar supeditada por el temor recóndito de un mal futuro o de un daño presente que le quita al acto su carácter de espontáneo. No es, pues, allí en donde radica el problema, sino —se repite— en saber si el agraciado disponía de la facultad de otorgar el favor a que se destinaba el regalo. Y como este aspecto está ya aclarado de conformidad con los demás cargos de la demanda, porque Domingo Saavedra P. carecía del poder necesario para negociar con él, el delito de concusión, ni en su forma explícita ni en la implícita, quedó comprobado.

Corresponde, por lo tanto, invalidar el fallo recurrido.

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 señor Procurador Primero Delegado en lo Penal,

RESUELVE:

1º—Invalidar la sentencia del Tribunal Superior de San Gil fechada el 25 de noviembre de 1955, en la cual se condena a José Domingo Saavedra P., por el delito de concusión. a sufrir la pena expresada al principio de este fallo;

2º—Absolver al mencionado Saavedra del cargo que se le formuló en el auto de proceder; y

3º — Ordenar la libertad de dicho procesado, quien se encuentra detenido desde el 5 de marzo de 1955.

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

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra. — Julio E. Argüello R., Secretario.

CAMBIO DE RADICACION. — ENFERMEDAD DE HANSEN O LEPRA

Si la ley autoriza el cambio de radicación de un proceso para los sindicados que sufren de una enfermedad grave debidamente comprobada, con mayor razón se tomará esa determinación cuando el procesado se halla recluído en un leprocomio por sufrir la enfermedad de "Hansen" o lepra, medida que es conveniente no sólo para los intereses de la justicia, sino también para los del propio sindicado, ya que la actuación procesal y el conocimiento del negocio —en estos casos especiales por disposición expresa del Legislador está atribuída a los Jueces de Circuito del respectivo Leprocomio, quienes actúan con el carácter de Jueces Superiores (Art. 12 ley 20 de 1927).

Comprobada la enfermedad grave, por una parte, y determinada la competencia de los Jueces por otra, el concepto de la Corte será favorable al cambio de radicación, y así habrá de resolverse.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, abril veinticinco de mil novecientos cincuenta y seis.

Magistrado Ponente, Dr. Domingo Sarasty Montenegro.

VISTOS:

El Ministerio de Justicia remite a la Corte la solicitud formulada por el Juzgado Segundo Superior de Socorro, para que esta Entidad emita concepto sobre el cambio de radicación del proceso que se adelanta contra FLAMINIO GAONA ROMERO, por los delitos de homicidio, lesiones personales e inviolabilidad de domicilio, cometidos en las personas de Aníbal Muñoz Velasco, Gustavo Muñoz Velasco y propiedades de Marcos Holguín, respectivamente.

A la solicitud se acompañan los siguientes documentos:

a) Petición del Juzgado Segundo Superior, en la cual consta que el procesado se encuentra recluído en el lazareto de Agua de Dios, como enfermo de lepra.

b) Certificado del Oficial de Identificación de la Intendencia de Agua de Dios, en el cual consta que el procesado Flaminio Gaona Romero fue dado de alta en ese lazareto como enfermo de lepra, el día once de julio de mil novecientos cincuenta y cinco.

c) Certificado del Director de las Cárceles del Circuito de la Intendencia de Agua de Dios en el cual se expresa que Flaminio Gaona Romero ingresó a dicho establecimiento el día once del mes de julio del año de mil novecientos cincuenta y cinco, y,

d) Certificado del Juez Segundo Superior del Distrito de San Gil, radicado en Socorro, en el cual se afirma que en dicho Juzgado "cursa un proceso contra Flaminio Gaona Romero por los delitos de homicidio en Aníbal Muñoz Velasco, lesiones personales en Gustavo Muñoz Velasco y contra la inviolabilidad de domicilio de Marcos Holguín, por los cuales ya fue residenciado en juicio criminal".

Se considera

Dos son las razones primordiales consagradas por el Legislador para obtener el cambio de radicación de un proceso penal de un distrito judicial a otro distinto de aquél en que se cometió el delito; la primera, cuando ello es conveniente para los intereses de una recta administración de justicia; la segunda, cuando "el sindicado o procesado padece de una enfermedad grave debidamente comprobada que exija cambio de clima o de residencia del inculpado". Comprobados los motivos sobre los cuales se funda el cambio de radicación, y determinada la conveniencia del mismo, es lógico que el concepto de la Corte sea favorable.

Si la Ley autoriza el cambio de radicación de un proceso para los sindicados que sufren de una

enfermedad grave debidamente comprobada, con mayor razón se tomará esa determinación cuando el procesado se halla recluído en un leprocomio por sufrir la enfermedad de "Hansen" o lepra, medida que es conveniente no sólo para los intereses de la justicia, sino también para los del propio sindicado, ya que la actuación procesal y el conocimiento del negocio —en estos casos especiales— por disposición expresa del Legislador está atribuída a los Jueces de Circuito del respectivo Leprocomio, quienes actúan con el carácter de Jueces Superiores (Art. 12 Ley 20 de 1927).

Comprobada la enfermedad grave, por una parte, y determinada la competencia de los Jueces por otra, el concepto de la Corte será favorable al cambio de radicación y así habrá de resolverse.

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, EMITE CONCEPTO FAVORABLE al cambio de radicación del proceso adelantado contra Flaminio Gaona Romero, por los delitos de homicidio, lesiones personales y violación de domicilio.

Cúmplase y devuélvase.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra — Julio E Arguello. Secretario



BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

PARA QUE PROSPERE LA ACCION REIVINDICATORIA ES NECESARIO QUE SE PRESENTEN POR EL ACTOR LOS TITULOS QUE ACREDITEN SU DOMINIO CON ANTERIORIDAD A LA POSESION DEL DEMANDADO, NO SIENDO SUFICIENTE EL SOLO CERTIFICADO DEL REGISTRADOR EN EL QUE SE RELACIONEN ESOS TITULOS

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, seis de marzo de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado ponente doctor Luis Enrique Cuervo A.)

RESULTANDO:

El señor Ramón Leal T. demandó a la Nación para que previos los trámites de un juicio ordinario fuera condenada a restituírle un terreno situado en paraje denominado antes de La Fragua, hoy barrio Bravo Páez, de esta ciudad, que se dice formar parte del distinguido con el número 36-48 de la avenida 27 sur y comprendido por los siguientes linderos: "por el norte con la carretera Primero de Mayo que conduce al Salto de Tequendama; por el sur con la carrera 32 de esta ciudad; por el oriente con la calle 33 sur, y por el occidente con la calle 34 sur formando un cuadro dentro de las calles y carreras de esta ciudad". Se le fija una cabida aproximada de dos mil varas cuadradas.

Alegó que unos cinco años antes de 1953 el Ministerio de Obras Públicas, zona de carreteras nacionales, había tomado la posesión de ese terreno mediante la construcción de una casa y destinando el suelo para depósito de herramientas, vehículos y otros enseres. Que el 23 de mayo de 1951 le otorgó al demandante una escritura de venta bajo el número 3280 en la Notaría 2ª de Bogotá el ciudadano francés John J: Milhan, escritura donde se hace figurar la determinación del terreno por los mismos linderos de la demanda, afirmándose que el vendedor adquirió del señor Miguel A. Rosas según escritura número 3048 de 12 de mayo de 1951, en la misma Notaría, junto con mayor extensión de terreno; en cuanto a posesión se hizo constar que el propio vendedor Miguel A. Rosas ya había solicitado al Ministerio de Obras Públicas "sean quitadas las latas que se les dio permiso (sic) de poner allí para guardar los elementos que necesitaban para la construcción del asfaltado de las carreteras".

Con la copia auténtica y registrada de la mencionada escritura se presentó un certificado de libertad por treinta años en que se anotan tradiciones anteriores de títulos así: Miguel Rosas adquirió de Luis Eduardo Barriga por escritura número 1231 otorgada en la Notaría 7ª de Bogotá el 30 de octubre de 1948; Barriga adquirió en la división material efectuada por Manuel A. Maldonado según escritura número 1618 otorgada en la Notaría 3ª de esta ciudad el 3 de noviembre de 1921, y por último Maldonado adquirió de Pedro Jaramillo y de Jorge E. Gaviria por escrituras números 624 y 802 otorgadas en la Notaría 3ª de Bogotá el 12 de marzo y el 13 de mayo de 1920, respectivamente. Este certificado de libertad expedido el 4 de junio de 1951, se complementó hasta el 21 de enero de 1953 haciéndose constar que el título continuaba figurando a favor de Ramón Leal.

Invocando pues, lo expresado, se entabló la demanda contra la Nación para que se reconociera al señor Leal como propietario exclusivo del citado inmueble y se condenara a la parte demandada a restituírselo junto con sus frutos naturales y civiles. El Tribunal, dándole curso en auto del 26 de marzo de 1953, ordenó pasarla en traslado al señor Fiscal, y que se inscribiera en el registro de instrumentos públicos, previa caución por el actor, como se efectuó. Contestada la demanda, en el sentido de no aceptar las peticiones y de desconocer los hechos, el negocio se abrió a prueba, se practicaron algunas, luego se recibieron los alegatos de conclusión y citadas las

partes para sentencia la pronunció el Tribunal el 28 de enero de 1954, negando las peticiones y absolviendo a la Nación de los cargos contra ella formulados. También ordenó que se cancelara el registro de la inscripción de la demanda y condenó al actor en las costas del juicio.

Por apelación del demandante vinieron los autos a la Corte, se abrió el negocio a prueba, pero no pudo practicarse por culpa de quien la pidió, una inspección ocular oportunamente decretada. Oído el concepto del señor Procurador y citadas las partes para sentencia procede a dictarla y a este fin,

Se considera:

El problema de suyo es muy simple y se reduce a saber si prospera la acción reivindicatoria, teniendo en cuenta los hechos alegados. La sentencia que se revisa contiene una motivación fundada en las circunstancias de que con las solas afirmaciones del libelo (hechos 3º, 4º, 5º y 6º) y con las declaraciones de los testigos señora Lucrecia de Tenjo, y señores Gonzalo Arévalo Pulido y Luis Antonio Wilches, la Nación viene poseyendo el inmueble desde hace más de cinco años; es decir, antes de la escritura de venta presentada por el demandante, la cual fue otorgada el 23 de mayo de 1951. Ahora bien, siendo así que el registro de tal escritura fue hecho el 27 de diciembre de dicho año y que la posesión del demandado se remonta cinco años atrás, no se alcanza a desvirtuar la presunción que ampara al poseedor.

Cierto que el Tribunal no tomó en cuenta las referencias que el certificado del registrador contiene en cuanto a títulos anteriores al demandante; pero aun apreciadas tales como se encuentran en los autos, no hay mérito para modificar la motivación de la sentencia recurrida, porque, por una parte, no se presentaron los títulos relacionados y por otra, tampoco se estudió la identidad del inmueble por comparación del título actual con los anteriores para verificar así la extensión encerrada por los linderos con que se determina el que es objeto de la demanda. De modo que no se puede aplicar la norma del artículo 7º de la Ley 200 de 1936 conforme a la cual "acreditan propiedad privada sobre la respectiva extensión territorial urbana, los títulos inscritos otorgados con anterioridad a esta ley, en que consten tradiciones de dominio por un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria". Faltando esa prueba, que es fundamental e indispensable, hay que reconocer que subsisten los reparos formulados por el señor Procurador en su alegato de conclusión, a saber:

"Al entrar a estudiar el presente negocio para examinar si se encuentran reunidas las condiciones requeridas para que la acción de dominio sea viable, se observa en primer lugar que se trata evidentemente de una cosa singular, de un inmueble claramente determinado en la demanda por sus linderos que corresponden a los mismos que señala la escritura que se acompaña sin que exista contradicción alguna. Pero, en cambio, no puede afirmarse lo mismo del derecho de dominio del actor señor Ramón Leal, pues éste se ha limitado a presentar la escritura número 3280 de 23 de mayo de 1951, título de propiedad que es posterior a la época en que se inició la posesión del demandado. Esta en efecto empezó en 1948, según se desprende de lo siguiente: de los testimonios de la señora Lucrecia de Tenjo y señores Gonzalo Arévalo Pulido y Luis Antonio Wilches, rendidos en febrero y marzo de 1953, y en los cuales se dice que la Nación viene poseyendo el inmueble objeto del litigio desde hace más de cinco años; del texto mismo de la demanda y de manera especial de los hechos 3º, 4º, 5º y 6º y finalmente, de la misma escritura mencionada anteriormente en la cual se expresa "que el anterior dueño de este terreno señor Miguel A. Rosas ha solicitado al Ministerio de Obras Públicas le sean quitadas las latas que se le dio permiso de poner allí para guardar los elementos que necesitaban para la construcción del asfaltado de la carretera."

Sentencia

Basta lo expuesto para que la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelva:

CONFIRMASE en todas sus partes la sentencia apelada.

Las costas de la instancia a cargo de la parte demandante.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial y oportunamente devuélvase el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán — Luis Enrique Cuervo — Roberto Goenaga — Camilo Rincón Lara Jorge García Merlano. Secretario.

ACCION ORDINARIA SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE DINERO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales—Bogotá, seis de marzo de mil novecientos cincuenta y seis.

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

Revisa la Sala en segunda instancia y por apelación interpuesta a nombre del actor, la sentencia que pronunció el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja el 23 de marzo de 1955, para despachar la demanda del señor Jesús Alberto Roa contra el Departamento de Boyacá para que se reconociera a cargo de éste la obligación de pagar a aquél la cantidad de $ 969.81 "por concepto de panela vendida por mi mandante al Departamento de Boyacá y con destino a la fábrica de licores de propiedad de la citada entidad, suma ésta que no ha sido cancelada. Dicha suma, por ventas hechas por mi mandante en el año de 1947".

Alegó aquél haberlas efectuado hasta por $ 22.373.40, pero que de esa cantidad sólo recibió $ 20.761.06 y quedó pendiente el resto, explicando que el último cheque girado por el Administrador de la fábrica de licores señor Antonio Guerrero Franco le fue pagado a éste, según lo certificó el Banco de Bogotá pero que Guerrero Franco no le entregó al señor Roa el saldo arriba expresado. Los únicos elementos probatorios que se llevaron al juicio y aprecia la sentencia apelada, acreditan la venta que sirve de base a la acción incoada por el señor Jesús A. Roa, pero no alcanzan a demostrar que se le deba la cantidad que reclama. Conviene reproducir la siguiente motivación de la sentencia:

"...de acuerdo con el contenido de la demanda la causa que sirve de base a la acción deducida por Roa, no es propiamente la falta de pago de la cosa vendida por parte de la entidad compradora, sino el hecho de que uno de los cheques que éste giró para verificar parte de dicho pago, fue cobrado por la misma persona del girador, lo cual cambia fundamentalmente, no sólo la causa, sino el sujeto de la obligación demandada destruyendo, de remate, la que se aduce como fundamento de la demanda deducida en este proceso. Como lo dice el señor apoderado del departamento al contestar la demanda: si la persona encargada de hacer el pago cobró el cheque girado por la industria licorera para tal efecto, el demandante debía haber dado cuenta inmediatamente del hecho a las autoridades competentes para ordenar por ese medio, no sólo la sanción del ilícito cometido sino el mismo pago del cheque. Pero ni aun en el evento de que el hecho de que se trata pudiera servir de fundamento a la acción de cobro intentada por el señor Roa contra el Departamento, habría lugar a la orden de pago de la suma demandada, si se tiene en cuenta que el cheque se dice cobrado y apropiado por la persona que desempeñaba el cargo de pagador de la industria licorera de Boyacá, el cual se refiere a una suma mayor de la que aquí se cobra: el cheque fue girado por $ 2.469.81 (hecho 5º), y el saldo que el actor deduce contra el Departamento es únicamente por $ 969.81 (súplica 1ª), lo cual hace ver que no es exacta la base sobre la cual se fundamenta la existencia de la deuda a cuyo pago se aspira. No estando, pues, acreditada la existencia de la deuda insoluta, a cargo del Departamento, no hay lugar al despacho de las declaraciones y condenas impetradas en la demanda".

Ante la Corte las pruebas solicitadas se redujeron a pedir, por medio del despacho número 1253 librado a la gerencia de la Industria Licorera de Boyacá, un certificado sobre si en el año de 1947 desempeñaba las funciones de administrador de la fábrica licorera el señor Antonio Guerrero Franco y, si en el ejercicio del mismo, tenía autorización para negociar y comprar panela necesaria para elaboración de alcoholes de la citada fábrica, recibirla y pagarla, y si para esto último podía girar cheques contra el Banco de Bogotá, Sucursal de Tunja.

El funcionario que recibió el despacho contestó diciendo que no podía expedirse la certificación solicitada porque los archivos donde estaban los papeles que hubieran permitido otorgarla, fueron consumidos por el incendio que ocurrió el 28 de

diciembre de 1953 en las dependencias de la Administración General de Rentas.

Pero aunque ese certificado hubiera venido en los términos solicitados por el demandante, tampoco hubiera sido suficiente para acreditar el hecho grave que indudablemente implicaría la imputación de un delito, consistente en que el señor Guerrero Franco, en lugar de pagarle a los proveedores a la industria licorera del Departamento, se hubiera apropiado los fondos destinados al efecto, reteniendo ilícitamente la cantidad que reclama el señor Jesús A. Roa.

En conclusión: no se lograron traer nuevas pruebas, eficaces para variar la apreciación contenida en el fallo que se revisa, el cual debe ser confirmado.

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, CONFIRMA en todas sus partes la sentencia apelada.

Sin costas por no haberse causado.

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

Aníbal Cardoso Gaitán — Luis Enrique Cuervo A. — Roberto Goenaga—Camilo Rincón Lara. Jorge García Merlano, Secretario.



ACCION DE PERTENENCIA DE UNOS YACIMIENTOS PETROLIFEROS. — DETERMINACION DEL INMUEBLE OBJETO DE LA DECLARACION DE DOMINIO

1—En esta clase de juicios, en que se pretende la declaración judicial del dominio privado del petróleo en un terreno dado, es preciso demostrar: a) que el terreno existe actualmente y ha sido determinado por su ubicación y linderos; b) que dicho terreno es el mismo o parte del mismo que salió legalmente del dominio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873; y, c) que está comprendido dentro del territorio objeto de la propuesta o concesión para explorar y explotar petróleo nacional.

2—La determinación de las líneas divisorias entre varios predios no podría hacerse sin un estudio, realizado por expertos, sobre el terreno y teniendo en cuenta los documentos pertinentes. Lo propio puede decirse del trabajo necesario para verificar si existe identidad del predio con las tierras que se afirma salieron del Estado antes de 1873, y sobre la proporción en que esté comprendido dentro del área de la respectiva concesión petrolífera.

3—Cuando la mayor parte de los linderos no está constituída por determinantes geográficos de permanente y fácil reconocimiento, sino por quebradas, cercas de piedra, terrenos de particulares, caminos viejos, pozos, etc., estos lugares sólo podrían ser localizados actualmente mediante la inspección ocular del terreno, en la que, además de la asesoría técnica de ingenieros y el auxilio de mapas, planos y croquis, se oyera el testimonio de personas conocedoras de la región desde tiempo atrás, etc.

4—Como la declaración judicial del dominio ha de recaer sobre un cuerpo cierto y determinado, y en este proceso no se conoce dicho objeto, tal declaración no puede hacerse. Por tanto resulta innecesario el estudio de los demás aspectos del juicio, tales como la validez jurídica de los títulos coloniales, la propiedad de los demandantes sobre el predio actual, etc.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales. Bogotá, marzo siete de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Por conducto de apoderado judicial, los señores Daniel Olivares Ramírez, Inés Olivares Ramírez de Rivera, María Elena Olivares Ramírez, Josefina Olivares Ramírez de Torres, Marcos Olivares Umaña, Ana Francisca Olivares Ramírez, José Ignacio Olivares Ramírez, Genivera Olivares Ramírez, Rafael María Olivares Ramírez y Raúl Narciso Olivares Ramírez demandan a la Nación, para que en juicio ordinario de única instancia se hagan las siguientes declaraciones:

"PRIMERA.—Que las sucesiones ilíquidas de los cónyuges Daniel Olivares Pabón y Francisca Ramírez de Olivares, representadas por mis mandantes como herederos, y además por la señora María Elisa Olivares de De la Cruz, son titulares del derecho de dominio sobre el petróleo que se encuentre en el predio rural denominado "El Ojito", situado en jurisdicción del municipio de Cúcuta, Departamento de Norte de Santander, predio determinado por los siguientes linderos: "Norte, terrenos de la sucesión de Modesto Castro y sabanas de Tasajero; Sur, río Pamplonita y terrenos de Vicente Almeida; Occidente, terrenos de Vicente Almeida, camino antiguo de 'Palmira' y terreno de Juan Becerra; y, Oriente, el río Pamplonita", por haber salido del inmueble descrito, en su mayor extensión, del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de título originario de la Corona Española.

SEGUNDA.—En subsidio de la declaración anterior, que el petróleo que se encuentre en el fundo "El Ojito", comprendido por los linderos expresados, es de propiedad de la Comunidad Almeida, representada por las sucesiones ilíquidas de los cónyuges Daniel Olivares Pabón y Francisca Ramírez de Olivares, sucesiones a su turno

representadas por los herederos arriba enumerados, por haber salido del patrimonio nacional las tierras que constituyen aquel predio, en mayor extensión, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de título originario de la Corona Española.

"TERCERA.—En subsidio de las dos declaraciones anteriores, que el petróleo que se encuentre en el fundo "El Ojito", comprendido por los linderos descritos en la petición primera, es de propiedad de las sucesiones ilíquidas de los cónyuges Daniel Olivares Pabón y Francisca Ramírez de Olivares, representadas por mis mandantes como herederos, o es de propiedad de la Comunidad Almeida, representada por aquellas sucesiones, por haber salido del patrimonio nacional las tierras que constituyen el predio, en mayor extensión, con anterioridad al 28 de octubre de 1873; en virtud de justa prescripción por explotación económica, y

"CUARTA.—Que, como consecuencia de cualquiera de las declaraciones anteriores, el petróleo que se encuentre en el fundo "El Ojito", está excluído del contrato de concesión que el Estado Colombiano celebró con la Compañía de Petróleos 'La Patricia', el día 10 de marzo de 1951, protocolizado por medio de la escritura pública número 4456, de 12 de julio de 1951, pasada ante la Notaría 2ª de Bogotá, y publicado en el Diario Oficial número 27.733, de 20 de octubre de 1951, y por ende, puede ser explotado dicho petróleo como propiedad privada".

El demandante apoya las anteriores peticiones en varios hechos que pueden resumirse así:

1º—El señor Juan Gregorio Almeida adquirió por remate efectuado en Pamplona el día 17 de noviembre de 1772, las haciendas "El Trapiche", 'El Salado' o 'Alto de El Salado' y 'Quebradaseca', que pertenecieron a la Compabía de Jesús, la cual fue extrañada de los dominios españoles y ocupadas sus temporalidades en desarrollo del Real Decreto de Carlos III de España, dictado el 27 de febrero de 1767. El título de la adjudicación le fue expedido a don Juan Gregorio Almeida el 17 de septiembre de 1787 por las autoridades competentes de la Colonia, previo el cumplimiento de todas las formalidades y requisitos inherentes al remate, pago y posesión de las haciendas mencionadas.

2º—El actual predio "El Ojito" hizo parte de la hacienda de "El Salado" o "Alto de El Salado", adquirida por don Juan Gregorio Almeida en la forma ya expresada, y mediante transferencias sucesivas de dominio comprobadas por la cadena de títulos respectiva, llegó a poder de Daniel A. Olivares, hoy su sucesión.

3º—El mencionado predio "El Ojito" queda comprendido en su totalidad dentro del área de 24.268 hectáreas, 5.217 metros cuadrados otorgada por el Gobierno Nacional en concesión a la Compañía de Petróleos "La Patricia", según contrato recogido en la escritura pública número 4456, de 12 de julio de 1951, Notaría 2ª de Bogotá, y publicado en el Diario Oficial número 27.733, correspondiente al 20 de octubre de 1951.

El demandante cita las disposiciones legales que considera pertinentes a la acción, y acompaña los documentos y escrituras que respaldan los hechos que sustentan su demanda. Además allegó un certificado del Ministerio de Minas y Petróleos con el que acredita estar en tiempo oportuno para promover el litigio.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, al descorrer el traslado de la demanda, expresa no constarle el hecho relativo a la superposición del área de las tierras de la concesión otorgada por el Gobierno a la Compañía de Petróleos La Patricia al predio "El Ojito", y en cuanto a los demás se atiene a la eficacia y conducencia de las pruebas acompañadas al libelo y de las que los actores produzcan en el juicio.

Por petición de las partes en la etapa correspondiente del juicio se decretaron varias pruebas, entre ellas, a solicitud del actor, una inspección ocular con intervención de peritos al predio materia de la litis, con el fin de establecer si éste se halla comprendido dentro de los linderos de la adjudicación hecha por la Corona Española a don Juan Gregorio Almeida, y si dicho predio "El Ojito" está encerrado total o parcialmente por la zona de la concesión petrolífera de la Compañía de Petróleos "La Patricia". Esta prueba no se hizo practicar.

El actor se abstuvo de alegar de conclusión. El señor Procurador en su escrito —basándose en la falta de identificación del inmueble, de pruebas sobre la relación de éste con el que figura en el título emanado del Estado, y acerca de la superposición del área de la concesión petrolífera al inmueble del pleito— pide que se nieguen las peticiones de la demanda y se absuelva a la Nación, con imposición de costas para los actores.

Cumplido el trámite propio del juicio, y no habiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a fallar.

Como ya se vio, el señor Procurador Delegado

en lo Civil anota que el inmueble materia de la controversia no ha sido identificado, ni se ha establecido su relación con el área del contrato, porque habiéndose pedido y ordenado para tal fin la práctica de una inspección ocular con intervención de peritos, la parte interesada no la hizo practicar. Ante esta alegación, la Sala ha de examinar de preferencia tal aspecto del litigio, pues si se comprueba la carencia de ese presupuesto, sobraría toda consideración respecto de los demás extremos de la acción propuesta.

Apenas sí hay que decir que en esta clase de juicios, en que se pretende la declaración judicia del dominio privado del petróleo en un terreno dado, es preciso demostrar: a) que el terreno existe realmente y ha sido determinado por su ubicación y linderos; b) que dicho terreno es el mismo o parte del mismo que salió legalmente del dominio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873; y, c) que está comprendido dentro del territorio objeto de la propuesta o concesión para explorar y explotar petróleo nacional.

Los linderos del predio de la demanda no determinan por sí solos el inmueble correspondiente. Son éstos: "Norte, terrenos de la sucesión de Modesto Castro y sabanas de Tasajero; Sur, río Pamplonita y terrenos de Vicente Almeida; Occidente, terrenos de Vicente Almeida, camino antiguo de Palmira y terreno de Juan Becerra; y, Oriente, el río Pamplonita". Tales linderos no son todos naturales. En tres de los lados de la figura que trata de fijarse, aparecen sectores no determinados por sí solos: "terrenos de la sucesión de Modesto Castro y sabanas de Tasajero", "terrenos de Vicente Almeida", "terreno de Juan Becerra". La determinación de las líneas divisorias entre ellos y los del inmueble "El Ojito" no podría hacerse sin un estudio, realizado por expertos, sobre el terreno y teniendo en cuenta los documentos pertinentes. Lo propio puede decirse del trabajo necesario para verificar si existe identidad del predio con las tierras que se afirma salieron del Estado antes de 1873, y sobre la proporción en que esté comprendido dentro del área de las tierras de la concesión petrolífera.

Si no es posible con la sola prueba escrituraria determinar el predio actual, menos lo es localizar el que adquirió en remate don Juan Gregorio Almeida el 17 de noviembre de 1772 con el nombre de 'El Salado' o 'Alto de El Salado', cuya posesión le fue dada el 5 de mayo de 1774 por los siguientes linderos: "...del río Pamplona, subiendo para que va (sic) del Salado a San Josef, por una quebrada Seca, que junto a ella está la cerca de piedra de don Jacinto Bonilla hasta el dicho camino por él adelante a topar unido con las tierras de don Salvador Colmenares, y de allí sube arriba a un boquerón, que al pie de él había un corral de piedra, y por este boquerón, iba al camino viejo de la ciudad de Salazar y del boquerón a coger la quebrada Seca, quebrada abajo, hasta donde llaman las albercas o pozos donde cogen agua, y de allí coge el alto de los patios a coger la quebrada del Obal, quebrada abajo a toparse con la quebrada de la Floresta, y de dicha Floresta, quebrada arriba por la falda de Tasajero, a dar a la quebrada de Aguala a donde entra en el río de Pamplona, y río arriba hasta el primer lindero de quebrada, y cerca de Bonilla". Como puede observarse, la mayor parte de estos linderos no está constituída por determinantes geográficos de permanente y fácil reconocimiento, sino por quebradas, cercas de piedra; terrenos particulares, caminos viejos, pozos o albercas donde cogen agua, etc. lugares éstos que sólo podrían ser localizados actualmente mediante la inspección ocular del terreno, en la que, además de la asesoría técnica de ingenieros y el auxilio de mapas, planos y croquis, se oyera el testimonio de personas conocedoras de la región desde tiempo atrás, etc.

De estas observaciones se desprende igualmente la imposibilidad de definir el punto tocante con la superposición de las tierras de la demanda con las de la concesión petrolífera, no obstante ser ineludible para la prosperidad de la acción.

Como la declaración judicial del dominio ha de recaer sobre un cuerpo cierto y determinado, y en este proceso no se conoce dicho objeto, tal declaración no puede hacerse.. Por tanto resulta innecesario el estudio de los demás aspectos del juicio, tales como la validez jurídica de los títulos coloniales, la propiedad de los demandantes sobre el predio actual, etc. Lo examinado es bastante para decidir negativamente los pedimentos de la demanda y absolver a la Nación.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, falla:

Niéganse las peticiones impetradas en el libelo de demanda que originó el presente juicio.

Absuélvese a la Nación de los cargos en ella formulados.

Costas a cargo de los demandantes.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Aníbal Cardoso Gaitán — Luis Enrique Cuervo Roberto Goenaga — Camilo Rincón Lara — Jorge García M. Secretario.

QUEJA CONTRA UN ABOGADO POR FALTAS EN EL EJERCICIO PROFESIONAL. ES USURARIO EL INTERES CUYA TASA ES MAYOR A LA DEL INTERES CORRIENTE

1.—Los artículos 1617 (num. 1º) y 2131 del C. C., hacen referencia al tipo de interés corriente. La regulación de este tipo de interés está adscrita a las cooperativas de crédito conforme a lo dispuesto por el num. 4º del artículo 13 de la ley 134 de 1931.

2. — La ley no ha determinado expresamente la cuantía del interés que equivale a usura, pero ella puede deducirse razonablemente de las disposiciones que traten sobre la materia. Así, el artículo 2231 del C. C. contiene una norma limitativa en punto a intereses. Y lo mismo la consignada en el art. 1601 de dicho código, cuando establece que podrá rebajarse la pena pactada por la mora "en lo que exceda al máximum del interés que es permitido estipular". No puede remitirse a duda que esas disposiciones fueron consagradas por el legislador en guarda de la moral y en beneficio de las buenas costumbres, restringiendo así el principio de la libertad de estipulación, en interés de la sociedad y del Estado. Lo que indica que todo lo que vaya más allá de esos límites debe ser considerado como usura, y aún como lesión enorme (2466 C. C.).

3.—No ha violado los principios éticos que regulan el ejercicio de la profesión, el abogado que interviene en el cobro judicial de una letra de cambio cuando se ha estipulado un interés del 2% mensual POR LA MORA, si este interés es el mismo que pueden cobrar legalmente las cooperativas de crédito, porque sólo el exceso de tal cifra, en operaciones de esa índole, puede reputarse como usurario.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, marzo siete de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

En escrito presentado el 10 de marzo de 1955 al Tribunal Superior de Bogotá, Bernardo Carreño Varela acusa al abogado Jesús Gallego Salazar de ser cómplice de Gustavo Lorgia, a quien asesora en el cobro judicial de intereses usurarios a varios ciudadanos, hecho que califica de amoral e ilegal en el ejercicio de la profesión.

A la referida queja le dio el Tribunal el trámite previsto por el artículo 8º de la ley 69 de 1945; practicó las pruebas pertinentes, oyó al acusado y al Agente del Ministerio Público y falló el negocio en providencia de fecha 4 de octubre del mismo año, declarando no haber lugar a las sanciones establecidas por la ley 69 de 1945 contra el abogado Gallego Salazar. En consulta de este fallo vino el negocio a la Corte, donde se ha surtido el trámite respectivo, el cual se halla agotado. Por tanto se procede a resolver.

En la inspección ocular practicada por el Tribunal a los Juzgados 5º y 11 civiles municipales de Bogotá, en los que según la queja cursan los negocios sobre cobro de intereses usurarios, se hallaron diversas diligencias de embargo preventivo iniciadas por Gustavo Lorgia contra varios ciudadanos, con base en letras de cambio, pero sólo en dos de ellas el presunto ejecutante obra por medio de apoderado, actualmente el doctor Gallego Salazar, quien sustituyó al doctor Pedro Sánchez B. En el título presentado para el recaudo ejecutivo, en uno de esos dos expedientes, no aparecen estipulados intereses, y en el otro se pacta un interés del 2% mensual en caso de retardo.

El señor Fiscal 1º del Tribunal, en vista del resultado de las pruebas aducidas, opina "que el doctor Gallego Salazar no ha incurrido en falta contra el decoro y delicadeza profesionales, toda vez que su actividad se ha reducido a apoderar a un ejecutante, sustituyendo a un anterior apoderado a quien se exonera de la queja, en dos negocios que tuvieron por base instrumentos nego-

ciables en los cuales no se estipulan intereses durante el término del contrato suscrito por las partes". Y agrega: "Cuando no se hace la estipución en referencia, es entendido que habrá de estarse al interés legal según lo ordena la norma respectiva, y en tales circunstancias, mal puede hablarse de intereses usurarios. De otra parte, el doctor Gallego no figura interviniendo como apoderado en más de tres ocasiones en que se pretenda hacer efectiva una obligación de pagar intereses usurarios (artículo 416 del C. P.)".

En igual sentido se pronuncia el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, materia de la consulta, y abunda en las mismas razones el señor Procurador Delegado en lo Civil, en el concepto de fondo emitido al descorrer el traslado que se le dio del negocio conforme a la ley.

Estudiados los autos, la Sala encuentra acertados los fundamentos del fallo consultado, por las siguientes razones:

Se ha visto que sólo en uno de los varios expedientes examinados por el Tribunal cobra el doctor Gallego Salazar, como apoderado del ejecutante, un interés convencional del 2% mensual por la mora en el pago de una cantidad de dinero. Esto de por sí descarta la posibilidad de que el acreedor haya incurrido en la sanción prevista por el art. 416 del Código Penal, pues ésta sólo se aplica a quien por más de tres veces obtenga intereses usurarios; y descarta asimismo la imputación de complicidad, que se hace al abogado. Con todo, ha de averiguarse si la rata de interés mencionada del 2% mensual equivale a usura y por lo mismo su cobro signifique para el abogado asesor una falta de delicadeza o decoro profesionales.

El interés legal está señalado expresamente en el numeral 1º del artículo 1617 del Código Civil, y es del 6 % anual. Esa misma norma y la del artículo 2131 ibidem, hacen referencia al tipo de interés corriente. La regulación de este tipo de interés corriente está adscrita a las cooperativas de crédito conforme a lo dispuesto por el numeral 4º del artículo 13 de la ley 134 de 1931, que expresa: "Las cooperativas de crédito serán consideradas como entidades reguladoras del tipo de interés corriente del capital en las operaciones entre particulares... que sean de la misma índole del giro de crédito que dichas sociedades tengan organizado de modo permanente".

A los autos se trajo, por petición del Ministerio Público, una certificación de la Cooperativa de Crédito de Bogotá (f. 121) en donde se lee: "En el caso de mora en el pago de las obligaciones del socio para con la cooperativa se le cobra, como recargo, el **uno por ciento (1%)** mensual sobre los saldos insolutos, sin perjuicio del interés corriente, que es también del uno por ciento (1%) mensual". Por lo demás dicho interés corriente para las cooperativas está fijado expresamente en el ordinal 7º del artículo 2º de la ley 128 de 1936 que dice: "Las secciones de crédito de las cooperativas no podrán funcionar cuando la rata de interés que cobren sea superior al doce por ciento (12 por ciento) anual".

Igualmente autoriza la ley un tipo de **interés convencional** aunque limitado, según se desprende del texto del artículo 2231 del Código Civil, que es del tenor siguiente: "El interés convencional que exceda de una mitad al que se probare haber sido el interés corriente al tiempo de la convención, será reducido por el juez a dicho interés corriente si lo solicitare el deudor".

La ley no ha determinado expresamente la cuantía del interés que equivale a usura, pero ella puede deducirse razonablemente de las mismas disposiciones citadas y de otras que tratan la materia. El artículo 2231 contiene una norma limitativa en punto a intereses. Y lo mismo la consignada en el artículo 1601 del dicho código, cuando establece que podrá rebajarse la pena pactada por la mora "en lo que exceda al máximum del interés que es permitido estipular". No puede remitirse a duda que esas disposiciones fueron consagradas por el legislador en guarda de la moral y en beneficio de las buenas costumbres, restringiendo así el principio de la libertad de estipulación, en interés de la sociedad y del Estado. Lo que indica que todo lo que vaya más allá de esos límites debe ser considerado como usura, y aun como lesión enorme (2466 C. C.).

Los anteriores considerandos permiten concluir que el interés del 2% mensual **por la mora** que fue estipulado en la letra de cambio que cobra judicialmente Gustavo Lorgia por medio de su apoderado el doctor Gallego Salazar, equivale al mismo interés que legalmente pueden cobrar las cooperativas por la misma causa, según aparece de las citas legales pertinentes y de la certificación de la Cooperativa de Crédito de Bogotá. Sólo el exceso de tal cifra, en operaciones de esa índole, puede reputarse como usurario. De consiguiente, el abogado acusado no ha violado con su

intervención en el caso de estos autos los principios éticos que regulan el ejercicio de la profesión.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA el fallo consultado.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán — Luis Enrique Cuervo — Roberto Goenaga — Camilo Rincón Lara.

El Secretario, **Jorge García M.**

CONSTITUYE GRAVE FALTA EN EL EJERCICIO DE LA ABOGACIA PRESENTAR AL JUEZ UN PROYECTO DE AUTO, AUNQUE DICHO PROYECTO SEA LEGAL Y ESTE DE ACUERDO CON LA REALIDAD PROCESAL

Comete falta grave en el ejercicio de la abogacía el profesional que entrega al juez un modelo o proyecto de auto. Tal falta no radica en que se pretendiera con el proyecto una actuación ilegal o inoportuna o con desmedro de los intereses opuestos al del abogado, pues de haber sido así el hecho revestiría calidades de suma gravedad. Ella está en el hecho mismo de haber escrito y entregado el proyecto de auto al Juez para que fuese dictado dentro del juicio en que tenía un interés directo. Esa intervención no es lícita, y no puede calificarse de normal dentro del ejercicio de la profesión del abogado, cuya actuación debe limitarse a pedir dentro del proceso lo que en derecho corresponda. Además, es pretexto inadmisible a todas luces el de que los abogados tienen que "suplir la incapacidad de los funcionarios" ayudándolos, ilustrándolos y sirviéndoles en esa forma, porque con tal criterio, fácilmente las sentencias de jueces y magistrados, resultarían hechas por abogados de los litigantes.

En punto a intervención de los abogados dentro de las funciones propias de los falladores, no hay parvedad de materia. Ella siempre será grave, en ningún caso leve. Porque implicaría suplantar la administración de justicia, que se exige y supone ser neutral, por la actividad muy cercana en todos los casos a la delincuencia, de una de las partes, ejercida directamente por ella o por medio de apoderado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, marzo ocho de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El Juez Distrital de Aduanas de Barranquilla, doctor Jorge Villalobos Serpa, en escrito presentado al Tribunal Superior de esa ciudad el 22 de enero de 1954, pide se cancele la matrícula del abogado Rafael Díaz Herrera, por haber incurrido en faltas graves en el ejercicio de la profesión. Sustenta el pedimento manifestando que en el expediente número 53-53 C., relativo a la investigación de un contrabando, en el que interviene el doctor Díaz Herrera como apoderado de un grupo de denunciantes y aprehensores de él, se pretendió hacerle desconocer los derechos de otro grupo de denunciantes asesorados por el doctor Julio Salgado Vásquez, hecho que advirtió cuando al abrir el mencionado expediente cayó de él una pequeña hoja de papel en el que se halla escrito un proyecto de auto que dice: "Por hallarse vencido el término probatorio sin que durante él las partes hayan hecho uso del derecho de solicitar pruebas, y por encontrar este despacho que está completa la investigación, sin que sean necesarias las peticiones inconducentes del doctor N. N., señálase la hora de las diez de la mañana del día... para celebrar la audiencia pública en este juicio. Notifíquese y cúmplase".

Atribuye el Juez la paternidad de este escrito al doctor Rafael Díaz Herrera por estar extendido en una hoja de papel de la misma calidad del que aquél usa, y corresponder el color de la tinta y el tipo a los de los memoriales que dicho abogado ha presentado a nombre de sus clientes. Añade que este hecho, es "la consecuencia de la connivencia dolosa entre el citado abogado Rafael Díaz Herrera y el actual Secretario del Juzgado José Antonio Osorio González" y dejan al descubierto lo que se pretendía: "hacerme firmar una providencia, en un momento determinado de exceso de trabajo, para descartar a la contraparte y quedarse con las participaciones del 35% del citado contrabando". Finalmente acusa también al abogado Díaz Herrera de prevalerse del parentesco que éste dice tener con el Capitán Luis A. Baquero Herrera, Director General de Aduanas, para obtener poderes de contrabandistas, denunciantes y aprehensores, y abusar también de los funcionarios del ramo de aduanas.

Por auto de once de febrero de 1954 el Tribu-

nal Superior de Barranquilla acoge el denuncio y dispone dar a la actuación el trámite establecido por los artículos 8º y 9º de la ley 69 de 1945, ordenando al propio tiempo la práctica de varias diligencias. Así vinieron al juicio estos documentos: copia del Acuerdo número 48 de 1946, por el cual el Tribunal Superior de Bucaramanga recibió al doctor Rafael Díaz Herrera como abogado titulado (f. 19); inspección ocular al negocio de la investigación del contrabando (f. 28) y dictamen pericial sobre puntos relativos a la queja (fls. 37 y 38); copias de algunas de las piezas del aludido sumario (fs. 7 a 12, 80 y 81), y recepción de varios testimonios.

El abogado Rafael Díaz Herrera compareció al juicio para manifestar, en escrito que obra al folio 22, que habiendo tenido conocimiento de que el Juez Distrital de Aduanas había pedido la cancelación de su matrícula de abogado, como también que el denuncio "tenía como objeto la exhibición por el Juez acusador, de un papel contentivo de proyecto o modelo de auto que debía dictarse en un sumario, 'papelito' al cual le atribuye el mismo funcionario un origen que no es el verdadero...", expone: "Quiero decir que ese modelo o proyecto de auto a que se refiere la investigación **fue escrito por mí, en mi máquina y en mi oficina.** Pero el destino del papelito fue otro: se lo entregué al señor Juez Villalobos, como él me lo había pedido, y no al Secretario del Juzgado como se afirma por el Juez, ya que el Secretario no podía dictar esa clase de autos inconsultos. Ocurrió que demorándome mucho la actuación en el proceso llamado 'Tubará', yo insistía en que se le diera curso rápido, ya que en él represento yo a algunos interesados; y el Juez me decía que se estaba esperando un avalúo y que él pensaba estudiar la forma de aligerar la actuación pero no veía cómo; y me pedía que le ayudara; y me consultaba, como me hizo muchas otras consultas; y por último me dijo que le hiciera un proyecto de auto para darle curso a la actuación. Entonces se lo hice y se lo entregué. Ese es el papelito que él guardó, y al cual le ha dado explicación distinta creyendo que de esa manera podrá vengarse de la responsabilidad que lo apabulla en otra más grave delincuencia".

De la inspección ocular practicada al llamado proceso "Tubará", como pertinentes a este juicio se destacan los siguientes hechos: 1º que la hoja de papel en que aparece escrito el modelo de auto no estaba en el momento de la inspección en el expediente sino que fue presentado por el Juez Villalobos; 2º que el doctor Díaz Herrera está reconocido como apoderado de Luis E. Vargas Coronell y posesionado del cargo; 3º que al folio 201 obra un memorial de Melanio Colorado nombrando como su representante, para reclamar su participación en el descubrimiento del contrabando, al mismo doctor Díaz Herrera, y al reverso aparece el auto en que se le reconoce a éste dicho carácter, pero carece de las firmas del Juez y Secretario; 4º que el mismo Juez informó —dentro de la diligencia— que posteriormente fueron presentados los poderes de Hermenegildo Castillo y otros para el doctor Díaz Herrera "a fin de que reclamara sus derechos de aprehensores del mismo contrabando" y que él, el Juez, "se declaró impedido para conocer de ellos por enemistad grave con el doctor Rafael Díaz Herrera".

Como se anotó antes, anexa a la inspección ocular se practicó un dictamen pericial para que "los peritos den su concepto sobre la corrección, conveniencia y oportunidad de dictar un auto en el proceso, semejante o igual al que, en proyecto, exhibe el señor Juez de Aduanas como irregular o delictuoso". Los peritos doctores Víctor Gallardo y Antonio Cabrales dieron concepto fundamentado en el escrito que obra a folios 37 y 38, concluyendo: "...es lo cierto que, habiéndose vencido el término de pruebas el 14 de septiembre (en el sumario por contrabando) y recibido el expediente por el Juez de Aduanas, lo procedente era señalar fecha para la audiencia dentro de las 48 horas de ese recibo y para dentro de los cinco (5) siguientes, sin que hubiera necesidad de petición de parte ni de insinuación de nadie. Es decir, que para el curso normal del proceso lo correcto, conveniente y oportuno era proferir el auto de citación para la audiencia pública".

Posteriormente, el Juez de Aduanas doctor Gregorio Becerra Becerra, que sucedió en el cargo al acusante en este juicio, confirma, en certificación que le fue pedida por el Tribunal, la apreciación de los peritos sobre la conveniencia y oportunidad de proferir el auto mencionado (fs. 103 y 104).

Con el análisis de estas probanzas y otras a que se aludirá adelante, y oído el concepto del señor Fiscal, el Tribunal Superior de Barranquilla dictó el fallo de 13 de agosto de 1955, en el que impone al abogado Rafael Díaz Herrera la multa de cien pesos, basándose en estas principales consideraciones:

"De las piezas que obran en el expediente se desprende que el abogado Díaz Herrera incurrió en una falta leve contra el decoro o delicadeza profesionales. Y de tal falta no lo exonera, como es obvio, el hecho de que el tantas veces citado proyecto fuera redactado a petición o por insinuación del Juez de Aduanas, porque siendo el doctor Díaz Herrera apoderado de una de las partes en aquel negocio aduanero, elementales normas de delicadeza y decoro profesionales, le vedaban cualquier intervención de esa naturaleza. Por ende, el Tribunal estima que, ofreciendo dentro de su índole propia, alguna gravedad la citada falta, ella debe ser sancionada con la máxima pena pecuniaria que acepta el artículo 8º tantas veces mencionado, es decir, una multa de cien pesos".

El negocio vino a la Corte por apelación que interpuso el demandado contra la sentencia y aquí se ha surtido el trámite pertinente. Por tanto procede decidir.

Son dos los cargos que se desprenden del memorial acusatorio contra el abogado Rafael Díaz Herrera: a) haber escrito el proyecto de auto para que fuese firmado sorpresivamente por el Juez; y, b) prevalerse del parentesco con el entonces Director General de Aduanas, Capitán Baquero Herrera, para abusar de los funcionarios del ramo y obtener poderes de particulares en negocios de aduanas.

Fehaciente es la prueba testimonial que desvirtúa el segundo de los cargos formulados. El Administrador de Aduanas, Ricardo Vélez Mejía (f. 61); el Sub-administrador de la Aduana de Barranquilla, doctor José Nicolás Jaramillo (fs. 63 a 64); y el Secretario de la misma, doctor Rodrigo Rodríguez Pacheco (f. 56), son enfáticos al afirmar en sus declaraciones que el doctor Díaz Herrera jamás trató de obtener decisión o acto alguno de las dependencias en que servían, por los medios indicados en la acusación, o sea, invocando el parentesco con el Capitán Baquero Herrera, Director General de Aduanas en ese entonces. Analizando estas declaraciones el Tribunal sentenciador dice acertadamente en su fallo: "... la realidad procesal desvirtúa esta acusación. Así dedúcese claramente del testimonio de varios funcionarios que, por su jerarquía dentro del ramo aduanero de esta ciudad para la época de autos, eran precisamente los investidos de facultades decisorias, y por ende las personas más indicadas para que el doctor Díaz Herrera tratara de esgrimir ante ellas sus relaciones de parentesco con el Capitán Luis A. Baquero Herrera, a la sazón Director General de Aduanas".

Respecto del primero de los cargos formulados ya se vio cómo el abogado acusado declara que ese modelo de auto o proyecto fue escrito por él, en su máquina y en su oficina, no para llevarlo a los autos en la forma indicada por el Juez acusador, sino para dárselo a éste personalmente, como se lo dio, por insinuación del mismo.

El señor Procurador Delegado en lo Civil conceptúa, en desacuerdo con las tesis del fallo antes transcritas, que tal hecho no reúne las características de falta leve que contempla y castiga el artículo 8º de la ley 69 de 1945, porque dice: "Es preciso también tener en cuenta que, según la inspección ocular, el dictamen de los peritos y el criterio del nuevo funcionario distrital de aduanas doctor Gregorio Becerra Becerra, lo legal, correcto y oportuno para el curso normal del proceso sobre contrabando a que se refiere la queja era proferir el auto de citación para la audiencia pública, toda vez que se encontraba vencido el término probatorio. De tal modo que el modelo de auto escrito en el pequeño papel no contenía un proyecto o modelo de providencia ilegal, inoportuna, irregular o improcedente que pudiera hacer incurrir en algún error al funcionario, y menos que sirviera para lesionar o menoscabar derechos de terceros y obtener un provecho ilícito; era exactamente lo que correspondía para el trámite regular del negocio".

Halla la Sala conformes con la realidad procesal las anotaciones de la Procuraduría en cuanto a que el proyectado auto no tendía a desconocer los derechos procesales de los demás interesados en el juicio, ni de terceros, y que la providencia que se proyectaba era la que correspondía dictar en ese estado del proceso; además, por la forma como está escrita y el papel en que se hizo, se deduce que era imposible que se pretendiera hacerla firmar inadvertidamente por el Juez, como éste lo asevera. Así lo demuestran los elementos de prueba aportados al juicio, tales como la inspección ocular, el dictamen pericial, el certificado del nuevo Juez de Aduanas, y especialmente el papel que contiene el proyecto de auto. Pero la Sala disiente del parecer de la Procuraduría cuando expresa que por tales razones el hecho no reúne las características de una falta contra el decoro y la delicadeza profesionales. Porque tal falta no radica en que se pretendiera con el proyecto una actuación ilegal o inoportuna o con desmedro de los intereses opuestos al del aboga-

do, pues de haber sido así el hecho revestiría calidades de suma gravedad. Ella está en el hecho mismo de haber escrito y entregado el proyecto de auto al Juez, según su confesión, para que fuese dictado dentro del juicio en que tenía un interés directo. Esa intervención no es lícita, y no puede calificarse de normal dentro del ejercicio de la profesión del abogado, cuya actuación debe limitarse a pedir dentro del proceso lo que en derecho corresponda. O como lo dice el propio doctor Díaz Herrera en su memorial de apelación, aunque tratando de explicar el alcance de su proyecto de auto: "...los abogados no tenemos otra misión que esa de pedirle a los jueces que produzcan autos o sentencias. Y lo solicitamos en todo momento: desde que presentamos la demanda; cuando pedimos unas pruebas; cuando asistimos a una diligencia, etc.". Es pretexto, inadmisible a todas luces, el que alega en su defensa el doctor Díaz Herrera, de que los abogados tienen "que suplir la incapacidad de los funcionarios" ayudándolos, ilustrándolos y sirviéndoles en esa forma. Con tal criterio, fácilmente las sentencias de los jueces y magistrados, resultarían hechas por abogados de los litigantes. La Corte Suprema de Justicia no sólo no acoge sino que rechaza tan equivocado parecer.

Lo antes dicho llevar a calificar la falta del acusado en forma distinta a como lo hace el Tribunal. En punto a intervención de los abogados dentro de las funciones propias de los falladores, no hay parvedad de materia. Ella siempre será grave, en ningún caso leve. Porque implica suplantar la administración de justicia, que se exige y supone ser neutral, por la actividad muy cercana en todos los casos a la delincuencia, de una de las partes, ejercida directamente por ella o por medio de apoderado. En el presente asunto la acción del abogado, siendo grave falta, no causó daño, como lo anota el señor Procurador, y dentro de su categoría puede ser sancionada disciplinariamente, y con equidad, a juicio de la Sala, imponiendo al responsable una pena de tres meses de suspensión en el ejercicio de la profesión de abogado. En este sentido se modifica el fallo de primera instancia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, REFORMA el fallo consultado, así:

Impónese al doctor Rafael Díaz Herrera la pena de suspensión del ejercicio de la abogacía por el término de tres (3) meses contados a partir de la ejecutoria de este fallo.

Por el Tribunal del conocimiento se cumplirá lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 10 de la ley 69 de 1945.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán — Luis Enrique Cuervo — Roberto Goenaga — Camilo Rincón Lara. El Secretario, **Jorge García M.**

EN LAS ACCIONES QUE OTORGA LA LEY 69 DE 1945 ES INDISPENSABLE QUE SE HALLE PLENAMENTE ACREDITADA LA CALIDAD DE ABOGADO EN LA PERSONA ACUSADA

Si bien es cierto que la ley 69 de 1945 ha establecido sanciones para los abogados por faltas graves o leves cometidas contra la moral y el decoro profesionales, también lo es que la condición de sujeto activo de la infracción debe aparecer legalmente evidenciada en el proceso por medio de los elementos probatorios conducentes, según la norma legal. Si no se ha traído a los autos esa prueba, no puede decirse que la querella se haya dirigido contra el acusado con el carácter de abogado, y si esto es así, no es posible entonces deducir las consecuencias que la ley ha previsto contra los responsables de aquellas infracciones. Faltaría, en ese evento, uno de los presupuestos esenciales de esta especialísima acción.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diez de marzo de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara)

El señor Felipe Kaname Morimitsu, de nacionalidad japonesa, presentó en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el 5 de septiembre de 1953, queja formal contra el señor Julio Salinas Micolta por faltas graves cometidas en el ejercicio de la profesión de abogado. Al efecto puntualizó así los hechos:

"1.—El referido abogado a quien acuso en el presente denuncio se encargó de cobrarme algunas letras de cambio que algunos deudores habían extendido a mi favor por varias sumas de dinero así como cheques y otros documentos comerciales.

"2. — Abusando de mi buena fe comercial me hizo que le endosara, a su favor, la mayor parte de los documentos comerciales para "hacer más rápida la cobranza de esos instrumentos de crédito", pero sin que el expresado doctor **Julio Salinas Micolta**, me hubiera dado ni un centavo por concepto de los aludidos endosos.

"3.—He tenido conocimiento que varios de mis deudores le han pagado a dicho abogado Salinas Micolta, algunas letras, sin que dicho abogado me haya hecho traspaso de dichas cantidades de dinero pagadas por mis deudores y recibidas por él con gran desfachatez.

"4.—La apropiación indebida de las cantidades de dinero recibidas por concepto de las letras cobradas en su calidad de endosatario simulado, por cuanto fue simple conveniencia para la facilidad del cobro como él me lo aseguró, acarrea responsabilidad penal contra el mismo abogado, por cuanto ha cometido un abuso de confianza descarado al cobrar para sí dichas cantidades de dinero, para apropiárselas dolosamente en perjuicio de mis intereses de agricultor honrado.

"5.—En virtud de los malos manejos del doctor **Julio Salinas Micolta,** como apoderado mío, resolví desecharlo por no encontrar en él, moralidad profesional, y busqué como mi apoderado para que me arreglara en forma limpia todos mis negocios, al doctor Luis Carlos Salazar Salamanca, quien no ha logrado, por vías de conciliación y de amistad, que le haga traspaso de todos los documentos que había puesto en manos de aquel profesional inescrupuloso y amoral.

"6.—En vista de la negativa del doctor Julio Salinas Micolta en entregarle al doctor Luis Carlos Salazar todos los documentos comerciales que había puesto en sus manos de abogado, resolví entonces escribirle una carta el veintiseis de agosto del corriente año, cuya copia agrego a esta acusación, pero todo en vano.

"7.—Los documentos entregados al doctor Salinas Micolta y que retiene ilícitamente, talvez porque me los hizo endosar a su favor de manera ilícita o dolosa, son los siguientes a saber..."

Especifica aquí el querellante los aludidos documentos (letras de cambio, documentos privados y cheques), expresa luego, en el punto 8º, las sumas que él le dio al señor Salinas en pago de sus servicios profesionales, y termina así la relación de los hechos:

"9.—El doctor **Julio Salinas Micolta** no sólo ha

cobrado ilícitamente para sí el valor de algunas letras constituídas a mi favor por varios de mis deudores, sino que ahora también ha retenido ilegalmente varios documentos comerciales o más bien todos los documentos de valor pecuniario que enumeré en el séptimo punto de los hechos, pues se niega a entregármelos a mí personalmente o a mi apoderado actual doctor **Luis Carlos Salazar Salamanca**".

Después de que el señor Kaname ratificó bajo juramento su querella, de conformidad con el artículo 12 de la Ley 69 de 1945, dispuso el Tribunal dar traslado de ella a su colaborador fiscal para que conceptuara si era o no admisible la acción así incoada. El señor Fiscal estimó que la queja debía aceptarse por haber sido presentada por parte interesada y en tal virtud el Tribunal la admitió, ordenó tramitarla en juicio sumario de conformidad con lo dispuesto por los artículos 8º y 9º de la Ley 69 de 1945, dispuso, en consecuencia, darla en traslado al acusado, por el término de cinco días, y reconoció al doctor Andrés Cáceres Jaimes como apoderado del querellante, en virtud de nombramiento hecho por éste.

Contra el auto admisorio de la demanda interpuso el señor Salinas Micolta el recurso de reposición y el de apelación en subsidio, y como ambos le fueron negados evacuó el traslado de la querella manifestando que son falsos todos los hechos en ella puntualizados.

Se abrió el juicio a pruebas, se practicaron las que ambas partes solicitaron, y se dio después nuevo traslado del negocio al señor Fiscal quien conceptuó que por estar "huérfanas de todo respaldo probatorio las acusaciones gravísimas de que se ha hablado" no podía procederse en la forma solicitada por el querellante.

La retractación del querellante y su desistimiento

Cuando estaba surtiéndose en la Fiscalía el segundo traslado del juicio presentó el señor Kaname Morimitsu un memorial en el que rectifica expresamente todos y cada uno de los cargos por él formulados al señor Salinas Micolta y manifiesta, además, que desiste de su queja o acusación. Así se expresa en la parte final de su escrito:

"De manera que el doctor Salinas Micolta no ha cobrado ilícitamente para sí el valor de las letras ya referidas, sino que al hacerlo procedía justa y legalmente. Tampoco ha retenido ilegalmente los documentos comerciales ya referenciados, por los motivos que en este escrito se esclarecen.

"Al hacer el desistimiento sin condiciones que por medio de este escrito hago, quiero establecer que en ningún momento autoricé al abogado que me sirvió en la queja para establecer términos injuriosos contra el doctor Salinas Micolta ni para emitir conceptos que denigraran del doctor Salinas Micolta ni como profesional cumplido ni como ciudadano honorable. Lo que aparece fuera de los términos de mi mandato sólo pertenece al abogado y en ninguna manera a mí ni por mandato expreso o tácito ni por concentimiento (sic). Fui elemento buscado por los enemigos del doctor Salinas y ellos se aprovecharon de mí por la ignorancia en las leyes y en los términos técnicos de la abogacía.

"Con todo comedimiento solicito del señor Magistrado del H. Tribunal Superior aceptar el desistimiento que hago por medio de este escrito, y dar por revocado el poder conferido al doctor Andrés Cáceres Jaimes.

"Renuncio notificación favorable y términos de ejecutoria".

El fallo del Tribunal

Finalmente, agotado el trámite legal, profirió el Tribunal su fallo de 29 de septiembre próximo pasado, absolviendo al señor Salinas Micolta de los cargos contra él formulados por el querellante y ordenando, en consecuencia, expedir copias de las piezas pertinentes con el fin de que se investigue la posible comisión del delito de calumnia por parte del señor Kaname Morimitsu.

Sustenta el Tribunal su decisión en las razones que resumen los siguientes párrafos:

"La Sala comparte la tesis de su inmediato colaborador, contenida en los apartes transcritos, por ser ella fiel trasunto de la verdad de autos, pues ciertamente además de que no hay prueba que acredite los hechos constitutivos de la grave queja de Felipe Kaname, el abogado acusado era tenedor legítimo de las letras de cambio, como endosatario, pudiendo, en consecuencia, exigir el pago de las acreencias y recibir esos valores, al tenor de la ley 46 de 1923. No se trataba, pues, de un simple endosatario al cobro.

"Por ello se habrá de dictar la correspondiente resolución absolutoria, máxime frente a la nueva postura de Kaname, quien en memorial de 14 de junio (fl. 31), cuando el negocio se hallaba aún en traslado al Fiscal, manifiesta que desiste

de la queja formulada por las diversas circunstancias de que allí habla, así:....."

"Por no ser viable legalmente el desistimiento en esta clase de asuntos y no haber sido posible la comparecencia del memorialista para que se ratificara, y tuviera así catgoría de retractación lo allí declarado, el Tribunal no lo tiene en cuenta, debiendo por ello ordenar se compulse cópia de lo necesario para que, por funcionario competente, se investigue el delito de calumna que haya podido cometer el denunciante, tal como lo prescribe el inciso 2º del art. 12 de la Ley 69 de 1945".

Para que se opere la consulta ordenada por la ley en estos casos se remitió el juicio a esta Sala de Negocios Generales, y surtido aquí el trámite legal es procedente pasar a la decisión que jurídicamente debe corresponderle a la controversia, advirtiendo que solamente el señor Procurador ha dado su concepto sobre la providencia consultada, pues dentro del término de fijación en lista las partes no presentaron alegación alguna.

El concepto de la Procuraduría

Dice el señor Procurador en sus consideraciones finales:

"El juicio sumario establecido por medio de los artículos 8º y 9º de la Ley 69 de 1945 tiene como fin sancionar las faltas graves o leves cometidas por los abogados en el ejercicio de su profesión. Es lógico, pues, que la primera y principal prueba que debe allegarse al expediente en tales investigaciones es aquella que acredite legalmente la calidad de abogado de la persona acusada, pues de lo contrario se llegaría a tramitar y fallar un negocio carente en absoluto de fundamento esencial.

"En el negocio de la referencia, cabe observar en primer término que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali omitió traer a los autos —como ha debido hacerlo— la prueba pertinente sobre la calidad de abogado del acusado Julio Salinas Micolta.

"Cabe también anotar, en segundo término, que como las faltas cometidas por los abogados en ejercicio de su profesión no son otra cosa que hechos o actos punibles, para que pueda proferirse sentencia condenatoria contra un abogado en estos juicios debe encontrarse plenamente demostrado el hecho que se imputa y aparecer evidente al mismo tiempo que tal hecho constituye o una falta leve contra la delicadeza o el decoro profesionales o una falta grave cometida en ejercicio de la profesión.

"En el negocio que se estudia, no solamente no aparece la plena prueba de los graves hechos que se le imputaron al acusado, sino que el mismo señor Felipe Kaname en memorial presentado ante el Tribunal y que transcribimos anteriormente, los rectifica y pide al mismo tiempo que se acepte el desistimiento, fenómeno jurídico que, por lo demás, no puede ser viable legalmente en esta clase de juicios, como lo anota el Tribunal en el proveído que se consulta.

"La Procuraduría, en síntesis, considera que el fallo dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el 29 de septiembre del año próximo pasado se ciñe a la realidad procesal, y por consiguiente, solicita comedidamente a esa Superioridad se sirva confirmarlo".

Consideraciones de la Sala

Antes de avocar a fondo el estudio de la queja según las pruebas aportadas al juicio por las partes, es indispensable resolver la cuestión planteada en primer lugar por el señor Procurador en los párrafos que atrás se han dejado transcritos:

Ciertamente, las penas señaladas por el artículo 8º de la Ley 69 de 1945 se impondrán "a los abogados que cometieren faltas leves contra la delicadeza o el decoro profesionales"; y las que determina el artículo 9º ibidem se aplican para castigar "las faltas graves cometidas por los abogados en ejercicio de la profesión". Las primeras, como lo tiene expuesto esta Sala, son aquellas que no alcanzan a quebrantar ciertas normas que amparan directamente el manejo de un negocio judicial; las segundas son las que implican "un quebrantamiento de disposiciones expresas en que la ley señala límites que no puede traspasar el abogado...". (G. J. número 2153, pág. 231). En ambos casos, pues, la ley exige expresamente que el sujeto pasivo de la acción tenga una calidad esencial: la de abogado. Y es obvio que esta exigencia responde a la finalidad misma de las disposiciones, que es la de cerrar el paso a procederes indelicados o indecorosos en el ejercicio de la profesión, protegiendo así a quienes se sirven de los profesionales para la defensa de sus intereses, desde luego que el comportamiento moral del abogado tiene directas implicaciones en el desempeño de sus obligaciones

como tal. De ahí que en las investigaciones que sumaria y brevemente se adelanten para dar aplicación a aquellas normas, debe aparecer plenamente demostrada la calidad de abogado en la persona acusada, porque si ésta no tiene dicha calidad se hacen improcedentes las precitadas disposiciones; es decir que, con respecto a ellas, nada a fondo puede resolverse en favor o en contra de la persona contra la cual se ha establecido la queja, porque mal podría condenársele por indelicada o indecorosa, o absolvérsele de esos cargos, si no tiene real y legalmente la calidad de abogado. Faltaría, en ese evento, uno de los presupuestos esenciales de esta especialísima acción.

Estudiado cuidadosamente el negocio no se encuentra demostrada en él la calidad de abogado del señor Julio Salinas Micolta. Cierto es que a éste se refieren el querellante, su apoderado, los deponentes y aún los mismos funcionarios que en primera instancia intervinieron en la tramitación y fallo de la queja, dándole esa calidad; pero tales referencias no sirven para comprobarla.

Omitió, pues, el tribunal de primera instancia "traer a los autos —como ha debido hacrelo— la prueba pertinente sobre la calidad de abogado del acusado Julio Salinas Micolta" como acertadamente lo dice el señor Procurador en los párrafos ya transcritos; y esa omisión es el fundamento principal de la decisión que va a adoptar la Sala, pues, como atrás se dejó plenamente planteado, tal irregularidad no permite resolver a fondo, jurídicamente, la controversia sostenida por las partes en este juicio, porque si bien es cierto que la Ley 69 de 1945 ha establecido sanciones para los abogados por faltas graves o leves cometidas contra la moral y el decoro profesionales, también lo es que la condición de sujeto activo de la infracción debe aparecer legalmente evidenciada en el proceso por medio de los elementos probatorios conducentes, según la norma legal. Si no se ha traído a los autos esa prueba, no puede decirse que la querella se haya dirigido contra el acusado con el carácter de abogado, y si esto es así, no es posible entonces deducir las consecuencias que la ley ha previsto contra los responsables de aquellas infracciones. Tal es el caso del señor Julio Salinas Micolta cuya calidad de abogado —se repite— no aparece demostrada, habiéndose tramitado así un negocio "carente en absoluto de fundamento esencial", como lo ha dicho también el señor Procurador, motivo por el cual la Sala no puede hacer, sin violar los postulados legales, las declaraciones a que se refiere la querella formulada. En consecuencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley REVOCA el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el 29 de septiembre próximo pasado, y en su lugar niega las peticiones formuladas en la demanda.

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

Aníbal Cardoso Gaitán — Manuel Buenahora. Roberto Goenaga — Camilo Rincón Lara—El Secretario, Jorge García Merlano.

NO SE REPONE EL AUTO QUE ORDENO LA SUSPENSION DE UN JUICIO CIVIL POR ESTAR CURSANDO UN PROCESO PENAL ANTE LA JUSTICIA PENAL MILITAR

Todo el proceso civil en casos como el que se contempla se basa en la existencia de la culpa. Sin embargo, el procedimiento penal también la abarca o comprende. La investigación penal militar originada en el accidente de que se trata envuelve, necesariamente, dentro de la incriminación al Agente de la Policía que lo ocasionó, el examen de la posible falta de prudencia con que obrara al disparar su arma. Ese análisis lo exige la naturaleza de la infracción culposa. El juez penal militar deberá pronunciarse sobre las circunstancias exculpativas de responsabilidad que en tales ocasiones generalmente se alegan: fuerza mayor, caso fortuito, intervención de un agente extraño o de la propia víctima. En materia civil el artículo 2356, inc. 3º, sería de pertinente aplicación, en cuanto presume la responsabilidad de quien dispara imprudentemente un arma de fuego. Y ante el juez civil, las causas de exoneración de culpa serían idénticas. Un juzgamiento de la justicia penal militar podría pues producirse, en la misma materia ya calificada por el juzgador del ramo civil, y su fallo podría ser contrario u opuesto al de este último.

Estas razones ponen de presente cómo la identidad del contenido en el juicio penal militar y en el civil no permiten que este juzgamiento se haga sin que al propio tiempo el fallador penal militar quede en libertad de ver y calificar, al examinar la infracción culposa, los mismos elementos constitutivos o exonerativos de culpa.

NOTA DE LA RELATORIA — La providencia objeto del recurso de reposición que se define en el auto inserto a continuación, se halla publicada en la GACETA JUDICIAL número 2160-2161, págs. 991 y siguientes.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, marzo diez y seis de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Con igual atención a la que se aplicó al elaborar la providencia a que se refiere la reposición que va a decidirse, se han examinado las razones que el recurrente presenta para pedir que aquélla sea revocada y en su lugar se infirme la del Tribunal Superior Judicial de Bogotá que decretó la suspensión del juicio.

El señor abogado amplía ante la Corte las argumentaciones que había propuesto dirigidas a sostener que el radio de acción del juez penal militar es distinto al que corresponde al juez civil y que por ello éste puede dictar su decisión sin esperar que se profiera el fallo penal. Este punto, básico en el estudio de la materia propia del recurso, merece considerarse en primer término y nuevamente por la Sala.

Ya ella expresó por qué entiende que el juicio civil debe suspenderse para evitar el peligro de que se dicten dos fallos contradictorios. Debe concretar aún más ahora su pensamiento.

Todo procedimiento civil en casos como el que se contempla se basa en la existencia de la culpa. Sin embargo, el procedimiento penal también la abarca o comprende. La investigación penal militar originada en el desgraciado accidente que causó la muerte de Siado Pacheco envuelve, necesariamente, dentro de la incriminación al Agente de la policía que la ocasionó, el examen de la posible falta de prudencia con que obrara al disparar su arma en un lugar céntrico de la capital. Ese análisis lo exige la naturaleza de la infracción culposa. El juez penal militar deberá pronunciarse sobre las circunstancias exculpativas de responsabilidad que en tales ocasiones generalmente se alegan: la fuerza mayor, el caso fortuito, la intervención de un agente extraño o de la propia víctima. En materia civil el artículo 2356, inciso 3º, sería de pertinente aplicación, en cuan-

to presume la responsabilidad de quien dispara imprudentemente una arma de fuego. Y ante el juez civil, las causas de exoneración de culpa serían idénticas. Un juzgamiento de la justicia penal militar podría pues producirse, en la misma materia ya calificada por el juzgador del ramo civil, y su fallo podría ser contrario u opuesto al de este último.

Estas razones ponen de presente cómo la identidad del contenido en el juicio penal militar y en el civil no permiten que este juzgamiento se haga sin que al propio tiempo el fallador penal militar quede en libertad de ver y calificar, al examinar la infracción culposa, los mismos elementos constitutivos o exonerativos de culpa.

No aparece por tanto establecida la verdad de la premisa en que el señor apoderado funda este primer punto de sus reiteradas alegaciones.

Se querella el recurrente de que no se dé intervención en el proceso penal militar al presunto lesionado en su patrimonio. Esto, indudablemente crea una situación especial al perjudicado, que no se contempla de ordinario en los juicios en que no actúa la justicia penal militar. Con todo, el extremo a que se llega, de no darse esa intervención en el juicio penal militar, contrariándose aparentemente el precepto del artículo 26 de la Carta, puede tener como justificación la misma que informa todo el sistema legal en la materia, que es de orden público y dirigida a evitar que se produzcan fallos contradictorios, de dos jurisdicciones distintas. Esta regla, que es general, exige su cumplimiento en casos como el contemplado por el recurrente. Evitar que se dicten fallos contrapuestos es cosa que tiene que ver con el mantenimiento de la estabilidad de las instituciones, con la seguridad en la administración de justicia, que se quebraría si se admitiese o propiciase la producción de sentencias antagónicas.

Posiblemente se incurra en desmedro o perjuicio de intereses particulares en casos concretos de personas que lesionadas civilmente no pueden hacerse oír en el proceso penal militar, coadyuvando a la buena administración de la justicia. Sin embargo, no es posible remediar esta falla sino por medio de una excepción decretada legislativamente, según lo previsto en el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal. El juez tropieza con la falta de ley, con la casi prohibición expresa consignada en el artículo citado, y con el fundamento constitucional en que se basa esa norma, que vigila y protege la seguridad en la institución pública de la justicia.

Hace el recurrente la crítica a la jurisdicción militar, de carecer de independencia para proferir sus fallos, frente a la administración, por lo cual —dice— ha de entenderse que el legislador "limitó el alcance del artículo 24 del Código Militar a lo que estrictamente se resolviera en lo penal". No comparte la Corte esta apreciación. El reparo comprende a toda la justicia que se imparte por la jurisdicción militar, tan grave en consecuencias cuando se trata de lo penal como cuando se refiere a lo civil. Los intereses de las personas presuntivamente afectadas con las decisiones de aquella competencia son igualmente respetables en ambos casos. Por eso no vale el distingo que hace el recurrente. Y sobre la existencia de la jurisdicción militar cabe recordar que conforme al artículo 58 de la Carta fundamental del país, administran justicia la Corte Suprema, los Tribunales Superiores de Distrito y los demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley.

No es necesario hacer otras consideraciones. Las aquí consignadas y las que se expusieron en la providencia reclamada forman un conjunto de razones que llevan a la Sala a mantener su anterior decisión. Por tanto, no se repone el auto a que se refirió el recurso de reposición.

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

Aníbal Cardoso Gaitán — Jorge García M., Secretario.

NECESIDAD DE LA PRUEBA DE SER ABOGADO EL PROFESIONAL ACUSADO POR FALTAS CONTRA LA DELICADEZA Y EL DECORO PROFESIONALES

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales. Bogotá, veinte de marzo de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado ponente, doctor Roberto Goenaga)

Cumplidos los trámites de rigor, entra la Sala a resolver la consulta de la sentencia pronunciada en este juicio sumario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín con fecha 5 de septiembre de 1955, por la cual se sobreseyó definitivamente a favor del ciudadano Héctor Cuesta Angel, contra quien siguió este proceso en averiguación de posibles faltas contra la ética forense.

Los hechos

Héctor Cuesta Angel aceptó el poder que le confiriera con fecha 17 de agosto de 1953 Francisco Luis Rivas en la población de Andes, cabecera del Circuito del mismo nombre, para que iniciara un juicio ejecutivo contra Benjamín y Darío García Aristizábal, por la cantidad de dos mil pesos, suma representada en una letra de cambio suscrita por los prenombrados García a favor del poderdante.

En la misma fecha, el apoderado formuló la correspondiente demanda ejecutiva ante el Juez del Circuito Civil de Andes (reparto), demanda que correspondió al Juez 1º.

Dentro de la oportunidad de que trata el Art. 1025 del C. Judicial, el apoderado de los ejecutados García A. propuso las siguientes excepciones: nulidad absoluta de la obligación, "a) por incapacidad para consentir al momento de otorgarse y aceptarse el instrumento, actos que fueron inmediatos y sucesivos; b) Objeto ilícito, c) falta de causa; d) causa ilícita. Nulidad relativa .. a) por dolo que vicia el consentimiento pues don Francisco Luis Rivas empleó maniobras fraudulentas para obtener la aceptación de la letra que figura en el juicio. b) por fuerza y violencia ya que se emplearon medios coactivos y amenazas contra la vida o integridad personales".

El incidente fue resuelto por auto de fecha 12 de noviembre de 1953, por el cual el Juzgado del conocimiento declaró probada la excepción perentoria de inexistencia de la obligación.

En los considerandos de esta providencia se lee lo siguiente:

"Como se desprende de la lectura del memorial de excepciones, el asunto hoy a estudio se puede concretar a un solo aspecto, cual es el relativo al vicio alegado, a la violencia, que de resultar plenamente probado en estos autos, constituye un hecho que enervaría la acción completamente. Por estos esta providencia se concretará a dicho punto, el cual, en concepto del suscrito Juez configura la excepción perentoria de inexistencia de la obligación.

"Del cúmulo de pruebas aportadas por la parte excepcionante, aparece claramente —sin dejar en el ánimo del fallador ninguna duda al respecto— que el hecho alegado (la fuerza o violencia ejercida) sí se produjo. En efecto, claramente lo confiesa el señor Rivas en las posiciones absueltas en este mismo Juzgado el día 8 de junio último, cuya copia aparece a folios 1 vto. a 4 del cuaderno de pruebas de la parte excepcionante. De las respuestas dadas en aquella ocasión, y dada su trascendencia actual, conviene transcribir textualmente las preguntas y sus co rrespondientes respuestas, marcadas con los números 5, 7, 12, 13, 14 y 17. Así: '5º Bajo la gravedad del juramento que Ud. tiene prestado y recordando las sanciones penales en que incurren quienes juran en falso, es o no cierto que Ud. amenazó a Rubén Darío García y a su hermano Benjamín García, revólver en mano, delante de Félix Restrepo, de Lázaro Botero su seguidor y de algunos otros testigos que se levantaron al oír sus amenazas, entre ellos señores y señoritas, para obtener que le firmaran la letra de cambio de que se viene hablando, por la suma de dos mil pesos?' CONTESTO: 'No es cierto, yo iba borracho por allí a las tres y media o cuatro de la mañana de ese martes para mi casa y me encontré con los hermanos García en la Cuchilla; yo sí saqué el revólver pero sin ninguna intención de lesionarlos sino únicamente para atemorizarlos a

ver si así me aseguraban mi plata, y entonces ellos me dijeron que no hiciera escándalo que ellos me aseguraban el dinero, firmándome una letra, y, al efecto, nos fuimos a la tienda de Víctor Bedoya y allí se hizo la letra y me la firmaron'. '7º Es o no cierto que Rubén Darío García y Benjamín García su hermano de él se asustaron como unos verdaderos cobardes cuando Ud. les intimidó y accedieron a firmarle la letra? CONTESTO: Yó no sé si ellos se asustarían, parece que sí desde que accedieron a firmarme la letra en referencia para asegurarme la plata'. 12ª Es o no cierto que Ud. dijo a Libardo Ledesma y Juan Isaza que había obligado revólver en mano a los hermanos Rubén Darío y Benjamín García A. a firmarle una letra sin plazo por dos mil pesos, agregando que el mejor (modo de) cobrar era el revólver, todo lo cual les decía mostrándoles uno en el que había un cartucho quemado que dijo Ud. haber disparado para atemorizarlos?' CONTESTO: 'Yo lo que les dije fue que ese revólver me había favorecido dos mil pesos, pero también les dije que yo no los había obligado, y el disparo lo hice fué en la casa de Rubén Sánchez, cuando fui por él para que recibiera la plata y entregara la letra'. 13ª Es o no cierto que el revólver con el cual Ud. atemorizó a los hermanos García dichos el diez y nueve de mayo entre las cuatro y media y cinco de la mañana es un treinta y dos largo, de cachas de palo, esmalte azul, seis tiros, marca Colt. Caballo que Ud. había comprado para sí? CONTESTO: 'Es cierto, del mismo Darío era dicho revólver'. 14ª Es o no cierto que la letra de dos mil pesos y sin plazo que firmaron los hermanos García antedichos bajo la amenaza suya de matarlos en la misma con la cual Ud. embargó el café 'La Paz' y que figura en un juicio de quiebra que en el Juzgado primero de este Circuito se adelanta contra Rubén Darío García A, CONTESTO: 'Es cierto'. 17ª Es o no cierto que cuando Ud. desenfundando el revólver decía a los hermanos García que le tenían que firmar la letra, lo que sucedió el 19 de mayo de cuatro y media a cinco de la mañana, en la calle de la Cuchilla, frente a la casa en que habita la madre de D. Carlos E. Restrepo, el señor Félix Restrepo que se había levantado con otros vecinos atraídos por sus palabras, intervino para que no hubiera una desgracia habiendo sido rechazado por U.? CONTESTO: 'Es cierto que Félix Restrepo intervino, pero yo no lo rechacé, sino que le dije que se estuviera callado, que no se trataba sino de atemorizarlos'.

"Como se vé, el mismo ejecutante, con el mayor desparpajo, confiesa paladinamente que él sí sacó el arma con el objeto de atemorizar a los García y que, según él mismo lo dice, ellos sí se atemorizaron, toda vez que accedieron a firmarle la letra en referencia.

"Mas si esta confesión no fuera bastante, tenemos las declaraciones de Félix María Restrepo V. (fs. 32 y ss.), Víctor Bedoya (fs. 34 vts. y s.), Lázaro Botero (fs. 36 y s.), los cuales acreditan con sus testificaciones que los hechos alegados por el Dr. García Naranjo y confesados por el ejecutante Rivas sí sucedieron en realidad. Tienen especial importancia los testimonios de Restrepo V. y Botero, pues ellos estaban presentes en el momento de ocurrir los hechos".

"... ... ...

"Todo lo anterior quiere decir que si una persona no ha dado un consentimiento libre; es decir, si el consentimiento lo ha dado por temor (metus), por error o por dolo, ese consentimiento no lo obliga, y, por consiguiente, la obligación no ha podido nacer".

Apelada esta providencia por el apoderado del ejecutante, el Tribunal Superior de Medellín en providencia de 2 de febrero de 1954 la revocó, por estimar que la excepción que debía declararse probada, y que efectivamente declaró probada, era la de nulidad del título ejecutivo, y no la de inexistencia de la obligación, como lo había hecho el inferior. Estos los términos de la parte resolutiva del fallo del Tribunal:

"REVOCA el numeral 1º de la parte resolutiva de la sentencia que es materia de revisión por apelación, para declarar, como en efecto declara probada la excepción de nulidad del instrumento negociable empleado como recaudo ejecutivo".

Ordenó, además, el Tribunal en el mismo fallo:

"Por la Secretaría de este Tribunal se tomará también copia de lo conducente a fin de que se decida si hay lugar a averiguar las posibles faltas cometidas contra la Etica profesional por el abogado doctor Héctor Cuesta Angel en este proceso".

La investigación

Comisionado para levantar la investigación en referencia el Juez Penal del Circuito de Andes, se allegaron los siguientes elementos de prueba:

a) Declaración jurada del ejecutado Rubén Darío García, quien afirma:

"A mí el señor Francisco Luis Rivas me hizo

firmar una letra con revólver en mano.. No me recuerdo qué día, ni mes, pero fue en el año de mil novecientos cincuenta y tres. Tenía yo un viaje para Barranquilla y cuando bajaba con el hermano mío de nombre Benjamín, de la cuchilla o la Aguada, a coger carro, me salió el señor Francisco Luis Rivas con revólver en mano, a que le firmara una letra y en ese momento salió don Félix Restrepo y le dijo que qué iba a hacer y entonces le pegó un empujón y le dijo que él no se tenía que meter en eso y nos abrió el revólver y nos mostró que tenía seis tiros y que si no le firmábamos la letra que nos mataba, y entonces nos vinimos para acá para la plaza y le firmamos la letra aquí en la plaza, eso fue por ahí a las cinco de la mañana, la letra se la firmamos en la tienda de Víctor Bedoya; esa letra la firmamos Benjamín mi hermano y mi persona... El hizo ese hecho público. Eso ocurrió fue por un asunto de Ceballos y Cía. y la demanda la entablaron al otro día de haberse hecho firmar la letra. Yo sé que él nombró al Dr. Cuesta para que le llevara el juicio; yo con el Dr. Cuesta no tuve ninguna conversación antes de Rivas entablarme la demanda; durante el juicio no tuve tampoco ninguna conversación con el doctor Cuesta, pues el que me trabajaba a mí era el Dr. García Naranjo. Sé que mi abogado y el Dr. Cuesta sí tuvieron algunas conversaciones para arreglar el negocio en la siguiente forma: Dándome él siete mil pesos por un café que yo tenía, es decir un establecimiento de cantina, que esos siete mil pesos me los diera Francisco Luis Rivas y ellos ofrecieron por el establecimiento tres mil pesos y entonces el señor Rivas dijo que siguiera el pleito más bien que dar los siete mil pesos..." (Fol. 16).

b) Copia del poder conferido a Cuesta Angel por el ejecutante, Francisco Luis Rivas; de la demanda ejecutiva; del auto del Juez 1º del Circuito Civil de Andes por el cual desató el incidente de excepciones ya referido; de las posiciones absueltas por el ejecutante Rivas; de la declaración rendida por Lázaro Botero Vélez dentro del mismo incidente, y de la rendida por el testigo Libardo Ledesma; de la providencia de segundo grado dictada por el Tribunal Superior de Medellín, de que ya se ha dado cuenta. (Fols. 1 a 11).

c) Declaración jurada rendida por el testigo Manuel Elorza Vanegas, quien afirma que desde su cargo de oficial primero del Juzgado Penal del Circuito de Andes ha podido observar que "las actuaciones del citado Dr. Cuesta Angel, me han parecido ajustadas a la ética que debe observar todo abogado..."

d) Declaración bajo juramento rendida por Víctor Bedoya, quien confeccionó la letra de cambio por dos mil pesos. Dice al respecto este testigo: "El señor Francisco Luis Rivas llevó a mi tienda un día diez y nueve me parece no sé en qué mes ni de qué año, tal vez fue el año pasado; llegó con los señores Benjamín y Darío García y me dijo que le hiciera una letra; me dijeron esto como a las cinco de la mañana que estaba yo abriendo la tienda; yo entré y les dije que la hicieran ellos, a lo cual ellos no quisieron y entonces me dijo Rivas que se la tenía qué hacer y entonces yo les hice la letra por los dos mil pesos; la letra fue sin ningún plazo y sin intereses... La letra la cambió Rivas por una letra que dizque le debían los Garcías a él, por una fianza o no sé qué cosa con otro señor. El señor Rivas sacó el revólver en la tienda mía, esto fue después de que los muchachos Garcías se encontraban ahí. Rivas dijo en mi tienda, que él los había enfocado con el revólver por allá arriba y que hasta había hecho un disparo al aire... los señores a que me he referido entraron a mi tienda con el único objeto de que les hiciera la letra. Luego de que ya los Garcías le firmaron la letra, Rivas manifestó que ahora sí los iba a agarrar bien agarrados, que ya había asegurado la plata que le iban a robar y que a las ocho de la mañana les iba a embargar el café... No tengo idea cuál de los abogados fue el que le hizo el trabajo, pues no distingo casi los abogados de aquí". (Fols. 18 v. y 19).

e) Declaración jurada del ejecutante Luis Francisco Rivas. Este deponente refiere: "Yo era fiador del señor Darío García en una letra en contra de él y a favor de Rubén Sánchez; yo le dije a Darío que yo pagaba la plata y que él me firmara una letra la cual letra hicimos donde Víctor Bedoya, a eso de las seis de la mañana y que yo le pagaba la plata a Rubén, plata ésta que dejé depositada donde el mismo Bedoya; Darío me dijo a mí que le pusiéramos dos meses de plazo a la letra y yo le dije que para qué le poníamos plazo, que hiciéramos la letra con plazo cumplido y convinimos así; yo le dije a él que yo no lo iba a ejecutar, que me firmaran esa letra entre él y Benjamín, hermano de él, porque Darío no tenía nada, es decir, ya le había asegurado a Benjamín; yo le decía que me firmara Benjamín como fiador; entonces me fuí para donde Libardo Serna y le dije que me cobrara esa letra y no es más. Libardo me dijo que sí, que él me la cobraba. No es más... Yo allí dije que siquiera me

había asegurado la plata, que yo estaba muy de buenas y luego fuí donde Libardo Serna a que los ejecutara... Seguramente que como estaba tan borracho, saqué el revólver, pero eso fue después de que ellos se habían ido, ni balas tenía el revólver siquiera... PREGUNTADO: Quién llevó el negocio? CONTESTO: Libardo Serna, trabajador de Cuesta, o mejor, el abogado fue el Dr. Héctor Cuesta Angel. PREGUNTADO: Le explicó Ud. en forma detallada y minuciosa el origen de la letra? CONTESTO: No doctor le dije que me cobrara esa letra que me habían firmado Darío y Benjamín, para pagarme una plata que me debían. PREGUNTADO: Le preguntó el Dr. Cuesta cómo le había firmado la letra? CONTESTO: Sí doctor, yo le dije que me la había firmado Darío y Benjamín por una plata de dos mil pesos que Darío me debía por haber firmado una letra como fiador de él... El Dr. García Naranjo sí me propuso que le comprara el café, que le diera cuatro mil pesos y que quedábamos en paz de los dos mil pesos; eso me lo dijo como apoderado de los Garcías y yo le dije que no porque no tenía plata para comprarlo..." (Fols. 19 v.).

f) Declaración rendida por Libardo Ledesma, quien refiere que Francisco Luis Rivas le manifestó, momentos después del incidente ocurrido con los ejecutados García Aristizábal, que había obtenido de éstos que le firmaran una letra mediante la intimidación que les había hecho con un revólver, arma ésta que Rivas le mostró; no supo quién se encargó de la gestión judicial de Rivas para cobrar el importe del instrumento negociable en referencia, y, por último declara haber oído que el señor Cuesta Angel tenía buen prestigio en la localidad.

g) Declaración de Nemesio de J. Gómez R. quien afirma que Cuesta Angel ha ejercido con pulcritud la profesión de abogado. (Fol. 22 v.).

h) Declaración de Rubén Sánchez, quien afirma que Rubén Darío García le debía la cantidad de dos mil pesos, representados en una letra por igual valor, habiendo recibido de García el pago cumplido de los intereses. Que Francisco Luis Rivas era fiador de García en esa letra, y que un día le había dicho Rivas que ya tenía el dinero y que, por no poder reclamarlo personalmente, envió a su hijo Rubén Sánchez, quien efectivamente recibió el dinero y entregó la letra. (Fol. 23 v.

i) Declaración de Víctor Bedoya (ampliación de la relacionada atrás). Aquí se refiere el testigo a la entrega de los dos mil pesos que le consignó Francisco Luis Rivas para entregarlos a Rubén Sánchez, lo que así hizo, procediendo en consecuencia a entregar a Rivas la letra a favor de Rubén. Añadió que Rivas le manifestó ese mismo día, que iba a proceder inmediatamente al embargo de los bienes de Rubén D. García. (Fol. 24 v.).

j) Declaración del Dr. Fernando García Naranjo. Refiere este declarante las circunstancias en que se hizo cargo de la defensa de Rubén Darío García, quien fue encarcelado a raíz de un juicio de quiebra seguida contra el mismo García A. y, posteriormente, al aceptarle poder para representarló dentro del juicio ejecutivo promovido por Francisco Luis Rivas, hasta lograr en este último negocio que se dictase sentencia favorable a su cliente en el incidente de excepciones de que ya se ha dado cuenta. (Fol. 25).

k) Declaraciones certificadas de los Jueces 1º y 2º del Circuito Civil de Andes, funcionarios que en su orden dicen lo siguiente:

"Hace más o menos cuatro años que conozco personalmente al Dr. Héctor Cuesta Angel, prestigioso abogado que ejerce su profesión en esta ciudad, y, por estar yo desempeñando el cargo de Juez 1º Civil de este Circuito, puedo asegurar que las actuaciones profesionales del Dr. Cuesta Angel me han parecido en todo momento ajustadas a la ética que debe tener todo abogado en ejercicio de su profesión".

El Juez 2º declara:

"a) Desde el 3 de marzo de 1951, año que me hice cargo del Juzgado arriba mencionado, conozco personalmente al doctor Héctor Cuesta Angel, abogado titulado de la Universidad del Cauca; de su amistad me precio, por tratarse de un ciudadano correctísimo y un amigo servicial, respetuoso de tan sagrado vínculo... b) Durante el tiempo que he permanecido al frente del Juzgado, no he tenido conocimiento personal ni por informes, de actuaciones del Dr. Cuesta Angel reñidas con la moral profesional. Siempre lo he distinguido, al igual que a todos los profesionales de la localidad, como un abogado íntegro, respetuoso de la ley y de sus colegas..."

A solicitud del Fiscal, el Tribunal a quo ordenó la recepción del testimonio de Libardo Serna, empleado de la oficina de Cuesta Angel en Andes, y ampliación del testimonio del abogado de los ejecutados García Aristizábal, Dr. Fernando García Naranjo, quienes hacen las siguientes afirmaciones:

Serna: "Soy dependiente del Dr. Héctor Cuesta Angel, abogado, hace más de cuatro años. Hace más de un año, pues no recuerdo la fecha pre-

cisa, se presentó Francisco Luis Rivas a la oficina del Dr. Héctor Cuesta, con una letra de cambio, por la suma de dos mil pesos, si mi memoria no me es infiel, en este punto, a fin de que se iniciara la acción pertinente para el cobro de la misma, letra que figuraba contra Darío García y me parece que también la firmaba Benjamín García, hermano de Darío. Ese día el Dr. Cuesta estaba ausente, pues la residencia de este profesional es en Medellín. Yo acepté al señor Rivas el hecho de encargarse la oficina de la gestión respectiva y para el efecto llamé telefónicamente al Dr. Cuesta a la ciudad de Medellín, para que remitiera la demanda correspondiente, habiéndole dado los datos de rigor. Llegada la demanda se presentó al respectivo Juzgado y después de varios incidentes o apelaciones el juicio concluyó favorablemente al ejecutado o ejecutados. Advierto sí que el Dr. Fernando García Naranjo por varias ocasiones me propuso directamente el que yo le dijera al Dr. Cuesta o a Francisco Luis Rivas que Darío García estaba dispuesto a transar el valor del juicio y una de las fórmulas que propuso el Dr. García fué la de que se le comprara a la parte ejecutada el café "La Paz" uno de los bienes embargados, pues creo que también se había embargado un depósito de dinero en la Caja Agraria... El Dr. García me habló varias veces de la transacción, no en una forma directa a mí, o mejor no tratando conmigo como si yo fuera el representante del actor, sino teniendo en cuenta mi calidad de dependiente del Dr. Cuesta y para que le comunicara al mismo Dr. Cuesta y al demandante las posibles formas de transacción... El señor Rivas se limitó a presentar una letra de cambio y me dijo que quería que se la cobrara la oficina del Dr. Cuesta, pues que se la debían y como el Dr. Cuesta no estaba en Andes, lo llamé a Medellín telefónicamente, le referí el negocio del señor Rivas, quien entre otras cosas es individuo honorable y de buena reputación social en mi concepto, y con estas bases el Dr. remitió la demanda... PREGUNTADO: Recuerda Ud. si en la oficina tuvieron alguna conversación o entablaron alguna discusión el Dr. Cuesta Angel y Francisco Luis Rivas acerca de ese negocio? CONTESTO: Recuerdo que Francisco Luis Rivas tuvo una o dos conversaciones con el Dr. Cuesta en la oficina y Rivas se limitaba, según mi memoria, a preguntarle al Dr. que si se demoraría mucho el pago de la plata, o que cuándo iban a resolver el negocio, a lo que el Dr. le decía que todavía no se había resuelto. Esos fueron más o menos los términos de una o dos conversaciones... PREGUNTADO: Supo Ud. en qué forma había terminado el negocio de Francisco Luis Rivas con los hermanos García? CONTESTO: Supe que terminó desfavorablemente al actor. PREGUNTADO: A qué se debió esa forma desfavorable como terminó el negocio para Francisco Luis Rivas? En qué se basó el señor Juez y el H. Tribunal Superior para proceder en esa forma? CONTESTO: No recuerdo los términos precisos de la sentencia, en razón del tiempo transcurrido y del cúmulo de negocios que se ventilan en la oficina del Dr. Cuesta, aunque lo que sí recuerdo fue que declararon probada una excepción, sin poder decir cuál o de qué clase porque mi memoria no me ayuda a recordar. PREGUNTADO: Se recuerda usted en qué basaba la parte contraria el argumento o principal excepción propuesta? CONTESTO: Si mal no estoy, en que la obligación era nula porque habían mediado amenazas, pero esto no me consta ni me lo llegó a insinuar el señor Francisco Luis Rivas. PREGUNTADO: Sobre este particular oyó algún comentario el Dr. Héctor Cuesta Angel o al mismo Francisco Luis Rivas? CONTESTO: Francisco Luis Rivas sí me dijo muchas veces que esa letra era legal, que se la debían religiosamente, que él había sacado de su bolsillo los dos mil pesos. Pero él no me hizo ninguna insinuación de que dicha letra hubiera sido fruto de ninguna amenaza, ni el doctor Cuesta Angel tampoco me llegó a hacer ninguna manifestación de tal carácter, pues la iniciación del negocio en primer lugar fue en la oficina del doctor Cuesta estando éste ausente en Medellín y él procedió a enviar la demanda de acuerdo con los informes que yo le suministré... PREGUNTADO: Ya usted fuera de la oficina oyó algún comentario sobre la manera como Francisco Luis Rivas le había hecho firmar la letra a los hermanos García? CONTESTO: No recuerdo haber oído ningún comentario al respecto..."

El Dr. García Naranjo dijo en su ampliación: "No conversé con el Dr. Héctor Cuesta Angel, o por lo menos no recuerdo haberlo hecho en relación con la letra de cambio que se me pregunta, y la manera como fue obtenida su aceptación por parte de los señores García; todos los informes que inicialmente tuve sobre el punto en mención me fueron hechos por mis mandantes y si mal no estoy el Dr. Cuesta estaba en Medellín, pues sólo viene a esta ciudad usualmente cada quince días y para demorarse dos o tres. Tampoco es costumbre entre los abogados de esta loca-

lidad, discutir fuera de Estrados los problemas que les confían sus clientes..."

También se trajo a los autos en esta oportunidad copia del memorial de pruebas formulado por el señor Cuesta Angel dentro del término probatorio del incidente de excepciones del ejecutivo seguido contra los hermanos García Aristizábal. Allí aparece el interrogatorio a que debían ser sometidos algunos testigos citados por dicho apoderado, donde se expresa:

"c) Si es cierto, sabe y le consta directa y personalmente que ese día 19 de mayo de 1953, en las horas de la mañana, depositó Francisco Luis Rivas la suma de dos mil pesos m. l. en manos de Víctor Bedoya para pagar a Rubén Sánchez (padre) una letra de cambio por igual valor que a éste debía de plazo cumplido Darío García? d) Si es verdad, sabe y le consta personalmente, que los Sres. Darío y Benjamín García, el 19 de mayo de 1953, en las horas de la mañana, firmaron a favor de Francisco Luis Rivas una letra de cambio por la suma de dos mil pesos m. l. en la tienda de Víctor Bedoya, situada en una de las esquinas de la plaza pública de Andes, con el fin de asegurarle igual cantidad de dinero que Rivas había pagado en la misma fecha por cuenta de Darío García a Rubén Sánchez (padre) ? e) Sí es verdad y le consta por haberlo visto, que la letra de cambio que se le pone de presente, fue elaborada por Víctor Bedoya, y la misma se suscribió voluntariamente, sin mediar fuerza ni violencia, por los señores Darío y Benjamín García, en la fecha, hora y sitio expresados en la anterior pregunta?..."

Posteriormente, y luego de haber rendido el concepto correspondiente, el Fiscal del Tribunal, se dictó una nueva providencia por la cual se dispuso traer a los autos otras pruebas, entre ellas algunas de las que fueron oportunamente solicitadas por el demandado Cuesta Angel. Estas probanzas consisten en la copia de las posiciones absueltas en el ejecutivo ya mencionado por los demandados Rubén Darío y Benjamín García, a solicitud de Cuesta Angel, quien para ello formuló las siguientes preguntas en pliego cerrado:

"1ª — Bajo la gravedad del juramento que tienen prestado, en atención a las sanciones penales impuestas por la ley a los perjuros, verdad, sí o nó, que la letra de cambio que se les muestra y pone de presente, es real y cierta en su contenido? 2ª Digan Uds. bajo la gravedad de las solemnidades del juramento, teniendo a Dios por testigo de sus respuestas, si es verdad, sí o nó, que la letra de cambio que se les ha puesto de presente tiene el valor justo que representa? 3ª Cierto, sí o nó, teniendo en cuenta siempre las gravísimas penas impuestas por la ley para quien jura en falso, que Uds. firmaron y aceptaron voluntariamente la letra de cambio que se les lee y muestra? 4ª Verdad, sí, o nó, que Uds. son deudores de plazo vencido del señor Francisco Luis Rivas por la suma de dos mil pesos m. l. e intereses, conforme se deduce de las voces claras de la letra expresada? 5ª Cierto, sí o nó, que la letra de cambio que se les ha mostrado y leído, adjunta a la demanda, fue firmada y aceptada por Uds. en la tienda de Víctor Bedoya, situada en una de las esquinas de la plaza pública de Andes, entre las 5 y 7 de la mañana? 6ª Cierto, sí o nó, que las respectivas firmas de Uds. estampadas en la letra de cambio adjunta a la demanda inicial de este negocio, que dicen relación a sus nombres, cada uno de Uds. las reconoce, la suya, y aceptan que son de su puño y letra y la misma que acostumbran en todos sus actos públicos y privados? 7ª Verdad, sí o nó, que Uds. por conducto de terceras personas han ofrecido pagar la letra de cambio acompañada a la demanda, ya citada, por dos mil pesos m. l. e intereses, al Sr. Francisco Luis Rivas R? 8ª Cierto, sí o nó, que la letra acompañada a la demanda inicial de este juicio Uds. no la han cancelado aún al actor, estando en mora para ello?" (Fol. 50. v.).

Copias de las diligencias de ratificación de los testimonios de Medardo Gil Madrid, Víctor Bedoya y Rubén Sánchez, practicadas a petición de Cuesta Angel. (Fols. 52 v. 57).

Una certificación expedida por la Alcaldía de Andes a petición del demandado Cuesta Angel dentro de la ejecución tantas veces referida, donde se lee que el día 19 de mayo de 1953 "sí hubo agentes de policía designados para prestar vigilancia en la moral, vida y bienes de los asociados, no sólo desde las cinco a las siete de la mañana de dicho día, sino durante todo el día y la noche..."

Constancia de la Secretaría del Juzgado 1º del Circuito Civil de Andes, según la cual "el doctor Cuesta Angel no presentó alegato de conclusión ante el H. Tribunal Superior...", dentro del juicio ejecutivo contra los García.

Descargos del acusado

Fue en la audiencia pública ordenada por el mismo Tribunal **a quo** donde Cuesta Angel dejó explicada con mayor amplitud su conducta en las

actividades profesionales de que se ha venido haciendo referencia. Dijo, allí, en efecto:

"Cuando recibí el poder del señor Rivas para actuar en el negocio, no tuve ningún conocimiento sobre vicios que afectaran el instrumento que sirvió de recaudo ejecutivo. Por otra parte, la circunstancia de que la letra de cambio fue firmada en pleno centro de la ciudad, cerca a la plaza pública, en presencia del dueño del establecimiento y otros parroquianos que se encontraban en el sitio y a la hora indicados. Si los señores García se hubieran querido negar a firmar la letra de cambio, bien pudieron haberlo hecho. Rivas, en ese instante no exhibía arma para condicionar la voluntad de sus deudores; también en caso de una negativa, la autoridad hubiera podido prestar protección adecuada a quien se la solicitara, ya que, el sitio, como lo anotó, está inmediato a la plaza pública principal del Distrito de Andes. En mi concepto el fenómeno de la violencia no estaba claramente establecido, por lo cual juzgué que era discutible el concepto del juez sobre la materia, y para ello interpuse el recurso de apelación por medio del cual conoció el Tribunal del aludido negocio... Por los motivos anotados, no consideré que debía renunciar el poder conferido; el señor Rivas era cliente de mi oficina y persona de reconocida honorabilidad; según las explicaciones que durante el incidente de excepciones me dio sobre el origen de la letra, solicitó las pruebas que aparecen en el cuaderno respectivo y que son el reflejo de cómo me explicó el origen del instrumento. Concretamente Rivas me manifestó que la letra de cambio había sido firmada delante de Víctor Bedoya, quien la confeccionó, y otras personas presentes en el Café de dicho Bedoya, quienes podían testificar que él, Rivas, ninguna coacción física ejercitó en contra de quienes firmaron la letra para obtener de ellos tal resultado. Esta explicación la acepté, me pareció correcta, dado que el establecimiento de cantina o Café del sejor Bedoya queda inmediato a la plaza pública del Distrito de Andes, en donde había vigilancia a dicha hora... Quiero aclarar que la diligencia de absolución de posiciones rendida por Francisco Luis Rivas la conocí a raíz del incidente de excepciones presentado dentro del juicio ejecutivo de éste contra Rubén García y otro; al pedirle explicaciones a mi cliente sobre lo afirmado allí, me dio las que acabo de anotar... la razón final para seguir asistiendo como apoderado a Francisco Luis Rivas en el juicio ejecutivo consiste en que no encontré, en mi concepto, configurada la violencia de que se hablaba en el memorial de excepciones contra el título presentado. Siendo ello discutible, estimé como un deber profesional, agotar todos los recursos que la ley me brindaba en beneficio de mi cliente... Por ello, no renuncié el poder, máxime que con la letra de cambio suscrita no se hacía el ejecutante más rico, no obtenía una ventaja económica dolosa, ya que el dinero se le debía y él apenas había sido una especie de fiador dentro del instrumento... En contra de Rubén Darío García se presentó demanda de quiebra que fue aceptada y con anterioridad al juicio ejecutivo, ya que él mismo pretendía defraudar los intereses de sus acreedores, pues trató de enajenar todos sus bienes, lo hizo en parte y dejó insoluta, entre otras, la obligación con el señor Rivas..." (Fol. 58).

En vista de las explicaciones anteriores, el Fiscal del Tribunal conceptuó:

"Si la forma ilícita como Francisco Luis Rivas procedió con los García al obtener de éstos la letra de cambio de que tratan los autos, no fue evidentemente conocida por Cuesta Angél y si él tuvo elementos de juicio para dudar de la realidad de dicha modalidad y si pretendió que los hechos se esclarecieran dentro de los trámites del juicio, su proceder como abogado no puede calificarse, en ese evento, de ser contrario a la moral profesional".

Razones del sobreseimiento

A idéntica conclusión llegó el Tribunal a quo. En el siguiente párrafo del fallo en revisión condensó su criterio sobre el caso debatido:

"Si fuera un hecho incontrovertible, por el aspecto probatorio, el relacionado con la violencia ejercitada por Rivas para obtener la firma de la letra y a pesar de que el dinero se le debiera, habría que concluír que, el Dr. Cuesta Angel, había faltado en alguna forma por lo menos contra la delicadeza profesional, al tratar de cohonestar la situación irregular y casi delictuosa de la adquisición de un medio de prueba con pretermisión de todas las normas señaladas por el procedimiento legal. Pero como bien lo observa el abogado cuya conducta se investiga, en la primera instancia y al tramitarse el incidente de excepciones, se apreciaban pruebas de significación discutible; en consecuencia, no era inmoral el hecho de que interpusiera un recurso contra la sentencia de primer grado, porque bien podía el Tribunal no compartir el criterio del funcionario de primera instancia".

Concepto del Procurador Delegado

El señor Procurador Delegado en lo Civil al conceptuar sobre el caso en examen, hace un recuento pormenorizado de los antecedentes del presente negocio, y pasa luego a analizarlo a la luz de las disposiciones de las Leyes 2ª de 1931 y 69 de 1945 que rigen la materia, y concluye:

"La letra que Francisco Luis Rivas dio a Cuesta Angel para cobrarle a los García Aristizábal llenaba todas las formalidades externas requeridas por **la ley, artículos 128, 134 y** concordantes del C. de Co. y numeral 2º del Art. 1º de la ley 69 de 1945. El referido instrumento tampoco revelaba ninguno de los vicios que contempla el Art. 57 de la ley sobre instrumentos negociables. Vale decir, que la letra no revelaba estar afectada por ningún vicio que la hiciera ineficaz, por lo cual su fuerza ejecutiva era indudable no solamente para el abogado demandante sino también para el Juez que aceptó la demanda y ordenó su pago por los aceptantes Darío y Benjamín García Aristizábal.

"... ... .

"El Juez Civil del Circuito de Andes falló la articulación de excepciones promovida por los García Aristizábal declarando probada la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION demandada. Apelado este fallo por el doctor Héctor Cuesta Angel, el Tribunal Superior de Medellín lo revocó en el sentido de no aceptar la excepción de inexistencia de la obligación y en su lugar declaró la NULIDAD DEL INSTRUMENTO NEGOCIABLE.

"El recurso de apelación interpuesto por el doctor Cuesta Angel favoreció a su cliente, toda vez que de conformidad con el fallo del Juzgado de primera instancia, Rivas perdía todo derecho a cobrar a los Garcías lo que le adeudaban. Esta providencia daba fundamento para alegar la excepción de cosa juzgada en cualquier acción de cobro que pudiera ejercitar Rivas.

"La fuerza ejecutiva de la letra de cambio que cobraba el doctor Cuesta Angel sólo desapareció cuando su declaratoria de nulidad fue dictada por el Tribunal Superior. Por esto mismo, no se puede sostener que la actuación del abogado ejecutante para hacer efectiva la letra de cambio y sostener su legalidad, contengan algún acto sancionable de conformidad con la Ley 69 de 1945".

En consecuencia, el señor Procurador solicita que la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, por la cual se sobreseyó definitivamente a favor del Dr. Cuesta Angel, sea confirmada.

Consideraciones de la Sala

El análisis que con todo detenimiento ha hecho la Sala de los elementos de juicio allegados a este proceso, permite deducir desde un principio que el Tribunal **a quo** no tuvo en cuenta la norma jurisprudencial de esta Corporación, insistentemente mantenida, de que para poder juzgar la conducta de un abogado según el procedimiento de la ley 69 de 1945, es fundamental la demostración de que el sujeto pasivo de la acción posee efectivamente aquella calidad, demostración que consiste en la copia de la matrícula y la certificación de la inscripción del profesional ante el respectivo Tribunal.

Esta norma que ahora reafirma la Sala, fue aplicada recientemente en el fallo proferido en el juicio sumario contra Julio Salinas Micolta por faltas graves contra la ética profesional, fallo fechado el 10 de marzo en curso. Quedó allí expuesto lo siguiente:

"Antes de avocar a fondo el estudio de la queja según las pruebas aportadas al juicio por las partes, es indispensable resolver la cuestión planteada en primer lugar por el señor Procurador en los párrafos que atrás se han dejado transcritos.

"Ciertamente, las penas señaladas por el Art. 8º de la Ley 69 de 1945 se impondrán "a los abogados que cometieren faltas leves contra la delicadeza o el decoro profesionales"; y las que determina el Art. 9º ibidem se aplican para castigar 'las faltas graves cometidas por los abogados en ejercicio de su profesión'. Las primeras, como lo tiene expuesto esta Sala, son aquellas que no alcanzan a quebrantar ciertas normas que amparan directamente el manejo de un negocio judicial; las segundas son las que implican 'un quebrantamiento de disposiciones expresas en que la ley señala límites que no puede traspasar el abogado...' (G. J. Nº 2153, pág. 231). En ambos casos, pues, la ley exige expresamente que el sujeto pasivo de la acción tenga una calidad esencial: la de abogado. Y es obvio que esta exigencia responde a la finalidad misma de las disposiciones, que es la de cerrar el paso a procederes indelicados o indecorosos en el ejercicio de la profesión, protegiendo así a quienes se sirven de los profesionales para la defensa de sus intereses, desde luego que el comportamiento moral del abogado tiene directas implicaciones en el desempeño de sus obligaciones como tal. De ahí que en las investigaciones que sumaria y brevemente se adelanten para dar aplicación a aquellas nor-

mas, **debe aparecer plenamente demostrada la calidad de abogado de la persona acusada** (subraya ahora la Sala), porque si ésta no tiene dicha calidad se hacen improcedentes las precitadas disposiciones; es decir que, con respecto a ellas, nada a fondo puede resolverse en favor o en contra de la persona contra la cual se ha establecido la queja, porque mal podría condenársele por indelicada o indecorosa, o absolvérsele de los cargos, si no tiene real y legalmente la calidad de abogado. Faltaría, en ese evento, uno de los presupuestos esenciales de esta especialísima acción".

En verdad, no aparece en los autos debidamente acreditada la calidad de abogado titulado del Sr. Héctor Cuesta Angel, ya que no se allegó a los autos la copia de su matrícula ante el Tribunal de Medellín, mucho menos su inscripción ante dicha corporación ni en el Juzgado 1º del Circuito de Andes.

En las certificaciones expedidas por los Jueces 1º y 2º Civiles del Circuito de Andes se habla de que el señor Cuesta Angel ha venido ejerciendo la profesión de abogado ante dichos funcionarios; mas esta simple afirmación no constituye la prueba apropiada a casos como el presente.

Siendo, pues, la prueba de la calidad de abogado el punto de partida para decidir negocios de la índole del presente, y faltando en el expediente el documento o documentos demostrativos de dicha calidad con relación a la persona acusada, resulta a todas luces improcedente entrar a calificar en el fondo la acción de que se trata. Lo indicado en las presentes circunstancias es, lógicamente, revocar el fallo consultado, y devolver los autos al Tribunal de origen.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, REVOCA la sentencia materia de la presente consulta, y dispone en su lugar devolver los autos al Tribunal Superior de Medellín, para los fines a que haya lugar.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial, y devuélvase el proceso.

Aníbal Cardoso Gaitán — Manuel Buenahora. Roberto Goenaga — Camilo Rincón Lara—Jorge García Merlano, Secretario.



ACCION SOBRE PAGO DE LOS CANONES QUE SE ADEUDAN EN UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO Y DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR DETERIORO DE LA COSA ARRENDADA—PRUEBA DE QUE SE ADEUDAN DICHOS CANONES. — COSTAS JUDICIALES

1.—Demostrada la existencia de la obligación, le corresponde al demandado probar que ella se ha extinguido por solución o pago efectivo, o por cualquier otra causa legal, conforme al principio establecido por el artículo 1757 del C. C. A este respecto la Corte, analizando la naturaleza del contrato de arrendamiento, ha sostenido: "Aunque el contrato de arrendamiento es bilateral, cumplida por el arrendador la obligación inicial de entregar la cosa arrendada, él dá acción ejecutiva para el cobro de los cánones que adeuda el arrendatario, según afirmación del arrendador, siempre, se entiende, que el documento haya sido reconocido por el deudor y éste no pruebe que el arrendador dejó de cumplir las demás obligaciones de su incumbencia. Cuando se demanda el pago de los cánones que adeuda el arrendatario, conviene anotar que, para acreditar la existencia de la deuda, no incumbe al arrendador probar que el arrendatario no pagó los cánones a que se contrae la demanda o cobro, una vez que los hechos negativos de negación absoluta, no son susceptibles de prueba (prueba directa). Bástele al arrendador afirmar que no se le han cubierto los arrendamientos correspondientes a determinado lapso de tiempo para que haya de presumirse verdadero tal hecho, en tanto que el arrendatario no presente prueba del hecho afirmativo del pago". (G. J. XXXVI, 139).

2. — No sirve para liberar al demandado del pago de los arrendamientos la alegación de que no se han presentado las cuentas de cobro legalizadas, pues si la acreencia existe, la manera como haya de cobrarse administrativamente es independiente del reconocimiento judicial que se haga.

3.—La Nación no puede ser condenada en costas por mandato del artículo 576 del Código Judicial.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales—Bogotá, marzo veintiuno de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

En demanda presentada el 25 de noviembre de 1954, el señor Rafael Gutiérrez Hoyos, por medio de apoderado, expuso los siguientes hechos:

"**Primero**—Mi poderdante, señor Gutiérrez Hoyos fue dueño de una finca territorial rural, consistente en una edificación de dos plantas y su correspondiente solar, ubicada en el paraje de 'Italia', fracción de 'San Juan', municipio de Santa Rosa de Cabal, en el kilómetro 39 de la carretera Manizales-Pereira, alinderado todo así: 'del mojón que está al pie de un árbol quiebrabarriga en el camino viejo que conduce a Guacas, por un alambrado lindero con terreno del doctor Jaime Isaza, a un sauce que hace esquina; de aquí, volteando en línea recta a la carretera que conduce a Manizales; siguiendo por la carretera hacia Santa Rosa, encerrando la casa, al camino de Guacas y por el camino hasta el mojón, al pie del árbol 'quiebarriga', primer lindero.

"**Segundo.**—Por medio de documento firmado en Manizales el primero de febrero de mil novecientos cuarenta y nueve, mi poderdante señor Gutiérez Hoyos arrendó el inmueble a la Nación, representada por el señor Ingeniero contratista de la pavimentación de la carretera Manizales Cartago y con la correspondiente aprobación del Ministerio de Obras Públicas, a razón de ciento cincuenta pesos mensuales.

"**Tercero.**—La Nación ocupó la propiedad a que se hace referencia el mismo día en que se suscribió el contrato y desde esa fecha, por voluntad del contrato, se devengaron los arrendamientos, hasta el nueve de mayo de mil novecientos cin-

cuenta y dos, en que fue restituída la propiedad al arrendador, mediante entrega judicial verificada por el señor Juez Municipal de Santa Rosa de Cabal, en cumplimiento de la comisión conferida por el H. Tribunal Superior de Manizales.

"**Cuarto.**—A la fecha de la entrega del inmueble, la Nación quedó a deber, por concepto de arrendamientos al precio estipulado, la suma de **tres mil ciento cincuenta pesos** ($ 3.150.00), o sea lo correspondiente al tiempo comprendido desde el mes de septiembre de mil novecientos cincuenta, inclusive, hasta la fecha en que se verificó la entrega, o sea un lapso de veintiun meses.

"**Quinto.**—El señor Gutiérrez Hoyos se vio precisado a demandar la entrega judicial de la propiedad arrendada, y todo debido a que no logró obtener la restitución por medios amistosos. La acción se ventiló ante el H. Tribunal Superior de Manizales y al verificarse la restitución, el señor Juez Municipal de Santa Rosa, comisionado para el efecto, constató en la diligencia, por ante el señor Personero Municipal, presente en el acto, las malas condiciones o pésimo estado de la casa; escalinatas, aleros, puertas, ventanas, paredes semidestruídas, arrasados los sembrados, a más de la desaparición de la red de alumbrado, tal y como a continuación se expresa:" (aquí el detalle de los daños).

Con fundamento en estos hechos pide el demandante que, por los trámites del juicio ordinario de única instancia, se hagan por la Corte las siguientes declaraciones:

"1º — Que la Nación está en la obligación de pagar, dentro del plazo que se le señale, a favor del señor Rafael Gutiérrez Hoyos, la suma de tres mil ciento cincuenta pesos ($ 3.150.00), valor de los arrendamientos pendientes, o en subsidio, lo que resulte probado en el juicio.

"2º — Que la Nación está en la obligación de pagar al mismo señor Gutiérrez Hoyos, la suma de trescientos cincuenta pesos ($ 350.00), monto de las costas en el juicio de lanzamiento que hubo de adelantar para ver de lograr la restitución del inmueble.

"3º — Que la Nación está en la obligación de pagar al nombrado señor Gutiérrez Hoyos, la suma de tres mil quinientos pesos ($ 3.500.00), valor de los perjuicios por daños ocasionados en el inmueble, o precio de las reparaciones que fue necesario emprender. En subsidio, el monto que resultare probado en el juicio".

Como fundamentos de derecho el demandante invoca las disposiciones del Código Civil relativas al cumplimiento de las obligaciones, y las del título 26 de la misma obra que tratan del contrato de arrendamiento.

A la demanda se acompañaron los siguientes documentos: a) el contrato original de arrendamiento de que da cuenta el libelo, suscrito el 1º de febrero de 1949 por Rafael Gutiérrez Hoyos como arrendador, Efraím Villegas como representante de la Nación en su carácter de ingeniero contratista de la carretera Manizales-Cartago, Alejandro Castillo R. como interventor, y por dos testigos. Además la constancia de su aprobación por parte del Ministerio de Obras Públicas. b) Copias autenticadas de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio de lanzamiento seguido por Rafael Gutiérrez Hoyos contra la Nación, y de la diligencia de entrega del inmueble al demandante. c) Copia debidamente autenticada de la providencia que desató un incidente de excepciones en el juicio ejecutivo seguido por la Nación contra Rafael Gutiérrez Hoyos ante el mismo Tribunal. d) Original de una carta fechada el 18 de marzo de 1951, dirigida por el ingeniero contratista de la carretera, doctor Villegas, al señor Gutiérrez Hoyos, en la que le dá cuenta de las gestiones que ha realizado ante el Jefe de la Zona de Carreteras de Manizales, a efecto de que se proceda a ejecutar varias reparaciones a la casa objeto del arrendamiento; y e) copias de otras comunicaciones.

Admitida la demanda y corrido el traslado de ella al señor Procurador Delegado en lo Civil, éste la contestó oponiéndose a la acción. Negó, por no constarle, los hechos primero, tercero y cuarto; y en relación con el segundo y quinto, expresó atenerse a los términos y validez del contrato de arrendamiento y al mérito de las copias allegadas con la demanda.

Durante el término probatorio del juicio se decretaron, a petición del demandante, diversas pruebas, de las cuales se practicaron las siguientes: reconocimiento por parte del ingeniero Efraím Villegas J. del contenido y firma del contrato de arrendamiento y de la carta original acompañados a la demanda; certificación del Ministerio de Obras Públicas sobre los contratos celebrados entre esa entidad y el ingeniero Villegas para los trabajos preliminares y pavimentación de la carretera Manizales-Cartago; Diario Oficial, auténticado, en que corre publicado el contrato sobre pavimentación de la vía Manizales-Cartago, cele-

brado por la Nación con el ingeniero Villegas; y por último, recepción de los testimonios de los señores Gonzalo García, Antonio Arcila, Antonio Patiño e Isidro Escobar.

La parte actora se abstuvo de alegar de conclusión. La Procuraduría lo hizo en oportunidad. Con la citación de las partes para sentencia quedó cerrado el debate y ha llegado el momento de fallar, anotándose previamente que no existe nulidad que invalide lo actuado y que el demandante ha cedido el crédito litigioso a que se contrae el juicio al señor Luis Gerardo Acosta.

Consideraciones de la Sala

El señor Rafael Gutiérrez Hoyos ha demostrado que el primero de febrero de 1949 dio en arrendamiento a la Nación, representada por Efraím Villegas J., ingeniero contratista de la pavimentación de la carretera Manizales-Cartago, una casa de dos plantas situada en el paraje denominado "Italia", fracción de San Juan en el municipio de Santa Rosa de Cabal —Caldas—; que el término de la duración del contrato fue de un año prorrogable, y que la Nación se obligó a pagar como canon de arrendamiento la suma de ciento cincuenta pesos por cada mensualidad vencida. El documento en que consta el contrato, visible a folios 6 y 7 del cuaderno de pruebas, ha obrado en autos con conocimiento de la parte obligada sin ser objeto de tacha alguna, y además fue reconocido judicialmente por quien lo suscribió en nombre de la Nación, todo lo cual le dá el valor de plena prueba acerca de sus estipulaciones.

Ha demostrado igualmente el demandante que obtuvo la restitución del mencionado inmueble mediante juicio de lanzamiento que hubo de adelantar contra la Nación ante el Tribunal Superior de Manizales, y por virtud de la entrega judicial que le hiciera el Juzgado Municipal de Santa Rosa de Cabal, comisionado por el Tribunal para el efecto, el 10 de mayo de 1952. Constan estos hechos en la copia auténtica de las providencias correspondientes, visibles a folios 5 vto. a 7 del cuaderno principal.

La acción que con base en estos documentos ejercita el actor es la condena al pago de varias sumas de dinero provenientes de arrendamientos debidos, costas del juicio de lanzamiento mencionado y perjuicios por daños al inmueble de su propiedad. El derecho a estas prestaciones y la prueba de que realmente se causaron, será la materia que resta por examinar en la solución del litigio.

Arrendamientos

El señor Procurador Delegado en lo Civil en su alegato de conclusión expresa de modo general que el actor no aportó al juicio la prueba plena y completa de los hechos relacionados en el libelo "a excepción del contrato de arrendamiento celebrado con el señor Efraím Villegas J., representante del Gobierno Nacional". Y agrega: "La primera petición de la demanda, por ejemplo, se refiere al pago de cánones de arrendamiento pendientes, pero el demandante no solamente no demostró que la Nación le adeudara suma alguna por este concepto, sino que tampoco demostró que él hubiera presentado a su debido tiempo las cuentas de cobro correspondientes debidamente legalizadas, tal como se estipula expresamente en la cláusula 3ª del contrato de arrendamiento...".

No discute el representante de la Nación el derecho del arrendador a percibir la renta estipulada por todo el tiempo en que la arrendataria tuvo la finca en su poder a ese título, tiempo que, según los documentos relacionados, corrió desde el 1º de febrero de 1949 hasta el 10 de mayo de 1952, fecha en que expiró el contrato por virtud de la sentencia de lanzamiento dictada por el Tribunal de Manizales y su ejecución por el Juzgado Municipal de Santa Rosa. La obligación de pago es por tanto indiscutible. Pero el señor Procurador alega que el actor no ha probado la deuda y que por consiguiente la declaración pedida en la demanda sobre el particular debe negarse.

Considera la Sala que, demostrada como está la existencia de la obligación, le corresponde al demandado probar que ella se ha extinguido por solución o pago efectivo, o por cualquiera otra causa legal, conforme al principio establecido por el artículo 1757 del Código Civil. A este respecto la Corte, analizando la naturaleza del contrato de arrendamiento a la luz de las disposiciones que lo gobiernan, ha sostenido: "Aunque el contrato de arrendamiento es bilateral, cumplida por el arrendador la obligación inicial de entregar la cosa arrendada, él dá acción ejecutiva para el cobro de los cánones que adeuda el arrendatario, según afirmación del arrendador, siempre, se entiende, que el documento haya sido reconocido por el deudor, y éste no pruebe que el arrendador dejó de cumplir las demás obligaciones de su incumbencia. Cuando se demanda el pago de los

cánones que adeuda el arrendatario, conviene anotar que, para acreditar la existencia de la deuda, no incumbe al arrendador probar que el arrendatario no pagó los cánones a que se contrae la demanda o cobro, una vez que los hechos negativos de negación absoluta, no son susceptibles de prueba (prueba directa). Bástele al arrendador afirmar que no se le han cubierto los arrendamientos correspondientes a determinado lapso de tiempo para que haya de presumirse verdadero tal hecho, en tanto que el arrendatario no presente prueba del hecho afirmativo del pago". (G. J. Tomo XXXVI, pág. 139).

Por consiguiente, en el caso de estos autos no tiene eficacia la simple negativa de la deuda "para que se pruebe", según la expresión usada por la Procuraduría en la contestación de la demanda, porque tal negativa envuelve la afirmación del hecho contrario, es decir, equivale a plantear la excepción de pago o extinción de la obligación, y por ende, el que la hace, corre con la carga de la prueba.

Tampoco es valedera ni sirve para liberar al demandado del pago de los arrendamientos, la alegación de que no se han presentado las cuentas de cobro legalizadas, pues si la acreencia existe, la manera como haya de cobrarse administrativamente es independiente del reconocimiento judicial que se haga.

Estas razones llevan a la Sala a concluir que, puesto que la Nación no ha demostrado la extinción de la deuda por concepto de cánones de arrendamiento, la respectiva petición de condena debe prosperar.

Daños al inmueble

Para probar los daños al inmueble, que se relacionan en el hecho 5º de la demanda, el actor, a más de la presentación del documento que recoge el contrato de arrendamiento, en donde aparece que la Nación se obliga a devolver la casa en "el mismo estado en que la recibió salvo el deterioro natural causado por el uso legítimo y decente de la propiedad", adujo también la copia del acta de la diligencia de lanzamiento, en la que sobre el particular se expresa: "...estando presente el doctor Carlos Mejía Vieira, el suscrito Juez le entregó el inmueble arriba alinderado, quien hizo los siguientes reparos: ...quiero que se deje constancia en esta diligencia de que en la casa se encuentran en pésimo estado los servicios sanitarios, es decir, inodoro, baño y lavadero; en las mismas condiciones dos escalas de madera que dan al piso alto de la casa. También faltan en dicho piso el fogón y el lavadero o lavaplatos de la cocina que se dice es o era de cemento en perfecto buen estado; falta igualmente la llave del agua, tampoco existen los alambres de luz, ni las instalaciones eléctricas; en pésimo estado las dos portadas de madera que dan entrada al piso alto de la casa; no hay llaves en las cerraduras; las puertas y aleros deteriorados; el patio se encuentra en completo abandono pues está enyerbado en su totalidad. En cuanto al piso bajo también se encontró las puertas sin llave; una pared del garage se encuentra en pésimo estado hasta el punto de que hay que reconstruírla. También falta la llave de la cerradura de la puerta del citado garage y por último las cercas que dan hacia la carretera en mal estado. Como el suscrito (Juez), para esta diligencia hiciera comparecer al señor Personero Municipal, en su carácter de representante de la Nación, en el presente caso, dicho señor en la persona de Adán Arias C. constató como ciertos los reparos que al respecto hizo el doctor Mejía Vieira" (fl. 7).

También trajo el demandante a los autos los testimonios de los señores Gonzalo García, Antonio Arcila, Antonio Patiño e Isidro Escobar, quienes, en su orden, declaran:

Gonzalo García (f. 21): "Es un hecho cierto que yo conocí muy bien la finca de don Rafael Gutiérrez y la conocí porque yo viví como vecino unos nueve meses; la finca se componía de un solar sembrado de café, plátano y árboles frutales. El solar era de unas dos cuadras y la casa de habitación era de dos plantas y se encontraba en buen estado. Cuando le entregaron esa casa a la Nación se encontraba en buenas condiciones, es decir, tenía instalaciones de luz eléctrica, agua, puertas, ventanas, en fin en buenas condiciones de servicio; esto lo puedo decir porque yo ví la casa cuando la tomó a su servicio. Cuando la propiedad le fue devuelta a Gutiérrez, me consta porque yo lo ví y presencié con mis propios ojos, que la sementera había desaparecido en su totalidad, ya que en el solar no había sino balasto, piedras, maderas y materiales de construcción; en cuanto a la casa puedo decir que también se encontraba en pésimas condiciones, ya que a mí me tocó hacerle muchas reparaciones...".

Antonio Arcila (f. 19 vuelto): "....por el conocimiento que tengo de esa propiedad me consta que cuando se la entregaron a la Nación es-

taba en perfectas condiciones; con instalaciones completas de luz y agua; puertas, ventanas y paredes en buen estado, pintada y lista para el servicio a que se iba a destinar...; tenía cultivos de café, plátano y árboles frutales, como naranjos, zapotes, aguacates y otros muchos..., de todo lo cual no se encuentra hoy nada, solamente he observado que donde estaban estas plantaciones se encuentra lleno de balasto y arenas y se depositaban materiales para la carretera...".

José Antonio Patiño H. (f. 15): "...conozco la propiedad que fue de don Rafael Gutiérrez Hoyos. Es cierto yo observé la referida propiedad después de que fue entregada por la Nación y pude constatar que la casa estaba en muy mal estado, con las pinturas deterioradas, sin instalaciones de luz y con las aguas en pésimas condiciones, sin fogón, sin lávadero y sin lavaplatos que antes tenía, el baño completamente destruído, algunas cerraduras en mal estado y otras habían desaparecido. Es verdad que yo estuve también reparando no sólo los daños anteriores sino también las cercas de la propiedad que estaban en el suelo".

Isidro Escobar (fs. 15 vuelto y 16). Este testigo depone en los mismos términos del anterior.

Refiriéndose a este punto de la acción, el señor Procurador hace la siguiente observación:

"El demandante no demuestra plenamente en el juicio los hechos en que apoya esta solicitud: no demuestra los daños causados al inmueble ni el precio de las reparaciones a que se refiere. Los testimonios recibidos a los señores José Antonio Patiño, Isidro Escobar, Antonio Arcila y Gonzalo García, son vagos e imprecisos por una parte, y por otra, estima la Procuraduría que no constituyen por sí solos plena prueba acerca de los hechos sobre los cuales deponen porque dejan en el ánimo una rara impresión de uniformidad literal que da base para sospechar con algún fundamento la falta de naturalidad y espontaneidad en los deponentes... No está por demás anotar aquí que el contrato de arrendamiento se refiere únicamente a "una casa de dos plantas", y el actor en el libelo hace referencia a un solar, a un jardín y a una plantación de café y árboles frutales, los cuales según se determina en el hecho 5º, fueron destruídos por el arrendatario".

Prescribe el artículo 2005 del Código Civil: "El arrendatario es obligado a restituir la cosa al fin del arrendamiento. Deberá restituírla en el estado en que le fue entregada, tomándose en consideración el deterioro ocasionado por el uso y goce legítimo. Si no constare el estado en que le fue entregada, se entenderá haberla recibido con regular estado de servicio, a menos que pruebe lo contrario. En cuanto a los daños y pérdidas sobrevenidos durante su goce, deberá probar que no sobrevinieron por su culpa, ni por culpa de sus huéspedes, dependientes o subalternos, y a falta de esta prueba será responsable".

El contrato de arrendamiento celebrado entre el señor Gutiérrez Hoyos y la Nación tiene sobre el particular la siguiente cláusula: "El Gobierno Nacional se obliga a entregar al vencimiento del contrato, la casa en mención, en el mismo estado en que la recibió, salvo el deterioro natural, causado por el uso legítimo y decente de la propiedad", es decir, que conforme a la norma transcrita (artículo 2005), debe entenderse haberla recibido en regular estado de servicio. A más de esta presunción, se encuentran los testimonios de los señores Gonzalo García y Antonio Arcila, quienes acordemente declaran que el inmueble, conocido por ellos antes del arrendamiento, se encontraba en buenas condiciones; con instalaciones de luz y agua completas, puertas y ventanas en buen estado; y agregan que el solar tenía plantaciones de café, plátanos y otros árboles frutales.

Por lo que hace a los daños se tiene: aunque el funcionario que practicó el lanzamiento no expresa en el acta textualmente haber verificado él los hechos relativos al estado del inmueble, sino que transcribe la constancia dejada por el apoderado del arrendador, anota en cambio lo siguiente: "Como el suscrito, para esta diligencia hiciera comparecer al señor Personero Municipal, en su carácter de representante de la Nación en el presente caso, dicho señor en la persona de Adán Arias C., constató como ciertos los reparos que al respecto hizo el doctor Mejía Vieira". De esta transcripción debe destacarse el hecho de que el funcionario no hizo reparo alguno a la constancia del apoderado ni a la verificación hecha por el Personero, lo que indica que todo el personal que concurrió a la diligencia, aunque el Personero no tuviera la representación de la Nación, comprobó el estado del inmueble, o mejor, los daños o deterioros causados en él. A esto se agrega lo dicho por los testigos Patiño y Escobar, o sea, que por haber intervenido posteriormente en las reparaciones les consta que la casa estaba en mal estado, con las pinturas deterioradas, sin instalaciones de luz, sin fogón, sin la-

vaplatos, cerraduras dañadas, etc. También es indicio atendible de la existencia de los daños lo expresado por el propio ingeniero Villegas en su carta a don Rafael Gutiérrez Hoyos, fechada el 29 de junio de 1951 (fs. 8 a 10, cuaderno de pruebas), en la que le transcribe la dirigida por él al señor Ingeniero Jefe de la Zona de Manizales en relación con la casa, y en donde le dice a éste: "Tuve oportunidad de visitar esta casa en compañía de su dueño, señor Rafael Gutiérrez Hoyos, quien reclama el arreglo de ella en la forma siguiente: Colocación de un lavaplatos en la cocina. Cinco instalaciones eléctricas. Reconstrucción del mostrador de la tienda en el piso bajo. Arreglo del sanitario. Cercas del patio. Como desafortunadamente la Zona tiene gran parte en estos daños, hemos convenido...". La nota puesta al pie por la Jefatura de la Zona dice: "Se aceptan las condiciones de la carta con las siguientes salvedades: serán por cuenta del contratista Efraím Villegas los siguientes gastos: colocación de un lavaplatos en la cocina. Reconstrucción del mostrador de la tienda del piso bajo; arreglo del sanitario y cercas del patio.... Firmado, Alberto Huber Luna, Jefe de la Zona de Manizales".

Todo este acervo probatorio demuestra que el inmueble sufrió deterioros durante el arrendamiento. Sin embargo, es preciso anotar que de tales pruebas no se deduce en forma clara la naturaleza y magnitud de los daños. Se conoce la falta de instalaciones de luz, la destrucción de un fogón y un lavaplatos; el deterioro de dos escaleras, y en términos generales daños en las paredes, puertas y ventanas, lo mismo que la destrucción de las plantaciones del solar. Obligación del arrendatario es indemnizar los daños y pérdidas sobrevenidos durante el goce de la cosa, a menos de probar que no sobrevinieron por su culpa, conforme lo establece el artículo 2005 del C. Civil, lo que aquí no se ha intentado.

Por consiguiente, la obligación de indemnizar los daños ha de declararse en este fallo, sin determinar el monto de ella, y para que, en incidente posterior que ha de ventilarse en la forma y términos previstos por el artículo 553 del Código Judicial, se deduzca la suma respectiva.

Costas del lanzamiento

Por último, se demanda también el pago de la suma de trescientos cincuenta pesos, como valor de costas en el juicio de lanzamiento que el actor siguió contra la Nación. Esta petición no es procedente. La Nación no fue, ni podía ser condenada en costas por mandato del artículo 576 del Código Judicial.

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, falla:

1º—Declárase que la Nación está obligada a pagar al señor Rafael Gutiérrez Hoyos (hoy su cesionario, señor Luis Gerardo Acosta), dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de este fallo, la suma de tres mil cuarenta y cinco pesos ($ 3.045.00) moneda corriente, por los cánones de arrendamiento de la casa situada en el paraje Italia, fracción de San Juan del municipio de Santa Rosa de Cabal, comprendidos del 1º de septiembre de 1950 al 9 de mayo de 1952, a razón de $ 150.00 mensuales.

2º — Declárase que la Nación está obligada a pagar al mismo señor Rafael Gutiérez Hoyos (hoy a su cesionario señor Luis Gerardo Acosta), el valor de los daños ocasionados al inmueble determinados anteriormente. La cuantía de ellos se fijará mediante el trámite establecido por el artículo 553 del Código Judicial, teniendo en cuenta lo probado en este juicio al respecto, y lo que en relación con su monto se establezca en el incidente.

3º—Niégase la declaración respecto al pago de las costas del juicio de lanzamiento de que trata la petición 2ª de la demanda.

Cópiese, publíquese y notifíquese.

Aníbal Cardoso Gaitán — Manuel Buenahora. Roberto Goenaga — Camilo Rincón Lara—Jorge García Merlano, Secretario.

INCOMPETENCIA DE LA CORTE PARA CONOCER DE UNA DEMANDA CONTRA LA NACION POR LA PERDIDA DE UNAS MERCADERIAS DEPOSITADAS EN LA ADUANA DE BARRANQUILLA

Sostiene el señor Procurador que la Sala carece de competencia para conocer de este negocio que es un reclamo por indemnización de pérdidas o daños sufridos en una mercancía que fue destruída por el fuego cuando se presentó un incendio en parte del terminal marítimo de Barranquilla, estando el cargamento respectivo bajo el registro de importación de aquella aduana.

Sin quebrantar el propósito de abstenerse de "razonamientos más propios de la causa en litis ante otra jurisdicción" debe expresarse el considerando de que los asuntos vinculados con el ramo de aduanas, no obstante el argumento tan inteligente que contiene la demanda (a la cual excepciona el señor Procurador), de hallarse el origen o procedencia de este pleito, en un contrato de depósito necesario celebrado por la Nación, es imposible extender hasta el extremo la interpretación del artículo 40 del C. J., que se refiere de manera exclusiva a las controversias provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación, porque la controversia no tiene raíz u origen contractual sino que se origina en otras causas que pueden implicar responsabilidad del Estado en el manejo de mercancías que se encuentran en las aduanas por efecto de las leyes y de las disposiciones de carácter fiscal que estructuran, desarrollan o complementan medidas netamente originadas en cuestiones fiscales por razón del mencionado impuesto.

La Sala declara probada la excepción dilatoria propuesta por el señor Procurador Delegado en lo Civil, de incompetencia de jurisdicción de la Corte.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, dos de diciembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

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

El presente auto es interlocutorio de acuerdo con la definición del artículo 466 del Código Judicial, por cuanto resuelve el incidente de excepciones dilatorias; aunque está llamado a producir los efectos que señala el artículo 467 ibid., corresponde dictarlo por sí solo y bajo su responsabilidad al suscrito ponente, según la regla del artículo 46 de la misma obra y cabe, desde luego, el recurso de súplica previsto en el artículo 511.

Admitida la demanda de la sociedad colectiva de comercio **Finkelman y Shonberg** contra la Nación en auto del 20 de octubre último, al corrérsele traslado al señor Procurador Delegado en lo Civil propuso la excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción, la cual sustentó en su escrito del 7 de los corrientes.

Sostiene el señor Procurador que la Sala carece de competencia para conocer de este negocio que es un reclamo por indemnización de pérdidas o daños sufridos en una mercancía que fue destruída por el fuego el 9 de enero de 1951 cuando se presentó un incendio en parte del terminal marítimo de Barranquilla, estando el cargamento respectivo bajo el registro de importación número 627 de aquella aduana y localizado en el patio número 6 del terminal en que se presentó el incendio.

Que de acuerdo con el artículo 322 de la Ley 79 de 1931, en armonía con el artículo 2º del Decreto-Ley número 630 de 1942, sustitutivo del artículo 55 de la mencionada Ley, esa clase de reclamos se surtirán precisamente ante el Tribunal distrital de Aduanas. Dice textualmente el señor Procurador: "Si la demanda de la referencia tiene por objeto el que se declare que la Nación es responsable de la pérdida de las mercaderías depositadas en la Aduana de Barranquilla y que debe pagar el daño emergente y el lucro cesante causados por la referida pérdida, o que se declare que la Nación incumplió sus obliga-

ciones de depositaria de las mercaderías y que debe pagar los perjuicios ocasionados por dicho incumplimiento, las disposiciones del Código de Aduanas estudiadas anteriormente indican muy a las claras que la justicia ordinaria carece de competencia para conocer de la demanda porque la jurisdicción está señalada privativamente a los Tribunales de aduanas. Esa superioridad, en casos similares al presente, ha declarado su inhibitoria para conocer de los negocios por incompetencia de jurisdicción (G. J. número 1991, pág. 512 y número 1996, pág. 498)".

De ese memorial se le dio el traslado que previene la ley al apoderado de la parte actora, quien lo contestó así:

"El señor Procurador ha propuesto la excepción dilatoria de **incompetencia de jurisdicción,** por considerar que "la justicia ordinaria carece de competencia para conocer de la demanda porque la jurisdicción está señalada privativamente a los Tribunales de Aduanas. Apoya su petición en el artículo 2º del D-L. 630 de 1942, en el artículo 322, letra d) del Código de Aduanas y en cierta jurisprudencia que no transcribe, pero cita por el número de las Gacetas Judiciales. Para demostrar que esa H. Corte sí es competente para conocer del litigio propuesto, me veo forzado a efectuar un estudio de las normas constitucionales y legales que regulan la **administración de justicia** y fijan la **competencia** de los Tribunales, cosa que omitió el señor Procurador y que dista mucho de hallarse resuelta en las normas que trae en apoyo de sus pretensiones. La **Constitución Nacional** en su Título XV, **De la Administración de Justicia,** desarrolla, en lo que a esta Rama se refiere, el artículo 55 de la misma que es del siguiente tenor: "Son ramas del Poder Público la Legislativa, la Ejecutiva y la Jurisdiccional. El Congreso, el Gobierno y los Jueces **tienen funciones separadas,** pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado". De atender a las disposiciones constitucionales contenidas en el Título en mención, la **Administración de Justicia** se ejerce: 1º Por los **Tribunales ordinarios:** Corte Suprema de Justicia (arts. 147 a 151); Tribunales Superiores de Distrito Judicial (arts. 151, 153, 155 y 156); Jueces Superiores, de Circuito, de Menores, Municipales y de Instrucción Criminal (arts. 157 y 158). 2º Por los **Tribunales de Comercio** (que son los jueces especializados a que se refiere el artículo 157) y por la **Jurisdicción del Trabajo,** autorizadas ambas por el mismo artículo constitucional, que lo es el 164. 3º Por el **Jurado,** en ciertos casos (inciso 2º del artículo 164). 4º Por la jurisdicción de lo **Contencioso-Administrativo** (artículo 154). Además, el Título XVI, autoriza la **Jurisdicción Militar** (artículo 170). En parte alguna autoriza la Constitución esa pretendida **Jurisdicción Aduanera,** que no forma parte de la **Rama Jurisdiccional** y que constituye un apéndice, una dependencia de la **Rama Ejecutiva.** ¿Qué negocios puede la ley atribuir a la llamada justicia ordinaria y a las jurisdicciones especiales?", se ha preguntado la H. Corte, y ella misma ha respondido: "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... 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 creción 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...; la justicia administrativa tiene, por definición, como ámbito propio, el formado por el conjunto de reglas a que está so-

metida 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...".

"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". (Sentencia de la Corte Plena, del 20 de junio de 1955, publicada en la **Revista de Derecho Positivo**, número 6, págs. 217 y ss). Que la mal llamada 'jurisdicción aduanera' es una dependencia administrativa de la Rama Ejecutiva, lo confirma el artículo 3º de la Ley 79 de 1931, según el cual esa 'jurisdicción' tiene por finalidad 'exigir la presentación de documentos y aplicar el procedimiento que esta Ley establece sobre fijación y recaudo de derechos de aduana y sobre imposición y cobro de toda clase de multas por omisiones en el cumplimiento de esta Ley, salvo en cuanto se atribuya a otros tribunales la imposición de tales multas". El Decreto-Ley 630 de 1942, en su artículo 2º, que constituye uno de los fundamentos de la demanda por el suscrito presentada, no fija ni establece competencia. Determina sí, la responsabilidad en que incurre el Estado por la pérdida o avería de las mercaderías almacenadas en bodegas y obliga a dicho Estado a indemnizarla a menos que pruebe la fuerza mayor o la culpa del dueño de la mercancía, como en los casos de empaque defectuoso o inadecuado, o el acaecimiento de ciertos eventos, como evaporación o deterioro natural. En cuanto a la referencia incidental que en el ordinal d) del artículo 322 de la Ley 79 de 1931 se hace a 'Las reclamaciones por indemnización de pérdida o daños sufridos por la mercancía', para atribuir el conocimiento de tales reclamaciones al 'correspondiente Tribunal de Aduanas', no tiene ni puede tener el alcance que le atribuye el señor Procurador, de sustituir la competencia de los Tribunales ordinarios, más concretamente de la H. Corte, por la de un organismo netamente administrativo, parte integrante de la Rama Ejecutiva, como son los Tribunales de Aduanas, porque ello equivaldría a atribuir funciones jurisdiccionales propias, por querer del Constituyente, de la Rama Jurisdiccional del Poder Público, a la Rama Ejecutiva del mismo. En efecto, ya vimos cómo la propia Corte en Sala Plena ha definido el alcance de las normas especiales que regulan la jurisdicción de lo contencioso-administrativo y ha decidido que el contencioso de contratos, el de responsabilidad civil del Estado, de modo general, el que toca con la propiedad privada y la consiguiente indemnización por el daño causado a ésta, corresponde a la justicia ordinaria. Esto, aunque algunas normas, como el artículo 322 del C. de Aduanas, o el artículo 68 del C. Contencioso-administrativo, den la impresión —errada y fácilmente rectificable— de crear jurisdicciones especiales para decidir ciertos reclamos de los particulares que, constitucionalmente pertenecen a la justicia ordinaria.

"Tales normas no imponen a los particulares **la obligación** de sujetarse a la decisión de las entidades u organismos aduaneros o a la de la propia administración, en los casos allí señalados; es decir, no fijan la jurisdicción para conocer de las materias a que esas normas se refieren, y mucho menos descartan la competencia que de modo privativo atribuyó a la H. Corte, Sala de Negocios Generales, el artículo 40 de la L. 105 de 1931 **—posterior a la 79 del mismo año—** para conocer del contencioso de contratos sobre la administración y los particulares. Por ello no puede afirmarse que la competencia para decidir sobre tales litigios, sea de la 'jurisdicción aduanera'. Otra cosa es que los particulares, **voluntariamente**, reclamen de la propia administración de **directo** reconocimiento de sus derechos (como lo prevé el artículo 68 del C. Contencioso-administrativo), porque entonces, si el reclamo se refiere a indemnizaciones por pérdidas ocurridas en las aduanas, la decisión **administrativa** está sujeta a los Organismos aduaneros, en la forma que la ley 79 lo determina. Y que la decisión de estas entidades es **administrativa**, lo acredita el hecho de que hasta la expedición de la L. 80 de 1935 (artículo 5º), muchos años después de estar en vigencia la L. 79 de 1931, las decisiones de los pomposos "Tribunales aduaneros" eran susceptibles del recurso contencioso-administrativo, como las demás decisiones de la administración, para ante el H. Consejo de Estado (artículo 332 L. 79 de 1931). Esto indica que la ley citada no tuvo la intención de crear una 'jurisdicción especial', sino una organización administrativa, de la cual se sirve el Estado para los fines atinentes al recaudo del impuesto de aduanas, multas y sanciones por violación de las leyes y reglamentos aduaneros, sanciones por contrabando, etc., etc.

"De igual modo que la extinguida 'Prefectura de Control de Cambios', imponía —como depen-

dencia del Ejecutivo— las sanciones a quienes violaran las normas sobre control de cambios, importaciones y exportaciones, sin que a nadie se le haya ocurrido afirmar que existió entre nosotros, como jurisdicción especial, distinta de la Rama Ejecutiva, una 'jurisdicción penal de cambios' ni dar el nombre de **sentencia judicial** al fallo administrativo del suprimido Prefecto. Refiriéndose al artículo 68 del C. Contencioso-administrativo, cuya interpretación constituye un precioso auxiliar para entender el alcance de los textos del C. de Aduanas en examen, tanto porque allí se autoriza a 'demandar directamente de la administración' la reparación del daño causado por una operación administrativa, como porque ese texto, posterior a la Ley 79 de 1931, regula hoy lo atinente a los reclamos **directos** que se hagan a la administración por concepto de daños y perjuicios originados en actuaciones de la administración, dijo la H. Sala de Casación Civil, bajo ponencia del doctor Luis Felipe Latorre, el 3 de agosto de 1954 (sic): '....por el artículo 68 comentado se dio al particular un recurso de carácter indemnizatorio para ante la Administración y no para ante la jurisdicción especial. Los términos de la norma no dejan lugar a duda ya que son de diáfana claridad: no es lo mismo ejercitar una **acción contra** la Administración, que demandar 'directamente de ella' el resarcimiento a que ha lugar, que es lo dicho por el precepto.

"Parece que con el artículo 68 quiso el legislador acabar con los reclamos de la índole estudiada, en su propia fuente, mediante la indemnización inmediata. Y no habló de nulidad del acto que abre al hecho u operación material, porque la Administración reforma sus propias decisiones, pero nunca las anula. El artículo 68 es, en síntesis, un medio **opcional** valedero ante la Administración...' Lo mismo pasa en el presente caso: si el interesado reclama ante la propia administración por el daño sufrido a consecuencia de pérdida o avería de mercaderías depositadas en las aduanas, corresponde conocer de ese reclamo a los organismos aduaneros señalados por la L. 79 de 1931, cuya decisión es de carácter administrativo. En sentencias de 27 de septiembre y 2 de octubre de 1947, esa H. Sala dijo: 'Por regla general también originan acciones de derecho común todos los actos materiales constitutivos de delitos o culpas de los agentes públicos administrativos que causen daño a una persona...'. De este modo, la Corte ha restringido la Jurisdicción de lo contencioso administrativo a los **actos jurídicos** de la administración (con exclusión del contencioso de contrato) y a una sola clase de hechos materiales: la contención por daños que causen a los inmuebles los trabajos públicos, sin ocupación o con ocupación ordinaria. Por ello en las sentencias citadas, dijo: 'De esta regla quedan exceptuados los actos jurídicos de la administración de naturaleza contractual, los cuales sólo originan acciones civiles y están ligados a la competencia privativa de los tribunales comunes. El contencioso de contrato pertenece de **modo invariable** a los jueces ordinarios, ya se trate de pactos civiles o administrativos'. (G. J. Tomo 63, págs. 281 y 471). Doctrinas reproducidas por el fallo de la Casación Civil del 3 de agosto de 1954 (sic) citado".

La excepción propuesta por el señor Procurador Delegado en lo Civil está llamada a prosperar. En efecto: comenzando por señalar el fundamento constitucional de donde arranca la jurisdicción propia de los Tribunales de Aduanas, es fácil hallarlo en el artículo 47 del Acto Legislativo número 1º de 1945 en donde la expresión "y demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley" es lo suficientemente amplia para que no sea inexequible la Ley 79 de 1931.

Por lo que toca con la jurisprudencia citada en el memorial del señor apoderado de los actores puede anotarse que los pasajes que él entiende como del texto de la ponencia del señor Magistrado Luis Felipe Latorre del 3 de agosto de 1954, en realidad pertenecen a los pasajes de una vista fiscal del señor Procurador Delegado en lo Civil que puede leerse incorporada a la sentencia de la Sala de Casación Civil del 31 de julio de 1954, efectivamente bajo la ponencia del doctor Luis Felipe Latorre; el pasaje completo tomado del escrito del señor Procurador dice así:

"Pero sí me parece irrebatible la tesis central de que por el artículo 68 comentado se dio al particular un recurso excepcional de carácter indemnizatorio para ante la Administración y no para ante la jurisdicción especial. Los términos de la norma no dejan lugar a duda ya que son de diáfana claridad: no es lo mismo ejercitar una **acción contra** la Administración, que demandar 'directamente **de ella**' el resarcimiento a que ha lugar, que es lo dicho por el precepto. Parece que con el artículo 68 quiso el Legislador acabar con los reclamos de la índole estudiada, en su propia fuente, mediante la indemnización inmediata. Y no habló de nulidad del **acto** que abre paso al **hecho u operación material,** porque la Adminis-

tración reforma o revoca sus propias decisiones, pero nunca la anula. Además, como lo anota el doctor Pérez Vives, creado el acto regular que restrinja o niegue la indemnización, por hechos u operaciones materiales, mediante el reclamo directo a la Administración, ya puede accionarse ante la jurisdicción especial en demanda indemnizatoria. El artículo 68 es, en síntesis, un medio opcional valedero ante la Administración, (que excluye la consideración de vías de hecho) al lado de la acción de plena jurisdicción consagrada por el artículo 67". (G. J. número 2144, pág. 157).

La doctrina propiamente tal, sentada por la Corte en ese fallo nada tiene que ver con el problema de la competencia señalada a los Tribunales de Aduana, jurisdicción especializada perfectamente compatible con el texto de nuestra Carta citado arriba.

En cambio, sí es muy pertinente la doctrina de la Corte que invoca el señor Procurador Delegado en lo Civil, la cual se encuentra en el fallo de 18 de septiembre de 1942, con ponencia del señor Magistrado doctor Aníbal Cardoso Gaitán; allí se dijo: "Tratándose de un asunto que de hecho cayó desde su perpetración bajo la competencia del Tribunal distrital de Aduanas, ante ese Tribunal debió demandarse la reparación o indemnización pedida, de conformidad con el artículo 322, letra d) de la Ley 79 de 1931, orgánica de las aduanas". El fallo termina con el siguiente pasaje que es exactamente aplicable al caso presente:

"La Corte, con conocimiento de que se halla impedida para fallar este asunto, se abstiene de otros razonamientos más propios de la causa en litis ante otra jurisdicción, que de la acción de nulidad que se reafirma en decretar". Es verdad que aquí no se está en presencia de una nulidad que deba declararse sino de que a tiempo y por el remedio interpuesto mediante la excepción del señor Procurador se ha impedido que se adelante una tramitación viciada por incompetencia de jurisdicción, y su causal se encuentra dentro de la alternativa prevista en el segundo inciso del artículo 456 del C. J.

Sin quebrantar el propósito de abstenerse de "razonamientos más propios de la causa en litis ante otra jurisdicción" debe expresarse el considerando de que los asuntos vinculados con el ramo de aduanas, no obstante el argumento tan inteligente que contiene la demanda, de hallarse el origen o procedencia de este pleito, en un contrato de depósito necesario celebrado por la Nación, es imposible extender hasta el extremo la interpretación del artículo 40 del C. J., que se refiere de manera exclusiva a las controversias provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación, porque la controversia no tiene raíz u origen contractual sino que se origina en otras causas que pueden implicar responsabilidad del Estado en el manejo de mercancías que se encuentran en las aduanas por efecto de las leyes y de las disposiciones de carácter fiscal que estructuran, desarrollan o complementan medidas netamente originadas en cuestiones fiscales por razón del mencionado impuesto. Esta Sala en sentencia de 16 de agosto último, pronunciada en el caso de la demanda del señor Gilberto Moreno Restrepo observó que la controversia no tenía como origen el contrato mismo que la Nación hubiera celebrado sino el derecho del propietario que se veía ante el peligro de que se le desconociera; que el vocablo **proveniente** derivado del verbo provenir no puede tener sentido distinto que el que le señala el Diccionario de la lengua según el cual el verbo provenir significa nacer, proceder, originarse una cosa de otra como de su principio y que según ello el derecho cuyo reconocimiento pretendía el particular, no procedía ni se originaba como de su principio del contrato celebrado por la Nación sino justamente de actos o hechos jurídicos distintos del contrato. (G. J. número 2157-2158, pág. 316). También la sentencia del 15 de julio de 1954, relativa al reclamo del señor Diego E. Amorocho contra la Nación en un asunto de aduanas, la Sala anotó lo siguiente: "La controversia, como se ve, no es deducible ante el fuero especial donde se tramitó este negocio. Porque la Corte sólo tiene competencia, según el artículo 40 del Código de Organización Judicial, para conocer en única instancia de las provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación. Cosa muy distinta es la que aquí se contempla porque no se está en presencia de una fuente contractual de obligaciones, sino de otra cualquiera que, aunque no corresponde a la Sala calificar, hipotéticamente se afirma que pertenece al género de las obligaciones nacidas **quasi ex contractu**. (G. J. número 2144, pág. 209). Finalmente, en fallo del 19 de junio de 1954, demanda de la señora Rita Robledo de Villegas y otros contra la Nación, dijo la Sala: "Parece fácil entender, por lo demás, que una de las consideraciones implícitas en el hecho de la celebración de los contratos por la Nación, consiste en

que se juzga un acto emanado del alto gobierno que tiene su personería, y que el juez natural de esta clase de actos no puede ser sino la Corte, por razón de jerarquía constitucional. Aquí es donde radica principalmente el motivo de la excepción, de la misma manera como corresponde al Consejo de Estado conocer en una sola instancia de los asuntos contencioso - administrativos contra los actos del Gobierno". (G. J. número 2142, pág. 933).

Por lo expuesto, se declara probada la excepción dilatoria propuesta por el señor Procurador Delegado en lo Civil y consistente en la incompetencia de jurisdicción de la Corte para conocer de la demanda de los señores Finkelman y Shonberg.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y una vez ejecutoriado archívese el expediente.

Luis Enrique Cuervo A. — Jorge García Merlano, Secretario.

LA SALA MANTIENE EL ANTERIOR AUTO SUPLICADO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, siete de marzo de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Roberto Goenaga)

Se trata en esta providencia de resolver el recurso de súplica interpuesto oportunamente por el apoderado de la sociedad Finkelman & Schonberg contra el auto fechado el 2 de diciembre del año pasado, por medio del cual el Magistrado sustanciador, doctor Luis Enrique Cuervo, falló favorablemente el incidente sobre la excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción promovido por el señor Procurador Delegado en lo Civil.

Sostuvo con éxito el excepcionante, que la Corte —Sala de Negocios Generales— no tiene competencia para conocer del presente juicio por cuanto lo que en él demanda el actor es una reclamación por la pérdida de mercancías de importación que se hallaban en el terminal marítimo de Barranquilla al cuidado de las autoridades aduaneras, reclamación cuyo conocimiento y decisión corresponde al Tribunal Distrital de Aduanas, de conformidad con lo establecido en el artículo 322 de la Ley 79 de 1931, y en el artículo 2º del Decreto-Ley 630 de 1942, sustitutivo del artículo 55 de la expresada Ley.

Las razones expuestas en el auto reclamado, basadas en la doctrina que la Corte sentó sobre esta materia en fallo de 18 de septiembre de 1942 (Tomo LIV, pág. 513 de la G. J.), son estas:

"Sin quebrantar el propósito de abstenerse de 'razonamientos más propios de la causa en litis ante otra jurisdicción' debe expresarse el considerando de que los asuntos vinculados con el ramo de aduanas, no obstante el argumento tan inteligente que contiene la demanda, de hallarse el origen o procedencia de este pleito, en un contrato de depósito necesario celebrado por la Nación, es imposible extender hasta ese extremo la interpretación del artículo 40 del C. J., que se refiere de manera exclusiva a las controversias provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación, porque la controversia no tiene raíz u origen contractual sino que se origina en otras causas que pueden implicar responsabilidad del Estado en el manejo de mercancías que se encuentran en las aduanas por efecto de las leyes y de las disposiciones de carácter fiscal que estructuran, desarrollan o complementan medidas netamente originadas en cuestiones fiscales por razón del mencionado impuesto. Esta Sala en sentencia de 16 de agosto último, pronunciada en el caso de la demanda del señor Gilberto Moreno Restrepo observó que la controversia no tenía como origen el contrato mismo que la Nación hubiera celebrado sino el derecho del propietario que se veía ante el peligro de que se le desconociera; que el vocablo **proveniente** derivado del verbo provenir no puede tener sentido distinto que el que le señala el Diccionario de la lengua según el cual el verbo provenir significa nacer, proceder, originarse una cosa de otra como de su principio y que según ello el derecho cuyo reconocimiento pretendía el particular, no procedía ni se originaba como de su principio del contrato celebrado por la Nación sino justamente de actos o hechos jurídicos distintos del contrato. (G. J. número 2157-2158, pág. 316). También la sentencia del 15 de julio de 1954, relativa al reclamo del señor Diego E. Amorocho contra la Nación es un asunto de aduanas, la Sala anotó lo siguiente: 'La controversia, como se ve no es deducible ante el fuero especial donde se tramitó este negocio. Porque la Corte sólo tiene competencia, según el artículo 40 del Código de Organización Judicial, para conocer en única instancia de las provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación. Cosa muy distinta es lo que aquí se contempla porque no se está en presencia de una fuente contractual de obligaciones, sino de otra cualquiera que, aunque no corresponde a la Sala calificar, hipotéticamente se afirma que pertenece al género de las obligaciones nacidas quasi ex contractu'. (G. J. número 2144, pág. 209). Finalmente, en fallo del 19 de junio de 1954, demanda de la señora Rita Robledo de Villegas y otros contra la Nación, dijo la Sala: 'Parece fácil entender, por lo demás, que una de las consideraciones implícitas en el hecho de la

celebración de los contratos por la Nación, consiste en que se juzga un acto emanado del alto gobierno que tiene su personería, y que el juez natural de esta clase de actos no puede ser sino la Corte, por razón de jerarquía constitucional. Aquí es donde radica principalmente el motivo de la excepción, de la misma manera como corresponde al Consejo de Estado conocer en una sola instancia de los asuntos contencioso-administrativos contra actos del Gobierno'. (G. J. número 2142, pág. 933)".

Alega el reclamante que los argumentos de orden constitucional y legal expuestos por él en el escrito de oposición a la excepción propuesta no fueron rebatidos en los considerandos de la providencia suplicada, y expone nuevamente sus puntos de vista en estos términos:

"El examen de las normas constitucionales y legales que hice en mi escrito de oposición a la excepción propuesta por el señor Procurador, demostró sin que haya sido contradicho, que las entidades aduaneras, llámense administradores, capitanes de puerto, jueces o tribunales, **son dependencia del Gobierno,** por intermedio del Ministerio de Hacienda. Que esas entidades **no constituyen** una **jurisdicción independiente** con facultades jurisdiccionales, sino meramente administrativas. Por lo cual, obligar a los particulares a acudir a dichas entidades, equivale a sujetarlos a la decisión de la propia **parte interesada**...

"Repito que las normas de la Carta, que cité y analicé en mi referido escrito, en parte alguna consagran tal jurisdicción y que la ley la creó con la única finalidad de sancionar la violación de las leyes fiscales, como un **apéndice** de la Rama Ejecutiva, por cuya actividad fiscal se causó el daño cuya reparación se pide.

"... ... ...

"En los hechos que originaron este litigio, cabe distinguir dos faces: la meramente fiscal, que consiste en liquidar y recaudar los derechos de aduana sobre las mercaderías de importación. Al lado de ésta, se engendra una **relación contractual,** al asumir la **Nación** la calidad de **depositario** de las dichas mercaderías, mientras se liquidan y pagan los aludidos derechos. Y como el depósito se impone al particular, surge la figura **contractual** y está sujeta al conocimiento de la H. Corte por voluntad del legislador expresada en el artículo 40 del C. J. que no hace distingos ni sutilezas como los que contiene el auto recurrido...".

Se considera:

La lectura de las anteriores transcripciones convence de que el apoderado reclamante no ha llegado al verdadero entendimiento de la providencia materia de este recurso. En efecto, lo que en ella se sostiene no es en definitiva que la acción propuesta escape a la competencia de los jueces ordinarios, sino que, por no tratarse de una acción proveniente de un contrato celebrado entre el alto Gobierno y el particular, no es dable aplicar el precepto del artículo 40 del C. Judicial. Esta disposición no puede extenderse a cualquier clase de contratos, sino a aquellos que celebre el Gobierno Nacional, previo el lleno de todos los requisitos y solemnidades prescritas por la constitución y la ley. "Para que la Sala Civil de Unica Instancia pueda conocer de una acción dirigida contra la Nación —dijo la Corte en fallo de 18 de junio de 1941, T. LI de la G. J., pág. 138— es indispensable, conforme al artículo 40 del C. J., que la controversia se haya originado a causa de un contrato celebrado entre el actor y la Nación, mas no de relaciones meramente extracontractuales dependientes de la prestación de un servicio público".

Trátase en este caso, según se expresa en la súplica primera de la demanda, de que se declare a la Nación "responsable de la pérdida de las mercaderías a que se refiere el hecho primero de esta demanda, recibidas a título de depósito necesario por la Aduana de Barranquilla, pérdida ocurrida durante el incendio que sufrió el Terminal Marítimo de dicha ciudad, el 9 de enero de 1951"; luego la controversia no se origina de un contrato celebrado por el Gobierno Nacional, sino, como se expresa en la jurisprudencia que se acaba de transcribir, "de relaciones meramente extracontractuales de la prestación de un servicio público".

Las consideraciones precedentes, relacionadas con la competencia de la Sala de Negocios Generales de la Corte no son estrictamente necesarias para la decisión del presente recurso. Se han hecho desde un punto de vista general en que se contempla la materia. Pero se repite aquí lo que al principio de esta providencia se expone, en acuerdo con el señor Procurador Delegado en lo Civil, o sea que por virtud de la ley 79 de 1931 el conocimiento de esta clase de asuntos pertenece a los Tribunales de Aduana de modo privativo.

Están, pues, fuera de lugar los llamamientos

NO SE REPONE EL AUTO ANTERIOR

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 512 del C. Judicial, contra las providencias que resuelven un recurso de súplica, no es posible interponer otro nuevo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales—Bogotá, veintiuno de marzo de mil novecientos cincuenta y seis.

En el memorial que antecede, el señor apoderado de Finkelman & Schonberg interpone recurso de reposición del auto de fecha 7 de marzo en curso, auto por el cual la Sala resolvió el recurso de súplica que el mismo apoderado interpuso contra el proveído de 2 de diciembre del año pasado, dictado por el entonces Magistrado sustanciador doctor Luis Enrique Cuervo.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 512 del C. Judicial, contra las providencias que resuelven un recurso de súplica, no es posible interponer otro nuevo. Luego la reposición pedida es a todas luces improcedente.

En consecuencia, este Despacho DENIEGA la solicitud de que se ha hecho referencia, y dispone devolver el expediente al H. Magistrado sustanciador, para los efectos legales subsiguientes.

Notifíquese y cúmplase.

Roberto Goenaga — Jorge García Merlano,

Secretario.



que hace el señor apoderado para que la Corte rehabilite sus fueros constitucionales, a que en ningún tiempo ha renunciado. La providencia reclamada, lejos de constituir un acto de denegación de justicia, como atrevidamente lo dice el señor abogado, constituye, precisamente, una sabia decisión en pro de los principios de la jerarquía jurisdiccional y del fiel y estricto cumplimiento de la ley procedimental.

La invitación que el señor abogado del demandante le hace a la Corte a que reivindique sus fueros jurisdiccionales y falle en el fondo el negocio, no la puede aceptar la Sala porque implicaría el desconocimiento de la ley expresa que consagra una jurisdicción especial para los asuntos de aduanas. Es deber del fallador ajustarse a las normas que fijan su competencia.

Lo dicho es suficiente para que la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia resuelva, como en efecto resuelve, MANTENER el auto suplicado.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y vuelvan los autos a la Secretaría para los fines a que haya lugar.

Aníbal Cardoso Gaitán — Roberto Goenaga — Camilo Rincón Lara — Jorge García Merlano, Secretario.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

APLICACION DEL TERMINO DE DOS AÑOS DE QUE TRATA EL ARTICULO 263 DEL CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO PARA INSTAURAR LA ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR TRABAJOS PUBLICOS. — CADUCIDAD Y DE PRESCRIPCION DE LAS ACCIONES JUDICIALES

1. — El artículo 263 del C. C. A. es una disposición especial, que por su contenido tiene un alcance y finalidad en el ejercicio de las actividades jurídicas encaminadas a obtener de la justicia la reparación de la prestación debida por los perjuicios causados con motivo de la ocupación permanente de una propiedad particular, sobre la cual se ha realizado un trabajo público; dicha norma no por la claridad de sus términos es menos importante, si se toma en cuenta la trascendencia que para el demandante tiene la prueba tendiente a la demostración de los actos constitutivos de la ocupación, porque es desde la fecha de la ocupación total del predio en que principia a contarse el término de los dos años, requisito indispensable para que se estime que la demanda ha sido interpuesta oportunamente. De ahí la importancia del medio de convicción en la aplicación del precepto citado en lo que respecta a la clausura de aquel término, sin haberse cumplido con la exigencia de presentar la demanda dentro de él. Contempla, pues, el precepto mencionado un presupuesto indispensable para que la súplica implorada pueda ser considerada: el del mencionado término dentro del cual el actor debe hacer valer los derechos que el acto positivo ocasionó. Ese término lo ha fijado el legislador no por un capricho sino con el fin de limitar el tiempo dentro del cual el perjudicado pueda presentarse a la justicia en demanda de la efectividad de sus derechos, pues sería contrario al orden jurídico dejar para ello tiempo indefinido. Siendo esto así a nadie se le escapa la obvia y lógica consecuencia legal de la norma: si la acción no se inicia dentro del lapso allí fijado, ella se extingue por haber precluído el término para reclamar la prestación de ese derecho, es decir, por haber finalizado la oportunidad prevista por la ley para demandar la indemnización por tal ocupación.

2.—La extinción de la acción que por ministerio de la ley así se opera, no equivale a la figura jurídica de la prescripción porque tanto ésta como el término perentorio o prefijado son dos instituciones legales que no pueden confundirse dadas las características esenciales que las diferencian, aunque produzcan los mismos efectos relacionados con la extinción del derecho y de la acción. El término perentorio lo ha considerado la jurisprudencia como el fenómeno jurídico de caducidad, y lo ha admitido como medio de extinguir las acciones en juicio por el transcurso del tiempo. Así pues, cuando la ley consagra un término perentorio, no puede alegarse por el demandado en juicio la excepción perentoria de prescripción extintiva de la acción, sino la caducidad o expiración del término prefijado como medio de extinción del derecho que por dicha acción se reclama. Y la razón de esto estriba en que los plazos prefijados surten sus efectos y actúan de pleno derecho, sin que haya necesidad de que el demandado los oponga en sus alegaciones, porque el juez puede declararlos oficiosamente cuando quiera que aparezca que el término perentorio se ha vencido sin haberse iniciado la acción dentro de ese lapso, pues entonces se considera que la vía judicial o de derecho que la ley concede quedó clausurada, es decir caducada la acción, sin que sea dable al juzgador entrar a deducir las consecuencias del litigio, por mandato de la misma ley. Sobre este tema se ha pronunciado la Corte como puede verse en fallos de esta Sala de noviembre 8 de 1955 (LXXXII, 942), y de octubre 1º de 1944 (LXI, 587).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintiuno de marzo de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara)

El doctor Antonio José Uribe Prada, apoderado especial de las señoritas Ana Dolores y Concepción García Torres, demandó, en libelo presentado el 16 de octubre de 1948 en el Tribunal Administrativo de Santander, al Departamento de Santander y al Municipio de Rionegro a fin de que en la sentencia correspondiente se hicieran las siguientes declaraciones:

"**Primera.**—Que el Departamento de Santander y el Municipio de Rionegro son responsables, conjunta o solidariamente, o por partes iguales, de los perjuicios causados a las demandantes como propietarias de un inmueble denominado **Agua Fría** o **Santa Ana**, ubicado en comprensión municipal de Rionegro, con motivo de la construcción de la carretera que une la cabecera municipal del municipio citado con el corregimiento de su jurisdicción denominado Llano de Palmas;

"**Segunda.**—Que, en consecuencia, el Departamento de Santander y el municipio de Rionegro deben pagar a las demandantes o a su orden, dentro del término que señale la sentencia, conjunta o solidariamente o por partes iguales, el valor de los daños causados, que se estiman en la cantidad de **diez mil pesos**".

Como hechos fundamentales de la demanda expuso: que las demandantes son dueñas del predio antes citado; y que el municipio en referencia construyó para el Departamento la carretera en mención, cruzando en parte aquel predio y causando en él graves perjuicios los cuales estima en la suma de $ 10.000.00. En apoyo de la acción el doctor Uribe Prada citó los artículos 261 y siguientes de la Ley 167 de 1941.

Una vez admitida la demanda se corrieron los traslados legales y, al evacuarlos, tanto el señor Fiscal del Tribunal como el señor Gobernador del Departamento y el señor Personero Municipal de Rionegro negaron el derecho invocado y en consecuencia se opusieron a las pretensiones de las demandantes.

Abierto el juicio a prueba, fueron practicadas las que oportunamente pidieron el apoderado de las demandantes y el señor Gobernador del Departamento —las cuales obran a folios 26 a 59—. Se continuó después el trámite regular del juicio, y al alegar de conclusión propuso el señor Gobernador la excepción perentoria de prescripción extintiva de la acción, afirmando que la demanda había sido presentada después de transcurrido el término de dos años que señala el artículo 263 del C. Administrativo. Para ello se apoyó en las constancias que traen las copias de las actas por las cuales recibió el Departamento algunos kilómetros de la carretera (de las que se tratará más adelante), así como también en la fecha de la primera de tales actas.

Finalmente, después de llevar a cabo las diligencias ordenadas en auto para mejor proveer, profirió el Tribunal su fallo de fecha 30 de octubre de 1950. En él deduce que no fueron establecidos los hechos materia de la demanda, pues no se demostró la efectividad de los daños causados; que las demandantes no buscaron, oportunamente, un arreglo amigable con las entidades oficiales sobre los perjuicios alegados, y por tanto no se cumplió el precepto contenido en el artículo 82 del C. Administrativo; y que, efectivamente, confrontadas las fechas que cita el señor Gobernador en su alegato final, la acción se halla prescrita. Ante estas consideraciones niega el Tribunal las peticiones de la demanda. "Por consiguiente —concluye— absuélvese al Departamento de Santander y al Municipio de Rionegro (Santander) de los cargos y prestaciones que les fueron formulados".

En virtud del recurso de apelación que la parte demandante interpuso contra dicho fallo, se remitió el negocio al H. Consejo de Estado en donde se surtieron también, debidamente, los trámites señalados por la ley. No hubo allí solicitud de pruebas, y en su alegato de conclusión pidió el señor Fiscal, apoyándose en una sentencia de esta Corte proferida el 23 de mayo de 1951 en el juicio de Andrés García y otros contra la Nación, se declara nulo lo actuado por el Tribunal Contencioso Administrativo puesto que, indudablemente —dice—, en este negocio se controvierten "cuestiones relacionadas con la propiedad privada en cuanto ésta puede ser necesaria para servicios de interés social" y por ello su conocimiento corresponde a la justicia ordinaria y no a la contencioso administrativa.

Hallándose pues el juicio en estado de recibir el fallo correspondiente profirió el Consejo —Sala de lo Contencioso Administrativo— su auto de 25 de noviembre de 1955, mediante el cual dispuso el envío del expediente a esta Sala de Ne-

gocios Generales, teniendo en cuenta la sentencia de 20 de junio de aquel año pronunciada por la Sala Plena de la Corte.

En efecto, por dicha sentencia se declaró inexequible el artículo 269 de la Ley 167 de 1941, así como los artículos 261 a 268 inclusive, de la misma ley, pero éstos "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". Así quedaron, pues, tales acciones, fuera del conocimiento de la justicia contencioso administrativa.

Posteriormente, el 15 de febrero de este año, se dictó el Decreto-Ley 0293, por el cual se ordena pasar a la justicia ordinaria, en el estado en que se encuentren, "los juicios sobre pago de indemnizaciones por la ocupación permanente de propiedad privada inmueble con ocasión de trabajos públicos, que se hubieren iniciado ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con anterioridad al 1º de septiembre de 1955"; y se dispone, además: que tienen plena validez y efecto "las actuaciones y trámites surtidos, tanto ante los Tribunales Administrativos como ante el Consejo de Estado, y las sentencias proferidas por estas corporaciones durante la vigencia del Capítulo XXII de la Ley 167 de 1941; y que "con el exclusivo objeto de finalizar la tramitación de los juicios" que pasan a la justicia ordinaria según el mismo decreto, y de dictar en ellos las sentencias a que hubiere lugar, "la justicia ordinaria aplicará para tales procesos los artículos 261 a 268 de la Ley 167 de 1941...".

Se deja visto, por los hechos de la demanda, que en este negocio se trata de una acción judicial "por indemnización de perjuicios por trabajos públicos, con motivo de ocupación permanente de la propiedad privada por la Administración Pública"; que como demandados figuran el Departamento de Santander y el Municipio de Rionegro; y que en el Consejo de Estado quedaron agotados los trámites del juicio. Luego compete a la Sala de Negocios Generales de la Corte el conocimiento en segunda instancia. En consecuencia se procede a resolver.

Consideraciones de la Sala

Para la decisión del presente negocio debe examinarse en primer término un aspecto fundamental de preferente consideración en el caso **sub judice** y es el que se relaciona con la fecha en que ocurrió el daño o más propiamente la ocupación del predio, a causa del trabajo público, pues la determinación de aquella fecha servirá para establecer si se dio cumplimiento a la exigencia prevista por el artículo 263 de la Ley 167 de 1941 (de aplicación en este caso según el Decreto 293 citado), esto es, si la acción fue intentada dentro del término que por este ordenamiento se fija. Por eso el estudio de la Sala ha de concretarse, en primer lugar, a la prueba que sobre cuestión tan esencial suministren los autos.

La inspección ocular practicada por el señor alcalde de Rionegro en virtud del auto para mejor proveer dejó demostrado que a un kilómetro del sitio denominado La Meseta —punto inicial de la carretera que partiendo de Rionegro a Llano de Palmas—, queda el predio de "Agua Fría" o "Santa Ana" perteneciente a las demandantes; que la vía pasa por ese predio en un trayecto de dos kilómetros cien metros, y que el dicho predio está ubicado entre las abscisas K. 1 a K. 4 de la carretera. De otra parte consta igualmente que la carretera tiene una longitud de 14 kilómetros ochenta metros.

A folios 55 a 57 obran, en copia auténtica, tres actas, en cada una de las cuales el Alcalde, el Personero y el Inspector de Obras Públicas Municipales de Rionegro entregaron al ingeniero que actuaba en representación del Departamento un kilómetro de la mencionada vía. La primera de esas actas está fechada el 6 de junio de 1946; en el texto de ella se dice que el kilómetro entregado es el comprendido entre abscisas K. 1 a K. 2, pero después de las firmas aparece escrito: "2º kilómetro.—K. 13.080 a K. 12.080". Las actas 2ª y 3ª de 11 de diciembre de 1946 y 9 de abril de 1947 respectivamente, se refieren, según aclaraciones que al final de ellas hizo el ingeniero, a los kilómetros 10-080 a 11-080 y 9-080 a 10-080, en su orden. Después de la firma que autentica cada una de las copias de tales actas hace constar el Contador Jefe de Obras Públicas Departamentales: "No existen copias de las actas correspondientes a los K. 0-000 a K. 7.000 y K 13.080 a K. 14.080, **las cuales se acompañaron a las cuentas originales que reposan en la Contraloría Departamental, y que fueron cobradas en los años 1940 (diciembre), 1941 (enero a diciembre), 1942** (enero a diciembre), y 1943 (junio y julio)". (Subraya la Sala).

Las referidas constancias están demostrando plenamente que en aquellas fechas quedaron cons-

truídos y fueron entregados los kilómetros comprendidos entre abscisas 0-000 a 7-000 y 13-080 a 14-080 desde luego que las actas de entrega se acompañaron a las cuentas respectivas y porque es obvio que para cobrar los valores correspondientes a la construcción de tales kilómetros, éstos, necesariamente, tenían que estar construídos y entregados. Y como el inmueble de las demandantes está ubicado entre las abscisas 1 a 4 se concluye, lógicamente, que la ocupación total de ese inmueble por la Administración Pública se consumó antes de junio o julio de 1943, que fueron los meses en que se formularon los últimos cobros por la construcción de los precitados kilómetros; y que, en consecuencia, la demanda se presentó fuera del término legal puesto que fue recibida por la Secretaría del Tribunal **a quo** el 16 de octubre de 1948, como consta al folio 3. Esto es lo que resulta de autos; pero aun considerando el punto por el otro aspecto que plantea el señor Gobernador en su alegato a folios 77 a 79 y que prohija el Tribunal en su fallo, se llega a la misma conclusión.

En efecto, dado el caso de que fuera el kilómetro comprendido entre abscisas K. 1 a K. 2 el que realmente recibió el Departamento el 6 de junio de 1946 como se dice en el acta de entrega (fl. 55), y no el kilómetro 12-080 a 13-080 como parece deducirse de lo escrito después de firmada dicha acta, la ocupación se habría verificado entonces antes de esa fecha, desde la cual, al 16 de octubre de 1948 en que se presentó la demanda, habían transcurrido más de dos años.

Resumiendo se tiene que las demandantes incoaron su acción fuera del término de dos años prefijado por el artículo 263 del Código Administrativo, que textualmente dice:

"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".

La extemporaneidad de la presentación de la demanda fue alegada por el señor Gobernador en primera instancia como constitutiva de "la excepción perentoria de prescripción extintiva de la acción intentada por las demandantes" (folios 77 a 79). De ahí que sea procedente analizar este otro aspecto de la cuestión.

El precitado artículo 263 es una disposición especial, que por su contenido tiene un alcance y finalidad en el ejercicio de las actividades jurídicas encaminadas a obtener de la justicia la reparación de la prestación debida por los perjuicios causados con motivo de la ocupación permanente de una propiedad particular, sobre la cual se ha realizado un trabajo público; dicha norma no por la claridad de sus términos es menos importante, si se toma en cuenta la trascendencia que para el demandante tiene la prueba tendiente a la demostración de los actos constitutivos de la ocupación, porque es desde la fecha de la ocupación total del predio en que principia a contarse el término de los dos años, requisito indispensable para que se estime que la demanda ha sido interpuesta oportunamente. De ahí la importancia del medio de convicción en la aplicación del precepto citado en lo que respecta a la clausura de aquel término, sin haberse cumplido con la exigencia de presentar la demanda dentro de él. Contempla, pues, el precepto mencionado un presupuesto indispensable para que la súplica implorada pueda ser considerada: el del mencionado término dentro del cual el actor debe hacer valer los derechos que el acto positivo ocasionó. Ese término lo ha fijado el legislador no por un capricho sino con el fin de limitar el tiempo dentro del cual el perjudicado pueda presentarse a la justicia en demanda de la efectividad de sus derechos, pues sería contrario al orden jurídico dejar para ello tiempo indefinido. Siendo esto así a nadie se le escapa la obvia y lógica consecuencia legal de la norma: si la acción no se inicia dentro del lapso allí fijado, ella se extingue por haber precluído el término para reclamar la prestación de ese derecho, es decir, por haber finalizado la oportunidad prevista por la ley para demandar la indemnización por tal ocupación.

Desde luego, la extinción de la acción que por ministerio de la ley así se opera, no equivale a la figura jurídica de la prescripción porque tanto ésta como el término perentorio o prefijado son dos instituciones legales que no pueden confundirse dadas las características esenciales que las diferencian, aunque produzcan los mismos efectos relacionados con la extinción del derecho y de la acción. El término perentorio lo ha considerado la jurisprudencia como el fenómeno jurídico de caducidad, y lo ha admitido como medio de extinguir las acciones en juicio por el transcurso del tiempo. Así, pues, cuando la ley consagra un término perentorio como el que prevé el artículo 263 citado, no puede alegarse por el demandado en dicho juicio la excepción perentoria de prescripción extintiva de la acción, sino la

caducidad o expiración del término prefijado como medio de extinción del derecho que por dicha acción se reclama. Y la razón de esto estriba en que los plazos prefijados surten sus efectos y actúan de pleno derecho, sin que haya necesidad de que el demandado los oponga en sus alegaciones, porque el juez puede declararlos oficiosamente cuando quiera que aparezca que el término perentorio se ha vencido sin haberse iniciado la acción dentro de ese lapso, pues entonces se considera que la vía judicial o de derecho que la ley concede quedó clausurada, es decir caducada la acción, sin que sea dable al juzgador entrar a deducir las consecuencias del litigio, por mandato de la misma ley. Sobre este tema se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, como puede verse en el fallo de esta Sala de fecha 10 de noviembre de 1955 que a la letra dice:

"Aunque perentorio, y no de prescripción, el término indicado, quizá todavía pudiera dudarse de si fuera menester alegarlo para que se estimara en la sentencia, como parece indicarlo la doctrina acabada de citar. Pero no es así, pues lo afirmado realmente en dicho fallo no significa que el término perentorio deba proponerse a la consideración del juez lo mismo que la prescripción. Apenas se advirtió que el demandado no podía alegar ésta, "sino la expiración del plazo", lo que ya es distinto. Porque si es indiscutible que la prescripción nunca puede declararse de oficio, sino que siempre ha de alegarse, no ocurre otro tanto con el término perentorio que obra **ipso jure**, o sea, que surte sus efectos por ministerio de la ley, transcurre inevitablemente a partir del hecho señalado por la misma, y es **preclusivo**. Esta palabra —como también lo explicó la Corte— "derivada del latín **ocludere**, que equivale a ocluir o cerrar, significa la clausura, por ordenarlo una norma legislada, de las actividades que pueden llevarse a cabo, sea por las partes o por el juez, durante el desarrollo del proceso en cada una de las etapas en que la ley lo divide. Precluir, es, pues, finalizar la oportunidad legal para ejecutar determinados actos después de realizados otros o de expirados ciertos términos, por quedar prohibido a las partes el derecho a ello. (Casación civil, 16 de diciembre de 1937, G. J. T. XLVI, pág. 36)".

Esta misma Sala, en sentencia de 1º de octubre de 1944, se expresó sobre el aspecto en cuestión en los siguientes términos:

"La Ley 160 de 1936, que modificó algunas disposiciones de la 37 de 1931 y estableció otras sobre petróleos, ordena en el inciso 1º del artículo 7º que si el fallo en el juicio sumario fuese adverso a la Nación y el Gobierno insistiera en estimar que el petróleo es de ella, deberá dar las autorizaciones e instrucciones necesarias al Agente del Ministerio Público o constituir apoderados que promuevan a su nombre las acciones competentes, "las que no podrán iniciarse después de transcurridos dos años de la fecha en que fuere proferido el fallo en juicio sumario". Y en el inciso final de dicho artículo dispuso que las acciones consagradas por el derecho común, en relación con los terrenos a que se refieren las resoluciones del Ministerio así como las sentencias de la Corte Suprema de Justicia en los juicios breves y sumarios, en los casos previstos en la ley, "sólo podrán intentarse dentro de los dos años siguientes a la fecha de su ejecutoria o del registro en el Ministerio".

"La institución de esta clase de términos en la ley ha sido abundantemente estudiada por los científicos como un sistema particular de extinción de las acciones y derechos, independientemente de las regulaciones que el derecho común consagra por medio de la figura jurídica de la prescripción extintiva.

"Refiriéndose al carácter del plazo o término prefijado dicen Planiol y Ripert en su Traité Elementaire de Droit Civil:

"'Es necesario no confundir con las prescripciones los simples términos prefijados. La prescripción extingue una obligación; el término prefijado lo establece la ley para cumplir un acto determinado, que no puede ser realizado sino dentro de él, de suerte que en caso de retardo está prohibido llevarlo a cabo, y no puede realizarse útilmente el acto del cual depende la conservación del derecho o la protección de un interés. El plazo prefijado difiere, pues, de la prescripción por su objeto. Y también que no es susceptible de prolongarse ni por causa de suspensión ni por acto alguno de interrupción; el plazo prefijado corre contra todo el mundo y se cumple fatalmente a hora precisa'.

"También Josserand, en su conocida obra Derecho Positivo Francés, dice en el Tomo 2º, número 1005, lo que en seguida se copia:

"'Los plazos prefijos se rigen por un estatuto muy distinto de la prescripción:

"'1º—No admiten suspensión ni interrupción; por definición se consideran preconstituídos y se cumplen en el día fijado aunque sea feriado (sentencia del Tribunal Romnes de 27 de diciembre

de 1930), sin que su vencimiento pueda evitarse o diferirse aún por causa de fuerza mayor (Corte de Casación, sentencia de 28 de marzo de 1928). La regla latina **contra non valentem agere non currit prescriptio** es inaplicable en lo que a estos plazos concierne; 2º Con mayor razón estos plazos resultan inmodificables por la voluntad de los interesados así se trate de hacerlo en un sentido o en otro; su reducción es tan inconcebible como su prórroga; 3º No pueden ser materia de convención antes de que se cumplan ni después de transcurridos pueden renunciarse; el plazo prefijado obra independientemente y aún contra la voluntad del beneficiario (Casación Civil, sentencia de 7 de mayo de 1923, etc.); 4º El Juez puede y debe declarar de oficio los plazos prefijos; la misma ley convida a respetarlos y a hacer que se respeten; ni siquiera se necesita que hayan sido opuestos por uno de los litigantes contra el otro; actúan de pleno derecho; 5º Una vez producida la caducidad del término el derecho se extingue, en forma absoluta; queda sin aplicación la regla que dice: **quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendiem'**.

Y más adelante continúa diciendo la Sala:

"Resulta de esto que, como la prescripción es un modo de extinguir las acciones civiles por el transcurso del tiempo —según las palabras del Código— ha sido frecuente entender que toda extinción de acciones por esa causa se considera como un fenómeno de prescripción y le sean aplicables las reglas que a ésta gobiernan. Pero es obvio que existe aquí una confusión entre dos órdenes de instituciones jurídicas de características esenciales bien diferenciadas, como se ha puesto de relieve por la doctrina de los autores y las creaciones de la jurisprudencia. En efecto, al lado de la prescripción liberatoria, como medio de extinguir las acciones en juicio se admite desde hace algún tiempo y con mayores o menores reservas por parte de los tribunales de justicia el de la caducidad o término perentorio, el cual puede producir —es verdad— los mismos efectos, pero cuyos fundamentos esenciales así como su régimen en la actuación positiva del derecho son muy distintos de los que integran aquella figura jurídica. En otras palabras, y de acuerdo con esta concepción, la prescripción civil no viene a ser el único medio —sino simplemente uno de los medios jurídicos— de extinguir las acciones por el transcurso del tiempo.

"Si la caducidad —según definición de los expertos— es la extinción del derecho o la acción por cualquier causa —como el transcurso del tiempo— muy claro resulta su diferencia substancial con la prescripción extintiva o liberatoria, pues ésta, al menos dentro del lenguaje de nuestro Código Civil, sólo admite como causa para producirse cierto lapso de tiempo durante el cual las acciones no hayan sido ejercidas por el interesado (artículo 2335 ib...." (G. J. número 2040, pág. 587).

Teniendo en cuenta los anteriores razonamientos la Sala llega a las siguientes conclusiones: las demandantes en el presente juicio seguido contra el Departamento de Santander y el Municipio de Rionegro, presentaron su demanda sobre indemnización de perjuicios fuera del término de dos años a que se refiere el precitado artículo 263, según aparece de los elementos de juicio aportados al debate, analizados precedentemente, motivo por el cual el término perentorio de que se trata ha precluído para las demandantes, operándose entonces por virtud de la ley la caducidad de la acción, que el juzgador debe reconocer, sin que haya lugar por lo mismo a resolver las peticiones formuladas en el libelo. Esta caducidad excluye la excepción alegada por el representante del Departamento, la cual habrá de estimarse como improcedente según lo expuesto anteriormente.

En mérito de las consideraciones que preceden la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley RESUELVE: 1º Es improcedente la excepción perentoria de prescripción propuesta en este juicio por el señor Gobernador del Departamento de Santander. 2º Declárase la caducidad de la acción entablada por las demandantes contra las Entidades demandadas por haber sido instaurada la demanda con posterioridad a los dos años que para proponerla establece el prenombrado artículo 263 del Código Administrativo. En consecuencia niéganse las peticiones de la demanda. Sin costas.

Queda en estos términos reformada la sentencia recurrida.

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

Aníbal Cardoso Gaitán — Manuel Buenahora. Roberto Goenaga — Camilo Rincón Lara.—Jorge García Merlano, Secretario.

DENUNCIA CONTRA UN ABOGADO POR FALTAS EN EL EJERCICIO DE LA PROFESION. — PRUEBA DE LA CALIDAD DE ABOGADO

Los hechos constitutivos de faltas leves o graves contra la delicadeza o el decoro profesionales de que tratan los artículos 8º y 9º de la ley 69 de 1945, se refieren inequívocamente a actos ejecutados en ejercicio de la profesión de abogado y por quien ostenta ese título, lo que vale decir que para que se pueda configurar la infracción que en ellos se contempla, no basta la ocurrencia de los hechos así calificados en los referidos artículos, sino que se hace necesario que su realización se ejecute por quien ostenta el carácter especial de abogado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, cinco de abril de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel Buenahora)

Por vía de consulta conoce hoy la Sala de la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga con fecha 19 de agosto de 1955 y conforme a la cual se absuelve al ciudadano Luis Escobar Cruz de todos los cargos que contra la moral y la ética profesionales le fueron formulados por Rafael García Z. en denuncio de fecha 2 de agosto de 1946.

La misma sentencia absuelve también al señor Escobar Cruz de los cargos que, formulados contra él, fueron investigados oficiosamente por orden del Tribunal nombrado; ordena que se le dé cumplimiento a lo dispuesto en el inciso 2º, artículo 12 de la Ley 69 de 1945, y condena al demandante Rafael García Z. a las costas del juicio.

El extenso denuncio que dio origen al proceso lo sintetiza muy bien el señor Procurador Delegado en lo Civil, así:

"Rafael García Z., en escrito presentado personalmente el 28 de agosto de 1946 ante el Secretario del Tribunal Superior de Buga pidió la cancelación de la inscripción de abogado del doctor Luis Escobar Cruz, mayor y vecino de Buga, donde ejerce la profesión, con fundamento en los hechos expuestos en su libelo y que ofreció comprobar en el curso del juicio.

"Relata Rafael García Z. que compró un potrero por escritura número 72 de 10 de mayo de 1940 pasada en la Notaría de Andalucía, sobre el cual había unos litigios y pesaba una hipoteca. Que esta operación la hizo porque el abogado doctor Luis Escobar Cruz le garantizó el saneamiento de la finca y que le seguiría gestionando hasta obtener la anulación de la hipoteca, y también para que le fuera entregada la finca. Como efecto de la compra que hizo, Rafael García Z. presentó un memorial conjuntamente con Octavio Rojas coadyuvando la acción de lanzamiento que Samuel Pino adelantaba en el Juzgado Municipal contra Pompilio Rojas para obtener la restitución del potrero materia de la compra hecha por García Z.

"Rafael García Z. esperaba que llegara la entrega de la finca que había comprado cuando un buen día se le notificó la demanda ejecutiva con acción mixta intentada por los herederos de Ramón Pérez por medio de su apoderado doctor Carlos Moncayo Quiñones contra Octavio y Pompilio Rojas y Rafael García Z. por ser éste el poseedor inscrito de la finca, que resultó ser el potrero que compró por la escritura número 72 de 10 de mayo de 1940; finca que se encontraba afectada con un gravamen hipotecario por la suma de mil pesos y a favor de los herederos de Ramón Pérez.

"La notificación del ejecutivo con acción mixta que se hizo a García Z. preocupó a éste porque no le habían hecho conocer la existencia del crédito hipotecario a favor de Ramón Pérez que pesaba sobre el potrero que había comprado; se entrevistó con el doctor Carlos Moncayo Quiñones para que le explicara lo que ocurría, y por conducto de este mismo abogado se dio a la tarea de consultar las operaciones habidas antes sobre la finca adquirida con intervención del doctor Escobar Cruz, y por esta razón conoció la demanda ejecutiva presentada por el doctor Escobar Cruz como apoderado de Octavio Rojas contra Pompilio Rojas, la cual no prosperó porque éste

no reconoció la firma puesta en el documento fundamento de la acción intentada; el juicio ordinario de Octavio Rojas contra Pompilio Rojas; el lanzamiento de Samuel Pino contra Pompilio Rojas. También señala como fundamento de su queja contra el doctor Luis Escobar Cruz el juicio hipotecario de Octavio y Pompilio Rojas contra el propio Rafael García Z.

"También fueron materia de la investigación hecha en el juicio a que se refiere la presente vista los siguientes juicios: el de lanzamiento de Helvia Quintero de Fina contra Rafael Peña; el de lanzamiento de Emilio Quintero V. contra Kú y Cía. y Helvia Quintero de Fina; el ejecutivo de Blanca Tascón contra Kú y Cía. el ejecutivo de Dolores Moreno contra Pedro A. Hurtado; el ordinario de Dolores Moreno contra María de Jesús Herrera; el ordinario de María del Carmen Másmela contra María Luisa Hernández, Rogelio y Angel Mª Garzón; el ordinario de Gregorio Urbano contra Cipriliano Vera; el ejecutivo de Nepomuceno Jaramillo contra Marco Emilio Parra y el juicio divisorio de la comunidad de "La Rivera".

"El demandante funda su queja en los numerales 4 y 6 del artículo 10 de la Ley 21 de 1931 que dicen respectivamente: 'Haber intervenido en actos y contratos simulados'; y 'Haber ejecutado actos notoriamente atentatorios de la moral profesional' ".

Después de la ratificación bajo juramento que del denuncio hizo el señor García Z., y del traslado legal al Fiscal de la Corporación, el Tribunal abrió la causa a prueba suscitándose un extenso debate en el cual intervinieron las partes interesadas y se practicaron todas aquellas pruebas que el Tribunal consideró indispensables para el mejor esclarecimiento de los hechos.

Entre tales pruebas merecen destacarse la inspección ocular que en asocio de peritos se practicó sobre todos los expedientes que relaciona el señor Procurador; las copias que de las diversas piezas de éstos se trajeron al juicio, y la recepción de innumerables testimonios.

El Fiscal del Tribunal, después de examinar detenidamente las anteriores pruebas, llegó a la conclusión de que no se había probado ninguno de los cargos formulados al señor Escobar Cruz y pidió al Tribunal lo absolviera de ellos.

A igual conclusión llegó el Tribunal del conocimiento, previo el estudio que hizo de cada una de las pruebas presentadas por las partes y para su mejor esclarecimiento, dividió las diferentes actuaciones profesionales del demandado en tres, a saber: 1ª Las relacionadas con los juicios en los cuales el denunciante Rafael García Z. demostró tener interés jurídico; 2ª Las investigadas por iniciativa oficiosa del Tribunal y 3ª Aquellas denunciadas por petición de terceros.

Cada una de estas actuaciones fueron examinadas extensamente por el Tribunal y, como se dijo, no encontró motivo alguno que le permitiera concluir que el abogado acusado hubiera quebrantado la ética o la moral profesional.

El señor Procurador Delegado en lo Civil conceptúa igualmente que debe confirmarse el proveído objeto de la consulta.

A pesar de los abundantes elementos de juicio que se ofrecen a la Sala, no puede ésta llegar al estudio de fondo del caso **sub judice** por faltar en él la prueba específica requerida en esta clase especial de procesos, o sea la comprobación de que la persona a quien se señala como sujeto pasivo de la acción, ostenta en realidad el título de abogado en ejercicio, y de que se halla debidamente inscrito como tal.

Así lo ha venido repitiendo la Corte en fallos en los cuales se han interpretado los artículos 8º y 9º de la Ley 69 de 1945.

Es evidente que el querellado Escobar Cruz no ha negado su condición de abogado, y que a todo lo largo del expediente se hace referencia a esta circunstancia; es evidente igualmente que el propio Tribunal lo considera como tal y que en el texto de la sentencia consultada se hace la afirmación categórica de que Escobar Cruz aparece inscrito como abogado titulado, recibido en el Tribunal el 29 de noviembre de 1939, e inscrito legalmente desde el 23 de enero del año siguiente. Pero estas afirmaciones, si bien muy respetables, carecen de base probatoria en el expediente y no son suficientes para reemplazar la prueba específica requerida por la ley.

Los hechos constitutivos de las faltas leves o graves contra la delicadeza o el decoro profesionales de que tratan los artículos 8º y 9º de la Ley 69 de 1945, se refieren inequívocamente a actos ejecutados en ejercicio de la profesión de abogado y por quien ostenta ese título, lo que vale decir que para que se pueda configurar la infracción que en ellos se contempla, no basta la ocurrencia de los hechos así calificados en los referidos artículos, sino que se hace necesaric que su realización se ejecute por quien ostenta el carácter especial de abogado.

En sentencia proferida el 10 del pasado mes de marzo, dijo la Sala:

"Antes de avocar a fondo el estudio de la queja según las pruebas aportadas al juicio por las partes, es indispensable resolver la cuestión planteada en primer lugar por el señor Procurador en los párrafos que atrás se han dejado transcritos.

"Ciertamente, las penas señaladas por el artículo 8º de la Ley 69 de 1945 se impondrán 'a los abogados que cometieren faltas leves contra la delicadeza o el decoro profesionales'; y las que determina el artículo 9º ibidem se aplican para castigar 'las faltas graves cometidas por los abogados en ejercicio de la profesión'. Las primeras, como lo tiene expuesto esta Sala, son aquellas que no alcanzan a quebrantar ciertas normas que amparan directamente el manejo de un negocio judicial; las segundas son las que implican 'un quebrantamiento de disposiciones expresas en que la ley señala límites que no puede traspasar el abogado...'. (G. J. número 2153, pág. 231). En ambos casos, pues, la ley exige expresamente que el sujeto pasivo de la acción tenga una calidad esencial: la de abogado. Y es obvio que esta exigencia responde a la finalidad misma de las disposiciones, que es la de cerrar el paso a procederes indelicados o indecorosos en el ejercicio de la profesión, protegiendo así a quienes se sirven de los profesionales para la defensa de sus intereses, desde luego que el comportamiento moral del abogado tiene directas implicaciones en el desempeño de sus obligaciones como tal. De ahí que en las investigaciones que sumaria y brevemente se adelanten para dar aplicación a aquellas normas, debe aparecer plenamente demostrada la calidad de abogado en la persona acusada, porque si ésta no tiene dicha calidad se hacen improcedentes las precitadas disposiciones; es decir que, con respecto a ellas, nada a fondo puede resolverse en favor o en contra de la persona contra la cual se ha establecido la queja, porque mal podría condenársele por indelicada o indecorosa, o absolvérsele de esos cargos, si no tiene real y legalmente la calidad de abogado. Faltaría, en ese evento, uno de los presupuestos esenciales de esta especialísima acción.

"Estudiado cuidadosamente el negocio no se encuentra demostrada en él la calidad de abogado del señor Julio Salinas Micolta. Cierto que a éste se refieren el querellante, su apoderado, los deponentes y aún los mismos funcionarios que en primera instancia intervinieron en la tramitación y fallo de la queja, dándole esa calidad; pero tales referencias no sirven para comprobarla.

"Omitió, pues, el Tribunal de primera instancia 'traer a los autos —como ha debido hacerlo—, la prueba pertinente sobre la calidad de abogado del acusado Julio Salinas Micolta' como acertadamente lo dice el señor Procurador en los párrafos ya transcritos; y esa omisión es el fundamento principal de la decisión que va a adoptar la Sala, pues, como atrás se dejó planteado, tal irregularidad no permite resolver a fondo, jurídicamente, la controversia sostenida por las partes en este juicio, porque si bien es cierto que la Ley 69 de 1945 ha establecido sanciones para los abogados por faltas graves o leves cometidas contra la moral y el decoro profesionales, también lo es que la condición de sujeto activo de la infracción debe aparecer legalmente evidenciada en el proceso por medio de los elementos probatorios conducentes, según la norma legal. Si no se ha traído a los autos esa prueba, no puede decirse que la querella se haya dirigido contra el acusado con el carácter de abogado, y si esto es así, no es posible entonces deducir las consecuencias que la ley ha previsto contra los responsables de aquellas infracciones. Tal es el caso del señor Julio Salinas Micolta cuya calidad de abogado —se repite— no aparece demostrada, habiéndose tramitado así un negocio 'carente en absoluto de fundamento especial', como lo ha dicho también el señor Procurador, motivo por el cual la Sala no puede hacer, sin violar los postulados legales, las declaraciones a que se refiere la querella formulada".

En el caso de autos no existe tampoco, como ya se dijo, la prueba especial de que el ciudadano querellado es en realidad abogado con título válidamente reconocido. Como, por otra parte, se trata de una investigación iniciada en virtud de querella particular y no de una iniciada oficiosamente, no puede la Sala resolver sobre el fondo del problema que le ha sido sometido a su consideración y por lo mismo se ve obligado a revocar la sentencia consultada para resolver, en su lugar, que deben negarse las peticiones de la querella.

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, REVOCA el fallo consultado y en su lugar NIEGA las peticiones de la querella.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y oportunamente devuélvase al Tribunal de origen.

Aníbal Cardoso Gaitán — Manuel Buenahora. Roberto Goenaga — Camilo Rincón Lara — Jorge García Merlano, Secretario.

RECUSACION DE UN MAGISTRADO DE TRIBUNAL SUPERIOR POR ENEMISTAD GRAVE

1—La enemistad manifiesta sólo puede admitirse como causal de recusación, cuando aparece probado en autos un hecho o hechos en que el juez haya exteriorizado odio o animadversión contra la parte recusante y su vivo deseo de retaliación.

2—Del hecho de que una persona pierda una acción judicial, valiosa o nó, no se sigue necesariamente que en el ánimo de esa persona haya de surgir un invencible sentimiento de odio contra su contendor en la litis, y mucho menos cuando el pleito se perdió por mal encaminado. Suponerlo así, con base en ese solo hecho, es una mera aprensión. Y cuando quien perdió el pleito es un profesional de la abogacía, aquella aprensión se hace de todo punto injustificada.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales. Bogotá, nueve de abril de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Roberto Goenaga)

Por auto de 12 de enero de 1954, el Juzgado 2º Civil del Circuito de Cali aceptó la demanda promovida por el Instituto de Crédito Territorial contra Alvaro Andrade Montaño, sobre venta o adjudicación de bienes hipotecados, referente a un inmueble situado en el Municipio ya expresado.

Aquella providencia fue reclamada por el demandado, y el Juzgado, encontrando fundadas las razones del recurso interpuesto, la revocó por medio del auto de fecha 2 de abril del citado año.

El apoderado del Instituto de Crédito Territorial apeló oportunamente contra el auto últimamente mencionado, recurso que fue concedido en el efecto suspensivo, para ante el Tribunal Superior de Cali.

Repartido el negocio en esa corporación, correspondió al Magistrado Dr. Manuel de Jesús Lucio. El recurso fue resuelto en providencia de 28 de junio siguiente, cuya parte resolutiva dice así;

"En razón de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en Sala Civil Unitaria, REVOCA el auto apelado, cuyas características de procedencia, fecha y contenido quedan expresadas, para dejar subsistente, en cambio, el auto admisorio de la demanda de fecha 12 de enero del presente año.

"La consignación en efectivo de la cantidad que el Juez prudencialmente fije, para poder oír al demandado en oposición a la demanda, es ordenamiento legal que aquél debe cumplir, como lo dispone el artículo 6º Ordinal 11 del Decreto número 2476 de 1953 citado".

Con fecha 11 de agosto del año en cita, el demandado Dr. Alvaro Andrade Montaño, formula escrito de recusación contra el Magistrado doctor Lucio, al cual pertenecen estos pertinentes apartes:

"El doctor Manuel de J. Lucio no manifestó tener impedimento alguno en el negocio que adelanta el INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL contra el suscrito, como habría sido apenas elemental, dados los numerosos incidentes que ha habido entre los dos.

"Por tal circunstancia presento a ustedes formal recusación contra dicho magistrado pues no sería normal que el resentimiento o el odio determinara una decisión judicial.

"... . ...

HECHOS:

"Cuando el suscrito actuaba como Fiscal del Tribunal Superior incidió en el grave error de aceptar la recomendación del Sr. Lucio —Magistrado entonces— y procedió a nombrar a su sobrino JORGE TULIO LUCIO como escribiente de dicha dependencia.

"Entendí, equivocadamente, que tal sujeto era apto, y además, que la facultad de nombrar libremente a mis empleados no quedaría en forma alguna limitada. Jamás pensé que pudiera establecerse una especie de dilema en mi contra: tolerar al recomendado o enemistarme con el padrino.

"Forzado me ví a destituírlo y pensé que un ser apenas racional está un poco más alejado de las pasiones ciegas y que un juez y abogado siempre sabe valorar en su justo sentido los hechos.

"Tal circunstancia, y no obstante las razones justísimas que me obligaron a destituír a Jorge

Tulio ocasionó consecuencias previsibles. Empezó, desde entonces, el señor Lucio a hacer manifestaciones ostensibles de resentimiento".

Esas manifestaciones, según el escrito que se transcribe, fueron estas:

"a) El recusante fue postulado para la elección de Fiscal 1º del Tribunal de Cali —no expresa en qué año— y con ese motivo el Dr. Lucio dirigió un telegrama al señor Presidente Mariano Ospina Pérez, recomendando a otro profesional, el Dr. Antonio Reveiz Valencia.

"b) Fuí nombrado mandatario en un negocio judicial para el cobro de una deuda a cargo de una sucesión. Antes de adelantar el ejecutivo correspondiente pedí la notificación del crédito a los herederos y a la cónyuge sobreviviente. La diligencia extrajudicial respectiva se cumplió, a cabalidad, y, en efecto, fueron notificados por el señor Juez del Circuito de Palmira, en su orden, los herederos y la cónyuge. Al notificarse el crédito a la cónyuge ésta apeló, y le tocó al doctor Lucio, fallar mi primer negocio y auncuando nada podía indicar una providencia en contra, dada la modalidad intrínseca de esa diligencia extrajudicial, el señor Magistrado REVOCO. Gracias al cielo que las notificaciones ya se habían practicado y su existencia ya no dependía de la dicha decisión".

"c) Posteriormente llegó al honorable Tribunal el juicio ejecutivo que se adelantaba contra la sucesión a que antes me he referido, y, de nuevo, le tocó en reparto. Era el segundo caso judicial en que yo figuraba como apoderado. Se trataba de la apelación del mandamiento de pago, recurso interpuesto por la cónyuge sobreviviente que en la sucesión recibía gananciales. Dos competentes jueces del Circuito, coincidencialmente, habían tenido que actuar en el caso: el primero había librado la orden de pago, por la vía ejecutiva, y el segundo que, por renuncia del anterior vino a reemplazarlo en propiedad no aceptó el recurso de reposición interpuesto contra el mandamiento de pago.

"El doctor Lucio, como Magistrado ad-quem revocó la orden de pago, e interpuesto por mí el recurso de reposición, rechazó mis razones; para su íntima satisfacción tengo que reconocer que aquí sí me hizo daño el Dr. Lucio. La cónyuge sobreviviente era la única interesada en la sucesión que aún poseía bienes de ésta. Se sostuvo por el Magistrado Lucio una tesis de exción (sic)"

"d) Tiempo después el Sr. Lucio actuó contra su compañero, amigo y copartidario, Dr. Gilberto Gómez T.

"Después de una campaña de prensa, de valor entendido, y auncuando no había oído el discurso pronunciado en el cementerio por el doctor Gómez Trujillo, con ocasión de la muerte del Dr. Humberto Jordán Mazuera, y, no obstante el telegrama firmado por los abogados que en forma diáfana explicaban el sentido del discurso, que al menos bien podía servirle de referencia, resolvió ayudar a derrocar al amigo y aceptar para sí el cargo de honor que a éste se le había arrebatado".

"Posteriormente los empleados judiciales que habían formado una cooperativa para auxilios recíprocos recibieron la sorpresa del embargo de los escasos fondos que les quedaban de la administración del señor Lucio como Gerente.

"El señor Juez del Trabajo había librado mandamiento de... en favor del señor Lucio y en contra de la Cooperativa. Cobraba el Magistrado Gerente, a última hora, unos sueldos que nadie le había asignado y se había valido del procedimiento de hacer certificar la deuda del Secretario Tesorero...

"La deuda pasaba de $ 2.000.00, y los fondos de la Cooperativa dejados por el Gerente Lucio apenas sí alcanzaban para atender esa injusta aspiración.

"En esa circunstancia, y por súplica de los damnificados acepté el encargo de enfrentarme directamente al Sr. Lucio para impedir que acto de esa índole se cumpliera. Recibí poder y en las dos instancias derroté las pretensiones del ejecutante..."

Refiere que el Dr. Lucio tuvo oportunidad entonces de conocer los escritos del recusante, donde dejó expresado que "era por lo menos ilegal si no inmoral que un magistrado pidiera remuneración por limitarse a firmar unos esqueletos de préstamo..."

f) En este punto afirma el recusante que el Dr. Lucio fue condenado en costas en el ejecutivo de que trata el punto anterior.

"g) Después de defender esos dineros sagrados, y ya en la calle, el señor Lucio me demostró su enemistad manifiesta, golpeándome el hombro al cruzarme con él en la calle 10ª, con carreras 4ª y 5ª El lo tendrá que declarar así, si no lo hiciere tengo medios para establecerlo".

Al rendir el doctor Lucio el informe de que trata el Art. 444 del C. Judicial, contestó los anteriores cargos en estos textuales términos:

"A) Es falsa, la afirmación de que yo le hubie-

ra recomendado, pero ni siquiera insinuado, que nombrara a mi sobrino Jorge Tulio Lucio como escribiente de su Oficina cuando el doctor Andrade desempeñó la Fiscalía del Tribunal, a que él se refiere en este punto.

"Conozco el impedimento legal, y también tengo conciencia del moral, en que me hallaba para hacer tal recomendación o siquiera insinuación, y ni siquiera pensé en ello.

"... ... .

"Supe después que mi sobrino había optado por renunciarle el puesto que con el interés expresado y por su propia iniciativa y conveniencia le había dado..."

"a) No es verdad que haya firmado telegrama de recomendación para el doctor Antonio Reveiz Valencia cuando su nombre estuvo en competencia con el doctor Andrade para la Fiscalía del Tribunal.

"Lo único que ocurrió al efecto fue que cuando el Dr. Reveiz elegido ya, pidió al Tribunal la confirmación del nombramiento, me opuse a ella dejando constancia de mi oposición, porque la prueba relativa a la edad del doctor Revéiz era deficiente y dudosa".

"... . ...

"Los casos que enumera bajo las letras b) y c) con visos de probanza en el sentido indicado, son casos judiciales, que me correspondió decidir como Magistrado, por repartimiento. Fueron resueltos según la ley y el derecho aplicable, y la apreciación que de ellos me formé, sin consideración a la persona del Dr. Andrade..."

"... ... ...

"d) En cuanto al asunto tratado en este punto manifiesto:

"Por antigüedad y por méritos me correspondía la presidencia del Tribunal en el período respectivo. Por desprendimiento resolví cedérsela al Dr. Gilberto Gómez Trujillo, que era el más joven de los Magistrados y necesitaba de cierto reclamo ante el público en la Magistratura".

Explica luego lo ocurrido con motivo del discurso del Dr. Gómez Trujillo en el Cementerio de Cali, discurso que califica de imprudente. Dice que fue comisionado para insinuar a su colega doctor Gómez Trujillo que renunciara a la Presidencia del Tribunal, insinuación que dicho magistrado aceptó ante la comisión, pero que burló después. Termina expresando que el Dr. Gómez Trujillo, en vista de tal actitud, fue destituído de su cargo por el Tribunal, decisión que fue confirmada por la Corte, pues decidió suspender temporalmente al Dr. Gómez T. de su cargo.

De todo esto deduce el magistrado recusado que en realidad de verdad esos hechos en nada perjudicaron directa ni indirectamente al Dr. Andrade Montaño.

"Lo de la Cooperativa que el doctor Andrade trae a cuento bajo el aparte e) de su acta de acusación, tal vez añorando su perdida fiscalía, es lo siguiente:

"El Secretario de la Cooperativa, señor Moisés Collazos, abusivamente dispuso de los fondos de la sociedad. Debido a esto y a tiempo que él retiraba mensualmente sus sueldos, yo no pude hacer lo mismo, sino en parte, con los míos que me los fijó en forma reglamentaria y legal, la Cooperativa de Empleados Judiciales de Bogotá, de la cual era sucursal la que yo dirigía en esta ciudad, y a que me vengo refiriendo...

"Se trató de formar una nueva Cooperativa independiente de la de Bogotá, y entonces reclamé los sueldos devengados legítimamente, pero no cobrados en su totalidad, por la causa expresada. Se supo entonces que la Cooperativa que yo dirigía había sido desfalcada en sus fondos por el Secretario de la misma, señor Collazos, a quien se liquidó un alcance de más de seis mil pesos, por tal concepto. En esta suma estaban comprendidos mis sueldos. Collazos reintegró el dinero sustraído, pero entonces los cooperados de la nueva sociedad, en su mayor parte dirigidos por sujetos que me habían difamado y calumniado, a pesar de haberles servido abnegadamente por siete años largos en la Gerencia, resolvieron no reconocer el pasivo de la Cooperativa Sucursal que yo dirigí, pasivo integrado en su mayor parte por las prestaciones que se me debían, sino considerar esto como utilidades de la Cooperativa que acababan de formar y repartírselo como botín de habilidad, para decir lo menos.

"Obtenida la liquidación de mis prestaciones por el Secretario-Tesorero de la Cooperativa Sucursal mencionada, la entregué a un abogado de esta plaza, dizque especializado en pleitos de prestaciones por trabajo, quien resolvió ejecutar a la Cooperativa Sucursal que aún no se había liquidado, para el pago de mis prestaciones, y como medida previa le embargó los fondos.

"Por gestiones del doctor Andrade se obtuvo el desembargo de dichos fondos y la revocatoria del auto de embargo y del mandamiento de pago, no por falta de fundamento jurídico de la prestación reclamada por la vía ejecutiva, sino porque la Cooperativa-Sucursal, no podía ser representa-

da para el caso por el Secretario-Tesorero en tal litigio, debiéndose entonces debatir el negocio en un juicio laboral ordinario, en vez del ejecutivo que el abogado buscado por mí había escogido.

"Que guardo resentimiento por esto con el doctor Andrade, es tan infundada y ligera afirmación, como todas las demás, pues no me encuentro en la infancia profesional y emotiva en que el doctor Andrade me supone..."

En cuanto al hecho relatado bajo el ordinal g) del memorial de recusación, explica el señor Magistrado:

"Uno va por la calle, muchas veces sin darse cuenta de las personas que pasan; mas cuando éstas no le interesan y vá de prisa, y si hay aglomeración de transeúntes en un lugar dado, es posible que hasta los roce o tropiece con ellos de manera involuntaria y ocasional. Considero que esto sea lo que ha ocurrido con relación al cargo formulado por el doctor Andrade en el aparte g) del memorial que contesto... Por esta vía, también puede quejarse de que me encuentro con él y no le doy mi saludo".

Dentro del término probatorio concedido en el incidente, se recogieron las siguientes probanzas solicitadas por la parte recusante:

Un ejemplar del diario "Relator" de Cali, donde aparece publicado un mensaje telegráfico dirigido el 24 de septiembre de 1951 a la Corte por varios abogados de dicha ciudad en defensa del Dr. Gilberto Gómez Trujillo. (C. 5).

Copia expedida por la Secretaría del Tribunal de Cali, del Acuerdo Nº 18 de dicha Corporación, de fecha 25 de septiembre de 1951, donde consta que fue declarado insubsistente el nombramiento hecho en la persona del magistrado Gómez Trujillo para Presidente del expresado Tribunal, y se eligió en su reemplazo al Dr. Manuel de J. Lucio.

Copia de la Resolución Nº 1 del 25 de mayo de 1948 dictada por el Fiscal 1º del Tribunal Superior de Cali, Dr. Alvaro Andrade Montaño, por la cual destituye del cargo de Oficial Escribiente de dicho Despacho al señor Jorge Tulio Lucio. .

Copia expedida en el Juzgado Segundo del Trabajo de Cali, de varias piezas del juicio ejecutivo promovido por Luis Enrique Borrero como apoderado del Dr. Manuel de Jesús Lucio contra la Cooperativa de Empleados Judiciales de Cali. De tales copias aparece que el recusante Dr. Andrade Montaño intervino en ese negocio como apoderado de la parte ejecutada, y que en desarrollo de dicho poder presentó varias peticiones en orden a la revocatoria del auto sobre mandamiento de pago librado en dicha ejecución. Se establece igualmente de dichas copias que el negocio concluyó con fallo favorable a la parte ejecutada, dictado por el Tribunal Seccional del Trabajo de la misma ciudad.

Declaración jurada de la señorita Ligia García, Secretaria del Juzgado 2º del Trabajo de Cali, quien declara ser verdad que el Dr. Manuel de Jesús Lucio en varias ocasiones examinó el expediente relativo a la ejecución contra la Cooperativa de Empleados Judiciales de que se ha hecho referencia.

Con fecha 22 de octubre del año pasado, el Tribunal Superior de Cali decidió del incidente de recusación de que se trata, declarando no probada la causal de enemistad manifiesta alegada por el Dr. Andrade Montaño.

Contra este fallo interpusieron recurso de apelación ambas partes, esto es, el recusante y el Magistrado recusado. La apelación de este último se contrae al hecho de que en el fallo recurrido se declaró que "no hay lugar a costas".

Tramitado el recurso en debida forma, se pasa a resolver, previas estas consideraciones:

Debe anotarse, en primer lugar, que las probanzas anteriormente relacionadas se refieren únicamente a la demostración de los hechos marcados con las letras A), (destitución de Jorge Tulio Lucio del cargo de Oficial Escribiente de la Fiscalía 1ª del Tribunal de Cali); d), (destitución del Dr. Gilberto Gómez Trujillo del cargo de Presidente del mismo Tribunal); e) y f), (gestiones judiciales del Dr. Alvaro Andrade Montaño en la ejecución del Dr. Manuel de J. Lucio contra la Cooperativa de Empleados Judiciales de Cali, como apoderado de la parte ejecutada, y fallo adverso al ejecutante).

Los demás hechos alegados como constitutivos de la causal de manifiesta enemistad, esto es, los que se refieren a los fallos dictados por el Dr. Lucio en negocios en que una de las partes estuvo representada por el Dr. Alvaro Andrade M., y al hecho de haber sido éste víctima de un golpe propinado por el Dr. Lucio al cruzarse estos dos ciudadanos en una calle de la ciudad de Cali, como ha podido observarse, quedaron desprovistos de toda prueba.

Pasa, pues, la Sala a ocuparse de los hechos primeramente enunciados.

De la destitución de Jorge Tulio Lucio, decretada por el Dr. Andrade Montaño en 1948, cuando ejercía el cargo de Fiscal 1º del Tribunal de Cali, no se sigue la existencia de un hecho demostrativo de manifiesta enemistad, porque ésta sólo puede admitirse como causal de recusación,

cuando aparece probado en autos un hecho o hechos en que el Juez haya exteriorizado odio o animadversión contra la parte recusante y su vivo deseo de retaliación. Lo único que se observa en este punto, es que el Dr. Andrade Montaño cree o conceptúa que por el hecho de haber destituído al señor Jorge Tulio Lucio, de cuyo parentesco con el Magistrado recusado no existe más prueba que la confesión de éste cuando expresa que es su sobrino, el funcionario de que se trata abriga contra dicho abogado marcada antipatía o animadversión. Mas esta apreciación personal del recusante jamás podrá constituír prueba admisible de la causal de recusación consagrada en el ordinal 15 del Art. 435 del C. Judicial.

Tampoco puede considerarse como hecho demostrativo de esta misma causal el que se relaciona con el éxito judicial que obtuvo el abogado recusante en el juicio ejecutivo promovido por el Dr. Manuel de Jesús Lucio contra la Cooperativa de Empleados Judiciales de Cali, al lograr, como representante de esta última entidad, la revocatoria del auto de mandamiento ejecutivo y el desembargo de los bienes sujetos a la traba ejecutiva. Del hecho de que una persona pierda una acción judicial, valiosa o nó, no se sigue necesariamente que en el ánimo de esa persona haya de surgir un invencible sentimiento de odio contra su contendor en la litis, y mucho menos, como en el caso del señor magistrado Dr. Lucio, cuando el pleito se perdió por mal encaminado. Suponerlo así, con base en ese solo hecho, es una mera aprensión. Y cuando, como aquí ocurre, quien perdió el pleito es un profesional de la Abogacía, aquella aprensión se hace de todo punto injustificada.

Con relación a lo que se deja expuesto, dijo esta Sala en auto de fecha 31 de octubre del año pasado:

"Al lado de estos principios especiales del procedimiento han de tenerse presentes otros generales, como son el de que los incidentes que no proceden, deben "desecharse **de plano**" (artículo 394); que la administración de justicia es un servicio a cargo del Estado que se presta por los funcionarios designados conforme a la constitución y las leyes y con la indispensable colaboración de abogados inscritos; todos los cuales están ligados por juramentos solemnes para desempeñarse en sus respectivos cometidos ciñéndose a los dictados de aquellas normas. De tal suerte que no pueden abandonarse los cauces trazados por los procedimientos legales con criterio eminentemente objetivo, para darle entrada a consideraciones de orden subjetivo, personal o de otra clase, por muy explicables y respetables que sean. Así pasa frecuentemente con las cuestiones de enemistad. Y vale también anotar desde ahora que la jurisprudencia se ha pronunciado en numerosas decisiones, tanto en lo civil como en lo penal, en el sentido de no aceptar como causal válida que configure el hecho previsto en el numeral 14 del artículo 435 del C. J. y sus concordantes, sino aquella enemistad que proviene de perturbaciones morales o psicológicas capaces de producir animadversión profunda que lleva a quienes la padecen a desearse y provocarse verdaderos males; en otras palabras, debe haber enemistad hija de la ira que es una pasión definida en la doctrina cristiana como un 'apetito desordenado de venganza'. Raras veces ocurre esta desgracia entre caballeros de formación académica tan seria como la que suponen las nobles disciplinas del foro que en Colombia es antesala de la magistratura o cámara de avezados juristas que se templaron con el ejercicio de la misma. Por lo demás, como herederos de los peninsulares hispánicos, somos quisquillosos y fácilmente irritables; pero las pasajeras reacciones de esta procedencia, no se pueden confundir con aquellas desgracias de la verdadera enemistad, sus causas y efectos". (G. J. 2159 pág. 558).

Resultan, pues, inadmisibles como inequívocas manifestaciones de enemistad los hechos hasta aquí estudiados, y que hacen relación con el fracaso que sufrió el Dr. Lucio al intentar la ejecución contra la Cooperativa de Empleados Judiciales de Cali. El mismo doctor Lucio se encarga de explicar que ese insuceso judicial no llegó a perjudicar su haber patrimonial, puesto que allí quedó indemne su derecho a reclamar las prestaciones que se le debían, ya que lo que en realidad ocurrió fue que su apoderado no supo escoger la vía procedimental que el caso requería.

Pero si no son admisibles como constitutivos de grave enemistad los hechos que se acaban de estudiar, mucho menos lo puede ser el que concierne a la destitución del Dr. Gómez Trujillo de la Presidencia del Tribunal Superior de Cali en el año de 1951. De los documentos relacionados con este hecho, resulta evidente que el Dr. Lucio sí intervino como magistrado de dicho Tribunal en la expresada destitución. En cambio, no se vé en qué forma puede interpretarse la actitud del Magistrado Dr. Lucio en esa ocurrencia para descubrir allí una manifestación de venganza contra el recusante, ya que en los autos no se en-

cuentra prueba de alguna vinculación entre la persona del Dr. Gómez Trujillo y el Sr. Andrade M. De ahí que la Sala prohije el siguiente aparte de los considerandos del fallo recurrido:

"Por lo que respecta a la copia del acta y del acuerdo por el cual se declaró insubsistente el nombramiento del doctor Gilberto Gómez Trujillo como Presidente del Tribunal, las razones que allí mismo se expresan y que se refieren a la difícil situación creada a la Corporación por varios discursos del mentado doctor Gómez Trujillo, es asunto como se ha dicho, propio del régimen interno de este Despacho, a que es completamente extraño el doctor Andrade Montaño. No se vé, pues, cómo de la copia de dichas diligencias que el recurrente aporta como prueba de la 'enemistad manifiesta' que debe establecer, pueda resultar acreditada dicha enemistad".

Cabe recordar aquí, de otro lado, que con relación al hecho consistente en haber sido en alguna ocasión "golpeado" el doctor Andrade M. por el Dr. Lucio en una de las vías públicas de la ciudad de Cali, —.afirmación rotundamente rectificada por el Dr. Lucio— no se trajo elemento alguno de prueba.

No es el caso de hacer la condenación de costas solicitada por el Dr. Manuel de J. Lucio, ni de la multa a que se refiere el Art. 445 del C. J., por no aparecer manifiesta la temeridad del recusante.

De todo lo dicho se deduce que el auto recurrido no merece ningún reparo y debe, por tanto, confirmarse.

Como consecuencia de las consideraciones que anteceden, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA el auto apelado, dictado por el Tribunal Superior de Cali con fecha 22 de octubre de 1955.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial, y devuélvase el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán — Manuel Buenahora Roberto Goenaga — Camilo Rincón Lara — Jorge García Merlano, Secretario.



COMPETENCIA PARA CONOCER DE LAS ACCIONES SOBRE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS OCASIONADOS POR TRABAJOS PUBLICOS. — EL DEMANDANTE, DECRETADA LA INDEMNI ZACION ESTA OBLIGADO A TRANSFERIR AL ESTADO SU DERECHO DE DOMI NIO SOBRE EL INMUEBLE DE QUE SE TRATA

1—Como consecuencia del fallo proferido por la Corte en Sala Plena el 20 de junio de 1955, y mediante el cual se declaró inexequible el art. 269 de la ley 167 de 1941, así como también los arts. 261 a 268 inclusive, 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", corresponde hoy a la justicia ordinaria el conocimiento de tales acciones.

El art. 2º del Decreto-Legislativo 0293 del presente año, dispone que cuando estos juicios "se hubieren iniciado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con anterioridad al 1º de septiembre de 1955, pasarán a la justicia ordinaria en el estado en que se encuentren". Para dichos juicios son de aplicación, según el art. 3º del mismo Decreto, los arts. 261 a 268 de la citada ley 167, con el exclusivo objeto de finalizar la tramitación y de dictar las sentencias a que hubiere lugar, entendiéndose que se trata de la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia cuando tales artículos se refieren al Consejo de Estado, según dispone el art. 4º ibidem.

2—Los elementos axiológicos de la acción de indemnización de perjuicios ocasionados por trabajos públicos, con motivo de la ocupación permanente de la propiedad privada por la Administración, son: el dominio o propiedad de la parte demandante sobre el bien inmueble ocupado con motivo de un trabajo; la intervención de una persona de derecho público en la realización de la ocupación y de los trabajos con fines de servicio público, y la demostración de los perjuicios ocasionados.

3—Con respecto a la prevención de que trata el art. 269 del C. C. A. conviene anotar: ese precepto fué declarado completamente inexequible según fallo de esta Corte, de manera que por ese motivo no aparece incluído entre las disposiciones que el Decreto 0293 de 1956 hace de aplicación a los juicios de indemnización por trabajos públicos y, por lo mismo, no puede fundamentarse legalmente en dicha norma la solicitud de transferir el dominio del inmueble a la Administración Pública. Sin embargo no es posible desconocer las razones de orden jurídico por las cuales es procedente disponer que, pagada la indemnización, debe el demandante transferir a la Nación sus derechos en las zonas de terreno afectadas por los trabajos públicos.

En efecto: cuando se demanda en juicio ordinario la reivindicación de una zona de terreno definitivamente incorporada a un servicio público, lo procedente es condenar al pago de dicha zona, porque no sería posible decretar su restitución al propietario por los graves trastornos que esa medida causaría en el funcionamiento de aquel servicio. (G. J. LXXXI, 980). De ahí que sea bastante la similitud de ese caso con el que se contempla en acciones por indemnización de perjuicios por trabajos públicos con motivo de ocupación permanente de la propiedad privada, ya que "la única diferencia entre la acción reivindicatoria y la consagrada en el citado art. 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". En la acción reivindicatoria no se puede ordenar la restitución, por los motivos dichos; en la acción por perjuicios tampoco puede ordenarse, por los mismos motivos. En el primer caso se dispone, en consecuencia, pagar el inmueble; en el segundo también debe ordenarse el pago de la zona ocupada, con carácter indemnizatorio. Siendo, pues, esto así, es decir tra-

tándose en ambos casos de una condenación al pago del terreno litigioso, sería ciertamente contrario a la equidad que dentro de la acción de dominio quedara el demandante obligado a transferir sus derechos a la entidad que se los paga y, en cambio, no pudiera disponerse lo mismo en el otro caso. Lo jurídico es que si el demandante, en uno u otro juicio, tiene derecho a que se le pague el inmueble que de manera definitiva se ha incorporado al patrimonio público, correlativamente está en la obligación de transferir al Estado sus derechos de dominio sobre el mismo inmueble.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales. Bogotá, nueve de abril de mil novecientos cincuenta y seis.

Magistrado ponente Dr. Camilo Rincón Lara.

La sociedad denominada "Compañía Urbanizadora El Progreso, Ltda" demandó, ante el H. Consejo de Estado, a la Nación, para que mediante los trámites señalados por los artículos 263 y siguientes de la Ley 167 de 1941 sea condenada a pagarle "la suma de dinero que se demuestre en el juicio que valen los perjuicios que le ocasionó por haber tomado con motivo de los trabajos públicos de ampliación y regularización de la Avenida Cundinamarca y de apertura y canalización de aguas de la Avenida 6ª de esta ciudad, dos zonas de terreno pertenecientes a la Sociedad y que forman parte de los inmuebles distinguidos con los Nos. 30-01 y 30-75 de la calle 6ª de esta ciudad".

Así puntualizó el señor apoderado de la Sociedad demandante sus "afirmaciones";

"1ª—Por escritura pública Nº 6212 de 20 de octubre de 1949 de la Notaría 2ª de Bogotá 'G. Garcés y Cía S. A. ', vendió a la "Compañía Urbanizadora de El Progreso Ltda" el derecho de dominio y la posesión sobre un lote de terreno ubicado en el Barrio Ricaurte de esta ciudad, marcado en su puerta principal con el Nº 30-76 de la calle 6ª, con una superficie aproximada de 56.207-80 v. c. y alindado así: "Por el norte, calle 6ª de por medio con terrenos que fueron de la Cía. Urbanizadora y hoy de varios propietarios; por el sur, río San Francisco de por medio con terrenos que fueron de Nemesio Camacho y después de Leonilde Matiz de Camacho, y Jaime, María, Isabel, Jorge y Elena Casabianca Camacho; por el oriente, con terrenos que fueron de la señora Ana Forero de Goyfray y hoy del Dr. Néstor Pineda y otros; por el occidente, con terrenos que fueron de Nemesio Camacho y después de la señora Leonilde Matiz de Camacho".

"2º—Por escritura pública Nº 6382 de 26 de octubre de 1949 de la Notaría 2ª de Bogotá, los Dres. Néstor Pineda y Alfredo Pabón Peláez vendieron a la Compañía Urbanizadora El Progreso Ltda. el derecho de dominio y la posesión de un solar que hace parte del lote Nº 30-01 de la calle 6ª de esta ciudad, con una extensión de 2.529,14 v. c. marcadas en el plano que se protocolizó con dicha escritura, levantado por el Departamento de Demarcaciones del Municipio de Bogotá al cual se remitieron las partes en cuanto a cabida y linderos, inmueble comprendido de acuerdo con dicho plano dentro de los siguientes linderos: "Por el oriente, que es el frente, partiendo del mojón marcado con el Nº 10 se sigue en línea recta a pasar por los marcados con los Nos. 14 y 6 hasta encontrar el marcado con el Nº 5, situado en la orilla del río San Francisco, con la Avenida Cundinamarca; por el sur, con el mencionado río, del mojón últimamente nombrado, siguiendo aguas abajo por el río dicho hasta encontrar una acequia de riego que desemboca en él; por el occidente, con tierras que antes fueron de Marco Fidel Suárez y José María Sierra, luego de la Compañía Urbanizadora, posteriormente de la Compañía de Cementos Samper y de Ramón Muñoz Toledo y hoy de G. Garcés y Cía. S. A.; de la acequia últimamente nombrada hasta encontrar los mojones marcados con los Nos. 7, 8 y 9; por el norte, con el barrio obrero de Antonio Ricaurte del mojón marcado con el Nº 9 citado, a encontrar el señalado con el Nº 10, punto de partida".

"3º—Los dos inmuebles citados se reunieron materialmente por la sociedad propietaria, ya que el último se adquirió precisamente para darle frente al primero sobre la Avenida Cundinamarca.

"4º—Los citados lotes son poseídos por la "Sociedad Urbanizadora El Progreso Ltda".

"5º—Por contrato entre el Ministerio de Obras Públicas y la sociedad "Atuesta Guarín y Pombo Ltda". de fecha 13 de diciembre de 1952 se encomendó a ésta la ejecución de los trabajos de la Avenida Cundinamarca en la intersección con la Avenida de Los Comuneros.

"6º—La Nación ha ocupado para la ampliación y regularización de dicha Avenida en tal sector, y especialmente en las obras de una plazoleta o glorieta que se está llevando a cabo en ese lu-

gar, una zona de terreno perteneciente al inmueble citado en el numeral anterior.

"7º—Para la apertura de la Avenida o calle 6ª y la canalización de las aguas del río San Francisco que por allí corren la Nación ha ocupado una zona de terreno perteneciente al inmueble citado en el numeral 2º de esta demanda.

"8º—Para las obras de canalización, la Nación ejecuta obras autorizadas según resolución Nº 1084 de 19 de septiembre de 1952 y contrato de destajo de fecha 2 de octubre del mismo año con el señor Felice Leonardi.

"9º—Con el objeto de abrir la mencionada Avenida 6ª la misma entidad colocó una cerca de alambre y postes de cemento dentro de la propiedad de mi mandante para separar la zona ocupada con el objeto indicado antes.

"10º—Como consecuencia de los actos de ocupación anteriormente descritos la Compañía que represento ha sido desposeída de un globo de terreno perteneciente a los inmuebles de su propiedad antes indicados, globo que tiene una extensión aproximada de 15.805-58 v. c. quince mil ochocientos cinco v. c. con 58 centésimas de v. c. de acuerdo con el plano que acompaño a esta demanda.

"11º—La Nación no ha pagado a mi poderdante el valor de la indicada zona de terreno destinada para trabajos públicos, ni le ha indemnizado los perjuicios derivados de la mentada ocupación".

Como fundamentos de derecho se citaron el art. 30 de la Constitución Nacional y el Capítulo XXII de la Ley 167 de 1941; se estimó el monto de la indemnización en más de $ 20.000,00 y se adjuntaron a la demanda varios documentos.

La demanda fue presentada el 14 de septiembre de 1953 y admitida por auto del 21 del propio mes. En consecuencia se dio traslado de ella al señor Fiscal quien la contestó manifestando que se oponía a que se hicieran las declaraciones pedidas, negaba el derecho invocado y en lo concerniente a los hechos se atenía a la prueba que fuera aportada al plenario.

Dentro del término respectivo sólo el apoderado de la parte actora pidió varias pruebas, las que fueron practicadas en su totalidad. Ellas son:

Las declaraciones de Gabriel Castiblanco, —residente en un inmueble ubicado dentro de la urbanización en referencia—, e Isaías Fonseca quien frecuentemente trabajaba con aquél en dicho lugar. Ambos afirman que en octubre o noviembre de 1952 se dio principio a la ampliación de la Avenida de Los Comuneros y a los trabajos de canalización de las aguas en ese sector y que, con tal motivo, se ocuparon algunas zonas de terreno pertenecientes a la sociedad demandante.

Los testimonios de Alfonso Atuesta y Felice Leonardi. El primero dice que los trabajos ejecutados por la sociedad "Atuesta Guarín, Pombo Ltda". en el cruce de la Avenida Cundinamarca con la de Los Comuneros, fueron hechos por contrato celebrado con el Ministerio de Obras Públicas. Leonardi expone que él fue contratista de la Nación en los trabajos de canalización en la Avenida de Los Comuneros. Además los dos reconocen como suyas las firmas de las cartas que obran a folios 3 y 2 respectivamente, y en las cuales se dan a la sociedad demandante las mismas informaciones.

La constancia dada por la Secretaría General del Departamento de Catastro en la que se expresa que la cédula catastral Nº A6-21|14 —cuya copia fue remitida y obra en autos—, corresponde al predio situado en la calle 6ª Nº 30-75, inscrito a nombre de la Compañía Urbanizadora El Progreso Ltda.; que ese predio, sin edificación, tiene una área de 36.258,65 metros cuadrados, y que en la calle 6ª no existe lote alguno que en la nomenclatura tenga el Nº 30-31.

La Resolución Nº 1084 de 1952 (sept. 19) por la cual el Ministerio de Obras Públicas autorizó y reglamentó el sistema de destajos.

La copia auténtica del contrato celebrado el 2 de octubre de 1952 entre el Interventor de la Variante de Muzú y Felice Leonardi para "ejecutar el movimiento de tierras requerido para abrir los canales del río San Francisco, desde el K 3 mas 00 hasta la Avenida de Cundinamarca, y otros canales que le serán indicados..."

El contrato de 13 de diciembre de 1952, entre el Ministerio de Obras Públicas y el señor Alfonso Atuesta, para "la construcción de un puente sobre el río San Francisco en el cruce de la Avenida Sexta con la Avenida de Cundinamarca de Bogotá, y las obras accesorias necesarias para dar al servicio el citado puente". Este contrato aparece publicado en el Diario Oficial Nº 28252 de 22 de julio de 1953, que autenticado obra en autos.

La diligencia de inspección ocular llevada a cabo el 8 de marzo de 1954, con intervención del apoderado de la sociedad demandante, del señor Fiscal y de los peritos nombrados por las partes. En ese acto fue identificado un lote o globo de terreno al que corresponden los Nos. 30-01 y 30-75 de la calle 6ª y cuyos linderos generales

se comprobaron así: por el oriente con la Avenida de Cundinamarca; por el sur con el río San Francisco o lo que fue su lecho; por el occidente con terrenos que fueron del señor Nemesio Camacho y después de la señora Leonilde Matiz de Camacho; y por el norte con la calle 6ª. Este globo general, —se dice también en la diligencia—, se constituyó por dos globos de menor extensión, uno al occidente, comprado por la parte demandante a "G. Garcés y Cía. S. A."; y otro al oriente y contiguo a aquél, comprado también por la sociedad "Compañía Urbanizadora El Progreso, Ltda". a los doctores Néstor Pineda y Alfredo Pabón Peláez Se comprobó además: que el segundo de los citados lotes le dio al primero salida a la Avenida Cundinamarca; que para la ampliación y regularización de esta Avenida y la de Los Comuneros en su conjunción en aquel sector, "se han ocupado de manera permanente zonas de terreno pertenecientes a los inmuebles antes descritos, en cierta extensión que los señores peritos determinarán al rendir su dictamen..."; "que para la apertura, en proyecto, de la Avenida de Los Comuneros o calle 6ª y para la canalización de aguas que por allí corren se ha ocupado en forma permanente, una zona de dirección oriente occidente, pertenecientes a los mismos inmuebles, cuya extensión determinarán los señores peritos..."; y "que para la apertura de la Avenida de los Comuneros o calle 6ª se colocó una cerca de alambre y postes de cemento dentro de los inmuebles antes mencionados que encierra una cierta zona de dichos terrenos, cuyas medidas y extensión determinarán los señores peritos..."

El dictamen pericial. - De común acuerdo los peritos doctores Hernando Posada Cuéllar y Arturo Tapias Pilonieta rindieron su concepto según aparece en el escrito visible a los folios 60 a 62 inclusive del cuaderno principal. En los ordinales A. y B. se concretan a determinar los lotes comprados por la sociedad demandante a "G. Garcés y Cía. S. A." y a los doctores Néstor Pineda y Alfredo Pabón Peláez, según las escrituras Nos. 6212 y 6382 de 20 y 26 de octubre, respectivamente, de 1949, lotes que, como se ha visto, quedaron identificados en la diligencia de inspección ocular. En los otros ordinales se afirma: C-Que los dos lotes son contiguos por lo cual forman uno sólo cuyos linderos generales son los mismos expresados en la inspección ocular, y que el comprado a los doctores Pineda y Pabón Peláez dio al inmueble salida a la Avenida de Cundinamarca. D- Que para la ampliación de la Avenida Cundinamarca en su conjunción con la de Los Comuneros se ocupó una zona de terreno perteneciente a los dos inmuebles descritos, destinada a la glorieta que allí se estaba construyendo. El área de esa zona es de 2.083 varas cuadradas con 14 centésimos de vara cuadrada. E- Que para la apertura de la Avenida de Los Comuneros o calle 6ª y para la canalización de las aguas que por allí corren se ha ocupado en forma permanente una zona de terreno de oriente a occidente perteneciente a los dos inmuebles descritos. El área de esta zona es de 13.650 varas cuadradas con 08 centésimos de vara cuadrada. F- Que para la apertura de la Avenida de Los Comuneros y para la canalización de las aguas "se colocó una cerca de alambre y postes de cemento dentro de los inmuebles descritos, la cual arranca de la Avenida de Cundinamarca hacia el occidente y tiene una longitud de ciento sesenta metros con cincuenta centímetros (160,50) hasta el extremo del globo de propiedad de la Compañía Urbanizadora de El Progreso...", dejando así encerrada toda la zona a que el dictamen se refiere en el ordinal E-. G- Que, con respecto al año de 1952 —mes de diciembre—, las dos zonas de terreno ocupadas, que en total miden 15.733,22 varas cuadradas valen $ 141,598.98 o sea a $ 9.00 la vara cuadrada. Para este avalúo dicen los peritos que han tenido en cuenta el precio de la finca raiz en los distintos sectores de la ciudad en 1952; la excelente ubicación del globo de tierra, que le permite ser urbanizado con muy buenas perspectivas por tener acceso por el lado oriental a la Avenida Cundinamarca; los precios de venta de urbanizaciones aledañas, en 1952, y los precios pagados por el municipio de Bogotá para la adquisición de zonas de tierra en el mismo sector y por la misma época. Por último, refiriéndose a la cédula catastral, afirman los peritos que en ella está incluída la zona comprada por la parte demandante a los Dres. Pineda y Pabón. Con el dictamen presentaron los señores peritos un plano de las zonas ocupadas.

Todas estas fueron las diligencias pedidas por el señor apoderado de la parte actora, y practicadas dentro del término probatorio. Otros documentos fueron acompañados a la demanda, como los títulos que acreditan la propiedad de la sociedad demandante sobre los predios tantas veces nombrados, los certificados del Registrador de Instrumentos Públicos sobre la suficiencia legal de estos títulos, algunos planos, y certificaciones de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Vencido el término probatorio se corrieron los traslados legales a fin de que las partes alegaran de conclusión. Como es obvio, el señor apodera-

do alegó en favor de la sociedad demandante, sosteniendo que se hallan plenamente demostrados todos los presupuestos de la acción. El señor Fiscal así lo manifestó igualmente, después de examinar los elementos de juicio aportados al plenario, y expresó su conformidad con el avalúo pericial; pero advirtió que como los peritos no fijaron la suma que debe descontarse por concepto de valorización, en la sentencia debe ordenarse que del valor total de la indemnización se deduzca el 20% de conformidad con el art. 268 del C. Administrativo, y que además se haga en el fallo la prevención de que trata el art. 269 ibidem.

Por último se citó a las partes para sentencia.

En ese estado del juicio dispuso el H. Consejo de Estado —Sala de lo Contencioso Administrativo— remitirlo al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por considerar que a éste correspondía su conocimiento de conformidad con los artículos 76 y 155 del C. J. y teniendo en cuenta el fallo proferido por la Sala Plena de esta Corte el 20 de junio de 1955 sobre inexequibilidad de algunos artículos de la Ley 167 de 1941; pero el Tribunal envió el negocio a esta Sala de Negocios Generales, de conformidad con el Decreto Legislativo Nº 0293 del presente año. Por tanto se debe analizar, preferentemente, la cuestión jurídica relacionada con este aspecto del negocio.

La competencia

Como consecuencia del fallo proferido por la Corte en Sala Plena el 20 de junio de 1955, y mediante el cual se declaró inexequible el art. 269 de la Ley 167 de 1941, así como también los arts. 261 a 268 inclusive, 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 motivos de ocupación permanente de la propiedad privada por la Administración Pública", corresponde hoy a la justicia ordinaria el conocimiento de tales acciones.

El art. 2º del Decreto-legislativo 0293 del presente año, dispone que "los juicios sobre pago de indemnizaciones por la ocupación permanente de propiedad privada inmueble con ocasión de trabajos públicos, que se hubieren iniciado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con anterioridad al 1º de septiembre de 1955, pasarán a la justicia ordinaria en el estado en que se encuentren". Para dichos juicios son de aplicación, según el art. 3º del mismo Decreto, los arts. 261 a 268 de la citada Ley 167, con el exclusivo objeto de finalizar la tramitación y de dictar las sentencias a que hubiere lugar.

El art. 261 de aquella ley estatuye: "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". Y el artículo 4º del precitado Decreto 0293 dispone que, para los fines del mismo Decreto, "cuando en los artículos reproducidos (261 a 268 de la Ley 167) se habla del Consejo de Estado, deberá entenderse que se trata de la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia.

Es indudable, según estas disposiciones, que el conocimiento del presente negocio corresponde a esta Sala toda vez que, por haber sido iniciado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo antes del 1º de septiembre de 1955, le es aplicable el art. 261 de la Ley 167 de 1941 y lo que en esta norma se dice del Consejo de Estado debe entenderse con respecto a la Sala de Negocios Generales de la Corte.

Hechas estas breves anotaciones se pasa a resolver a fondo el caso controvertido.

Los elementos axiológicos

Los elementos axiológicos de indemnizaciones como la que por estos autos reclama a la Nación la sociedad denominada "Compañía Urbanizadora El Progreso, Ltda" son: el dominio o propiedad de la parte demandante sobre el bien inmueble ocupado con motivo de un trabajo. La intervención de una persona de derecho público en la realización de la ocupación y de los trabajos con fines de servicio público; y la demostración de los perjuicios ocasionados.

La propiedad

La "Compañía Urbanizadora El Progreso Ltda" ha demostrado en autos, plenamente, el dominio que ella tiene sobre los inmuebles afectados por las obras o trabajos públicos, pues con tal fin trajo al proceso copia auténtica de las escrituras públicas Nos. 6212 y 6382 de 20 y 26 de octubre, respectivamente, de 1949, por las cuales la Compañía adquirió aquellos inmuebles. Tales instrumentos están debidamente registardos y sobre la suficiencia de ellos certifica el señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Bogotá. Así pues el valor legal y fuerza

de prueba de todos estos documentos son incontrastables por haber sido aducidos al juicio dentro de las oportunidades que para ello indica la ley.

Los trabajos públicos y la ocupación

También está plenamente comprobada la ejecución, por el Estado, de trabajos públicos sobre dos zonas correspondientes al dicho inmueble de la sociedad demandante, y la consecuencial y permanente ocupación de esas zonas. En efecto: los contratos celebrados por el Ministerio de Obras Públicas con los señores Atuesta y Leonardi; las declaraciones de éstos y de Gabriel Castiblanco e Isaías Fonseca; la diligencia de inspección ocular y el dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado de los señores peritos, como lo exige el art. 721 del C. J., demuestran que la Nación o Estado Colombiano dispuso y llevó a cabo, para servicios públicos, varias obras en la intersección de la Avenida Cundinamarca con la de Los Comuneros, y en ésta última desde dicha intersección y hacia el occidente, obras con las cuales quedó ocupada permanentemente una área total de 15.733,22 varas cuadradas, perteneciente a la "Compañía Urbanizadora El Progreso Ltda".

El perjuicio

Los mismos elementos de juicio precedentemente enumerados establecen el perjuicio ocasionado a la sociedad demandante con la segregación de sus terrenos por obra de la ocupación. Ese perjuicio es el que debe indemnizar la entidad demandada, indemnización que, naturalmente, equivale al valor del área segregada y ocupada. Así lo conceptuaron los peritos quienes, en consecuencia, estimaron aquella zona en la suma total de $ 141.598,98 valor éste que fue aceptado por el representante legal de la Nación en su alegato final ante el H. Consejo de Estado.

Consideraciones finales

Comprobados como están, conforme a los elementos de juicio que se dejan analizados, el derecho de dominio o propiedad de la sociedad demandante sobre los predios que en la diligencia de inspección ocular quedaron determinados; la ocupación, por la Administración Pública con motivos de trabajos públicos, de dos zonas correspondientes a esos predios, y el perjuicio causado a la "Compañía Urbanizadora El Progreso Ltda" con tal ocupación, es el caso de acceder a la súplica de la demanda condenando a la Nación al pago de la indemnización correspondiente. Mas como el representante, ante el Consejo de Estado, de la entidad demandada pidió, de una parte, se disponga que del valor total de la indemnización se deduzca el 20% por concepto de valorización y, de otra, que se prevenga en la sentencia a la parte actora el deber de otorgar a favor del Estado el correspondiente título traslaticio de dominio, es indispensable estudiar estas cuestiones a la luz de las normas citadas por el señor Fiscal, o sean los artículos 268 y 269 de la Ley 167 de 1941, y teniendo en cuenta que el señor apoderado declara, en la demanda, que su poderdante "está listo a otorgar la escritura de propiedad de las referidas zonas de terreno a la Nación, simultáneamente al pago que ésta le haga de la indemnización solicitada".

En cuanto al primer punto nada hay que observar, porque siendo de aplicación, en este juicio, el art. 268 de la precitada Ley 167 y no habiendo hecho los peritos estimación de la valorización, es de rigor disponer que del valor de la indemnización se deduzca el 20% por ese concepto.

Con respecto a la prevención de que trata el mencionado art. 269 conviene anotar: ese precepto fue declarado completamente inexequible según el fallo de esta Corte atrás citado, de manera que por ese motivo no aparece incluído entre las disposiciones que el Decreto 0293 hace de aplicación a juicios como éste y, por lo mismo, no puede fundamentarse legalmente, en dicha norma, la prevención que se solicita. Sinembargo no es posible desconocer las razones de orden jurídico por las cuales es procedente disponer que, pagada la indemnización, debe la sociedad demandante transferir a la Nación sus derechos en las zonas de terreno referenciadas.

En efecto: en el juicio ordinario sobre reivindicación de un terreno, propuesto por los sucesores testamentarios de don Francisco Carbonell Wilches contra la Nación, el Tribunal Superior de Barranquilla hizo la declaración de dominio en favor de los actores y condenó a la Nación a pagar a éstos el valor del terreno quedando obligados a transferirle a aquélla sus derechos de dominio otorgándole la correspondiente escritura. Y esta Sala de Negocios Generales, en fallo de 24 de noviembre de 1955 (G. J. 2160-2161, página 980) confirmó en todas sus partes la sentencia de primera instancia.

De acuerdo con constante doctrina se condenó en aquella providencia al pago de la zona ocupada porque estaba definitivamente incorporada a

un servicio público y por tanto no era posible decretar su restitución al propietario, por los graves trastornos que esa medida causaría en el funcionamiento de aquel servicio.

Hay, pues, bastante similitud entre aquel caso y el que se contempla en este negocio, porque "la única diferencia entre la acción reivindicatoria y la consagrada en el citado art. 269 (de la Ley 167, que ha sido el principal fundamento del presente negocio), 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". En aquella acción reivindicatoria no se podía ordenar la restitución por las razones ya anotadas; en este juicio ni se ha pedido ni podría ordenarse, por las mismas razones; en el primer caso, y por la misma dificultad de restituír el predio se ordenó pagarlo, porque de no ser así se desconocería soslayadamente la garantía constitucional de la propiedad privada y se consagraría "un modo extralegal de adquirir el Estado bienes ajenos por fuera de los cauces legales..."; en el caso de autos también se ordena el pago de la zona ocupada, con carácter indemnizatorio. Siendo, pues, esto así, es decir tratándose en ambos casos de una condenación al pago del terreno litigioso, sería ciertamente contrario a la equidad que dentro de la acción de dominio quedara el demandante obligado a transferir sus derechos a la entidad que se los paga y, en cambio, no pudiera disponerse lo mismo en juicios como éste. Lo jurídico es que si el demandante, en uno u otro caso, tiene derecho a que se le pague el inmueble que de manera definitiva se ha incorporado al patrimonio público, correlativamente está en la obligación de transferir al Estado sus derechos de dominio sobre el mismo inmueble.

Fallo

En mérito de lo expuesto la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

Resuelve:

Primero.—Declarar que con los trabajos y obras públicas realizados en el cruce de la Avenida Cundinamarca con la de Los Comuneros, y en ésta, desde ese cruce hacia el occidente, la Nación colombiana ocupó material y definitivamente dos zonas de terreno pertenecientes a la "Sociedad Urbanizadora El Progreso Ltda", zonas que tienen, en total, una área de quince mil setecientas treinta y tres varas cuadradas con veintidos centésimos de vara cuadrada (15.733,22) y que correspondían a un lote de mayor extensión ubicado en esta ciudad de Bogotá dentro de esta alinderación general: por el oriente con la Avenida Cundinamarca; por el sur con el río San Francisco, o lo que fue su lecho; por el occidente con terrenos que fueron del señor Nemesio Camacho y después de la señora Leonilde Matiz de Camacho; y por el norte con la calle 6ª".

Segundo.—Condenar a la Nación a pagar a la "Sociedad Urbanizadora El Progreso Ltda", a título de indemnización de los perjuicios causados con la ocupación de que trata el numeral anterior, la suma de ciento cuarenta y un mil quinientos noventa y ocho pesos con noventa y ocho centavos ($ 141.598,98) en que fue estimado, dentro de este juicio, el valor de las zonas ocupadas. Dicho pago lo hará la Nación dentro del término de treinta (30) días después de ejecutoriada esta providencia, y simultáneamente con él la "Sociedad Urbanizadora El Progreso Ltda" transferirá a la Nación, mediante escritura pública, los derechos de dominio sobre las zonas de terreno en referencia. De la suma en mención se deducirá el 20% de ella, por concepto de valorización.

Comuníquese al señor Ministro de Obras Públicas lo resuelto en este fallo, para los efectos del art. 554 del C. J.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán — Manuel Buenahora. Roberto Goenaga — Camilo Rincón Lara — Jorge García Merlano, Secretario.

EJECUCION DE SENTENCIAS. DICTAMEN PERICIAL

De acuerdo con el artículo 721 del C. J., tres son los requisitos para que el dictamen tenga fuerza de plena prueba: que sea explicado, uniforme y debidamente fundamentado. Reunidos estos requisitos el juzgador debe darle al dictamen el valor de prueba completa; pero si falta uno de ellos, el juez debe resolver sobre el valor probatorio ajustándose a la realidad de los hechos demostrados. "De modo —dice la Corte— que si la pericia es uniforme, explicada y debidamente fundamentada, el juez no está autorizado para prescindir de ella arbitrariamente; pero si no reúne esas calidades, debe impartir justicia, acomodándose a la verdad de los hechos comprobados". Esa apreciación la hace el juez al momento de fallar, ya que es a él a quien corresponde darle al dictamen la valoración jurídica que amerite o demerite tal dictamen, imprimiéndole la fuerza probatoria que ha de revestir de acuerdo con la ley, para lo cual habrá de tenerse en cuenta que el dictamen, como lo ha sostenido esta Sala en repetidas veces, "se apoye en consideraciones lógicas y racionales que conduzcan a la evidencia de la conclusión que se propone".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, nueve de abril de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara)

Por sentencia de fecha 2 de diciembre de 1954, el H. Consejo de Estado finalizó el presente negocio sobre indemnización de perjuicios por ocupación permanente de una propiedad particular a causa de trabajos públicos, providencia cuya parte resolutiva dice así:

"Primero. — Declárase que con los trabajos y obras públicas realizados para la construcción del 'Paso de Los Libertadores' —Autopista Bogotá-Puente del Común— la Nación colombiana ocupó materialmente, en su totalidad, y sin indemnización previa, un lote de terreno de propiedad del demandante en este juicio, doctor Gonzalo Reyes García, ubicado en el Barrio de Chapinero, de esta ciudad, marcado con el número 77-48, de la Avenida 13, y comprendido por estos linderos: 'Por el norte, en 56-41 metros con propiedad de Hernando y Santiago Vergara Galvis; por el sur, 56-50 metros, con propiedad de Faustino Rico; por el oriente, en 41-97 metros, con propiedad de Ricardo Cubides, denominada 'Parque Gaitán'; y por el occidente, en 20 metros, con la prolongación de la Avenida 13, antigua zona del Ferrocarril del Norte', lote que tiene una área superficiaria de dos mil setecientos treinta y dos varas cuadradas con cuarenta y cuatro centésimos de vara cuadrada;

"Segundo.—Condénase a la Nación colombiana —Ministerio de Obras Públicas— a pagar al demandante en este juicio, doctor Gonzalo Reyes García, a título de indemnización de los perjuicios que dicha entidad ocasionó a este doctor con la ocupación de que trata el numeral anterior, la suma de dinero que en el incidente propio de la ejecución de este fallo (artículo 123 del C. C. A. en armonía con el 553 del C. J.), se fije por peritos con arreglo a las bases que para tal efecto se dejan enunciadas en la parte motiva de esta misma sentencia.

"Parágrafo. — El pago correspondiente lo hará la Nación —Ministerio de Obras Públicas— al doctor Gonzalo Reyes García dentro del término prescrito por el artículo 121 del C. C. A. que principiará a contarse desde el día hábil siguiente al en que quede ejecutoriado el proveído que ponga fin al incidente de que se acaba de hablar, para lo cual se harán oportunamente las comunicaciones pertinentes.

"Tercero—Simultáneamente con el pago ordenado en el punto segundo anterior, el doctor Gonzalo Reyes García otorgará a la Nación escritura pública de venta del referido inmueble (artículo 269 de la Ley 167 de 1941); y

"Cuarto.—En todo lo demás, niéganse las peticiones de la demanda con que se inició el presente juicio".

Basado en lo resuelto por este fallo, el doctor Mauricio Mackenzie hablando como apoderado

del demandante doctor Reyes García, solicitó del Consejo el cumplimiento de dicha resolución, para lo cual —dice— "promuevo el incidente de ejecución de la sentencia" a fin de que "se proceda a llevarse a cabo el justiprecio del predio ocupado por la Nación, ubicado en Bogotá, en la Avenida 13 (hoy Autopista de los Libertadores), número 77-48" y cuyos linderos se hallan consignados en tal escrito. Para tal avalúo pidió que se reconociera al doctor Alfredo Espinosa Sánchez como perito nombrado por su parte.

A esta petición recayó el auto de aquella alta corporación, que a la letra dice:

"**Consejo de Estado**—Bogotá, veintisiete de abril de mil novecientos cincuenta y cinco.

"Evidentemente, como se anota en el precedente escrito, en la sentencia de fecha dos de diciembre último, proferida en el presente juicio, se dejó amplia y claramente establecido, tanto en la parte motiva como en la resolutiva, que la correspondiente regulación de perjuicios se llevará a cabo mediante avalúo que del inmueble de autos se verifique "por nuevos peritos designados en la forma legal". Por manera que para tal regulación y para el cumplimiento mismo del fallo no hay lugar a la realización y trámite de la liquidación de que trata el artículo 553 del C. J. como que conforme a la sentencia la base de la fijación correspondiente la constituirá el justiprecio de los nuevos expertos no la cuenta motivada y especificada que de los perjuicios pudiera presentar el demandante.

"En esa virtud y en acuerdo con lo pedido por el señor apoderado del actor en su anterior memorial, se resuelve:

"Por medio de peritos distintos a los que ya intervinieron en este asunto, verifíquese el nuevo avalúo ordenado en la citada sentencia, con arreglo a las bases y demás observaciones allí precisadas.

"El justiprecio se verificará en el término de diez días contados desde el siguiente al en que quede posesionado el perito tercero.

"Como perito nombrado por el señor apoderado del demandante reconócese al señor Alfredo Espinosa Sánchez, quien será presentado en esta oficina por la parte que lo designe dentro de la ejecutoria de esta providencia, a fin de que tome la debida posesión y en ese acto nombre perito tercero.

"Dentro de la misma ejecutoria de este proveído designe el señor Fiscal el perito que le corresponde".

Al serle notificado este proveído al señor Fiscal, este funcionario manifestó que nombraba como perito al señor Manuel Antonio Suárez Hoyos quien, después de reconocido como tal, tomó posesión de su cargo, lo mismo que el nombrado señor Espinosa Sánchez, y los dos procedieron a dar su dictamen, el cual obra a los folios 106 y 107 y de cuyo análisis se ocupará la Sala más adelante. El dictamen rendido fue puesto en conocimiento de las partes por el término de tres días, sin que ningún interesado hubiera formulado objeción alguna.

El doctor Mackenzie pidió luego al Consejo que, habiendo transcurrido el término del traslado del dictamen pericial, se impartiera su aprobación y se ordenara el pago de las sumas establecidas a cargo de la Nación. Aquella entidad consideró la solicitud y expresó en auto de 21 de julio de 1955 que "de conformidad con lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 553 del C. J. en casos como el presente" el Juez hace la fijación en vista de lo alegado y probado". Por tanto ordenó que pasara el negocio al señor Fiscal, por cinco días, para que expusiera lo que estimara conveniente. Surtido el traslado, el juicio volvió al despacho sin que el colaborador fiscal hubiese hecho manifestación alguna con respecto a la actuación encaminada a la ejecución del fallo.

Ordenó luego el H. Consejo, en vista del fallo proferido por la Corte en Sala Plena el 20 de junio de 1955, que el presente negocio pasara al Tribunal Superior de este Distrito, para su conocimiento; y el H. Tribunal, a su vez, dispuso remitirlo a esta Sala de Negocios Generales, por competencia, en atención a las disposiciones del Decreto legislativo número 0293 de fecha 29 de febrero del año en curso.

Tiénese, pues, que el conocimiento de esta clase de negocios corresponde a la justicia ordinaria, de conformidad con lo ordenado por la sentencia citada que declaró inexequible el artículo 269 de la Ley 167 de 1941, como también los artículos 261 a 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 motivos de ocupación permanente de la propiedad privada por la Administración Pública". De ahí que estas acciones quedaron fuera del conocimiento de aquella jurisdicción contencioso administrativa. Ahora bien: por virtud del Decreto número 0293 del presente año, arriba citado, se ordenó pasar a la justicia

ordinaria, en el estado en que se encontraran, "los juicios sobre pago de indemnizaciones por la ocupación permanente de propiedad privada inmueble con ocasión de trabajos públicos, que se hubieren iniciado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con anterioridad al primero de septiembre de 1955", dándole plena validez y efecto, como allí se dispone, a "las actuaciones y trámites surtidos, tanto ante los Tribunales Administrativos como ante el Consejo de Estado, y las sentencias proferidas por estas corporaciones durante la vigencia del Capítulo XXII de la Ley 167 de 1941"; prescribiendo, además, que "con el exclusivo objeto de finalizar la tramitación de los juicios" que pasan a los jueces comunes "y de dictar en ellos las sentencias a que hubiere lugar, la justicia ordinaria aplicará para tales procesos los artículos 261 a 268 de la Ley 157 de 1941".

Según el examen del proceso, trátase en él de una acción judicial incoada por el doctor Reyes García contra la Nación para que ésta le indemnice los perjuicios por él sufridos con motivo de la ocupación permanente de un predio, llevada a cabo por la Administración Pública, a causa de trabajos por ésta misma realizados. Como ya se ha visto, el negocio fue fallado por el Consejo de Estado el 2 de diciembre de 1954, y la ejecución de ese fallo fue iniciada por dicha corporación mediante las providencias conducentes proferidas por el señor Consejero sustanciador, quien consideró que para la regulación que debían hacer los nuevos peritos, del quantum de los perjuicios, o más propiamente para el avalúo del inmueble tal como lo dispone aquel fallo, no había lugar a la realización y trámite del incidente de liquidación de que habla el artículo 553 del C. J. pues de conformidad con lo prescrito por el inciso 2º de esta norma, en casos como el presente "el Juez hace la fijación en vista de lo alegado y probado". Es decir que no era necesaria, para hacer la liquidación y establecer el avalúo del predio, la observación del trámite previsto por el citado artículo, ya que a eso se concretaba la ejecución del fallo; y que apareciendo probado en la forma legal el avalúo hecho por peritos de conformidad con las indicaciones dadas en la sentencia materia de la ejecución, sin que nada se hubiera objetado, correspondía al juzgador fijar la cuantía del perjuicio de acuerdo con la prueba aportada en la ejecución de la sentencia.

Expuestos estos antecedentes procesales compete ahora a la Sala de Negocios Generales entrar a conocer del negocio, en el estado en que él se encuentra, continuando la tramitación que le señalan los ordenamientos legales.

Se ha dicho atrás, que el Decreto 0293 de este año, estatuye que las actuaciones y trámites surtidos, tanto ante los Tribunales Administrativos como ante el Consejo de Estado, en negocios de esta naturaleza, tienen plena validez y efecto; de donde se deduce que la tramitación impulsada por el Consejo de Estado para la ejecución del fallo, vale decir para establecer el monto del perjuicio causado al ejecutante, esto es la fijación hecha por nuevos peritos, del valor del daño, como lo ordena la sentencia, tiene en concepto de la Sala su plena operancia y surte sus efectos, dada la validez que a tal actuación le asigna el mentado decreto. En estas condiciones, tócale al juzgador finalizar la actuación desarrollada para el objetivo indicado, profiriendo la providencia por medio de la cual haga la fijación de la cuantía del perjuicio, teniendo en cuenta las alegaciones y las pruebas aportadas con tal fin, sin que sea óbice para ello la consideración de que el demandante no presentó para la ejecución del fallo la liquidación especificada de los perjuicios, pues aunque esta exigencia debe observarse de manera general, en el caso que se examina lo fundamental no es aquella cuenta o liquidación sino la alegación, de una parte, y la demostración, de otra, del monto del perjuicio sufrido por aquél, lo cual debe aparecer mediante el justiprecio que los peritos designados hagan sobre el lote a que se refiere la sentencia, como lo ordena ésta, para que "se avalúe —por nuevos peritos designados en la forma legal— el inmueble que fue de las referencias de que da cuenta el proceso, teniendo en cuenta, se repite, el valor comercial que para el día de la ocupación tenía la expresada propiedad. (Artículo 123 del C. C. A. en armonía con el 553 y ss. del C. J.)". En esta ejecución, dice la mentada providencia, "ya no podrá discutirse la obligación de pagar la indemnización sino lo relacionado con el quantum respectivo". De suerte que si la ejecución del fallo se hacía consistir en la realización de este objetivo, entonces forzoso es concluir que cumplido ese fin corresponde al juez resolver sobre la situación alegada y probada, fijando, en consecuencia, la cuantía del perjuicio cuya obligación está decretada. Entrase, pues, en seguida, a examinar la prueba aducida por el demandante.

En efecto, el doctor Mackenzie, dentro de la ejecución del fallo, solicitó el justiprecio del pre-

dio ocupado por la Nación, lo que en realidad se hizo por medio de los peritos nombrados señores Suárez Hoyos y Espinosa Sánchez quienes, posesionados, procedieron a rendir su dictamen en los siguientes términos:

"El lote materia del avalúo estaba marcado con el número 77-48 de la Avenida 13 de Bogotá, ocupado en su totalidad por la Nación, desde septiembre de 1951, con destino a la construcción del 'Paseo de los Libertadores' o autopista que va al Puente del Común, hecho reconocido por ese H. Consejo en sentencia de fecha 2 de diciembre de 1954, lote que tiene una cabida de 2.732 varas cuadradas con 44 centésimos de vara, cuyos linderos especiales son: 'por el norte, en 56-41 metros, con propiedad de Hernando y Santiago Vergara Galvis; por el sur, en 56,50 metros, con propiedad de Faustino Rico; por el oriente en 41-97 con propiedad de Ricardo Cubides, denominada 'Parque Gaitán'; y por el occidente, en 20 metros, con la prolongación de la Avenida 13, antigua zona del Ferrocarril del Norte'.

"Aun cuando actualmente el mencionado lote de propiedad del Profesor Gonzalo Reyes García, se encuentra ocupado en su totalidad por la autopista, que arranca desde la calle 77 hacia el norte, fue fácilmente localizado por nosotros, en virtud del conocimiento que de su situación y linderos tenía el suscrito Espinosa Sánchez, con anterioridad a la ocupación, y además por haber tomado la correspondiente medida desde la calle 77 hacia el norte, que es de 48 metros, hasta encontrar la línea en donde empezaba el lote referido.

"Para formarnos un claro criterio acerca del valor del lote al tiempo de su ocupación —septiembre de 1951— nos informamos de varias operaciones de compraventa, en el Barrio de San Felipe, situado casi frente al lote del Profesor Reyes García, tal vez un poco más al sur, aunque no exactamente en el mes de septiembre de 1951, sí en el curso del mismo año y en 1950. Entre otras, las ventas de los lotes marcados hoy con los números 19-44 de la calle 75; 19-17 de la calle 75-A; el lote número 3 de la manzana 'B' sobre la misma calle 75-A; el lote de tres frentes de la calle 75 y la Avenida Caracas o Avenida 13, etc. Datos éstos obtenidos en la Notaría 3ª y 6ª de Bogotá.

"Además fuimos informados por los dueños de los predios aledaños, sobre el precio que en 1951 ellos le tenían a sus solares, como la señora propietaria del lote que ocupó la 'Gallera de Las Américas', esquina formada por la calle 75 y la Avenida 13, que es hoy de propiedad de la Esso Colombiana y por el esposo de la señora Beatriz Vela de Molinos, dueño de la llamada 'Urbanización Vergara' situada hacia el oriente de la propiedad de la Esso.

"También el doctor Rafael Ruiz Manrique nos suministró algunos datos relacionados con los precios a que él vendió solares en la urbanización de su propiedad, situada al norte de la prolongación de la Avenida de Chile, que, aunque un poco más retirada, siempre está comprendida dentro del sector norte, que más o menos tiene el mismo valor.

"Hemos tenido en consideración igualmente, que el lote materia de este avalúo, está enclavado en un predio privilegiado, desde luego que se encuentra rodeado, si así puede decirse, por los espléndidos barrios residenciales, como la Avenida de Chile, El Nogal, La Cabrera, El Retiro, Country Club, Urbanización Vergara y San Felipe, urbanizaciones éstas que existían ya en 1951 y que anteriormente fueron tomando un valor cada día más creciente, desde el retiro de los rieles del Ferrocarril del Norte, hasta llegar en la actualidad al precio de $ 60.00 y $ 65.00 la vara cuadrada.

"Por las razones antes anotadas conceptuamos, de común acuerdo, que en septiembre de 1951 o sea cuando la Nación ocupó el solar número 77-48 de la Avenida trece (13) de esta ciudad, de propiedad del profesor Gonzalo Reyes García, con una cabida de dos mil setecientas treinta y dos (2.732) varas cuadradas, con cuarenta y cuatro (44) centésimos de vara cuadrada, valía noventa y cinco mil seiscientos treinta y cinco pesos, con cuarenta centavos ($ 95.635.40) moneda corriente, a razón de treinta y cinco pesos ($ 35.00) m. c. precio comercial, la vara.

"En cuanto a intereses, estimamos que la Nación los debe pagar al demandante, sobre la suma indicada, a la tasa del seis por ciento (6%) anual, que es lo que regularmente produce la finca raíz en esta Capital, intereses que deben liquidarse desde el día de la ocupación del lote, hasta el día en que se haga el pago total de la suma indicada".

Impónese, ahora, entrar a examinar el contenido del dictamen para deducir luego las consecuencias que se desprendan con arreglo a los ordenamientos legales. Veamos para ello lo que nos informa el artículo 721 del C. J. que dice:

"Cuando se trata de avalúos o de cualquier re-

gulación en cifra numérica, el dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado de dos peritos, hace plena prueba.

"Si hay desacuerdo, se toma el medio aritmético, a menos que la diferencia entre los dos extremos exceda de un cincuenta por ciento de la cantidad menor, pues en este evento, el Juez hace la regulación que estime equitativa conforme a los mismos dictámenes y demás elementos del proceso; y aun puede decretarse de oficio otro avalúo por medio de peritos que él designe".

De acuerdo con este precepto, tres son los requisitos para que el dictamen comercial tenga la fuerza de plena prueba: que sea explicado, uniforme y debidamente fundado. Reunidos estos requisitos el juzgador debe darle al dictamen el valor de prueba completa; pero si falta uno de ellos, el juez debe resolver sobre el valor probatorio ajustándose a la realidad de los hechos demostrados. "De modo —dice la Corte— que si la pericia es uniforme, explicada y debidamente fundamentada, el juez no está autorizado para prescindir de ella arbitrariamente; pero si no reúne esas calidades, debe impartir justicia, acomodándose a la verdad de los hechos comprobados". Esa apreciación la hace el juez al momento de fallar, ya que es a él a quien corresponde darle al dictamen la valoración jurídica que amerite o demerite tal dictamen, imprimiéndole la fuerza probatoria que ha de revestir de acuerdo con la ley, para lo cual habrá detenerse en cuenta que el dictamen, como lo ha sostenido esta Sala en repetidas veces, "se apoye en consideraciones lógicas y racionales que conduzcan a la evidencia de la conclusión que se propone".

Aplicando estos principios al caso en cuestión se tiene lo siguiente: del examen detenido de los términos en que está concebido el dictamen contentivo del avalúo pericial, se observa que aquel reúne las calidades previstas en el artículo 721 del C. J. es decir, que la exposición pericial aparece explicada claramente, uniforme en sus apreciaciones y debidamente fundamentada, comoquiera que ella reposa sobre bases racionales y lógicas que llevan al ánimo del juzgador la convicción de que las conclusiones a que han llegado los expertos tienen fuerza legal suficiente de credibilidad. Siendo esto así, la Sala acoge el dictamen rendido por los peritos Suárez Hoyos y Espinosa por hallarlo ajustado a aquel precepto y en consecuencia acepta el avalúo dado al predio ocupado por la Nación, en la cantidad allí consignada, tal como lo determinó el fallo que se ha mandado cumplir. En estas condiciones lo legal es señalar la cuantía de aquella indemnización, la cual se fija en la suma de noventa y cinco mil seiscientos treinta y cinco pesos cuarenta centavos ($ 95.635.40) que es el avalúo dado por los peritos al lote que ha ocupado la Nación y que ésta está obligada a pagar al doctor Reyes García. En cuanto a la petición del doctor Mackenzie sobre pago de intereses, y a la cual se refieren los señores peritos en su dictamen, la Sala estima improcedente tal solicitud porque la sentencia no contiene condenación alguna a este respecto; y no habiendo dicho nada sobre pago de intereses el fallo de cuya ejecución se trata, no puede el juez pronunciarse ahora sobre ese tema, desprovisto de toda relación procesal con aquella resolución; valga decir, que no es posible hacer condenación por una cantidad determinada por concepto de intereses, cuya obligación no ha sido decretada en la providencia que se ejecuta actualmente.

En razón de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1º—Fijar en la suma de noventa y cinco mil seiscientos treinta y cinco pesos cuarenta centavos ($ 95.635.40) el valor de la indemnización que la Nación colombiana representada por el Ministerio de Obras Públicas debe pagar al doctor Gonzalo Reyes García, por causa de los perjuicios ocasionados por esta Entidad al demandante doctor Reyes, con motivo de la ocupación permanente del inmueble por trabajos públicos, de que da cuenta la parte resolutiva de la sentencia de fecha 2 de diciembre de 1954 que desató la presente controversia y de cuyo cumplimiento y ejecución se trata en esta providencia.

2º—Comunicar al Ministerio de Obras Públicas lo resuelto en este fallo, para los efectos del artículo 554 del C. J.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán — Manuel Buenahora. Roberto Goenaga — Camilo Rincón Lara. — Jorge García Merlano, Secretario.

PRUEBA DE LA CALIDAD DE ABOGADO EN LOS JUICIOS SEGUIDOS POR FALTAS EN EL EJERCICIO PROFESIONAL

Sólo las personas que ejercen legalmente la abogacía pueden ser sujetos de los derechos y obligaciones que emanan del mandato constitucional respectivo y del estatuto reglamentario de la profesión, y por lo mismo susceptibles de ser juzgados por las faltas que cometan.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, abril diez de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Ha venido el presente negocio a la Corte en consulta del sobreseimiento definitivo dictado por el Tribunal Superior de Cartagena el 8 de noviembre del año próximo pasado, a favor del abogado Wilfrido Castro, a quien se había acusado por su intervención profesional en el juicio de sucesión de Pedro A. Navarro, y en dos procesos penales que se desprendieron de aquél.

El denuncio o queja que dio origen al juicio se funda en estos hechos:

1—El doctor Wilfrido Castro intervino en el sucesorio de Pedro A. Navarro, como apoderado del señor Antonio Víctor Carrasquilla, para hacer incluír en el pasivo de los inventarios una letra de cambio a cargo del causante, letra que la cónyuge supérstite, señora Juana Merlano viuda de Navarro, presente en el acto de los inventarios, tachó de falsa.

2—En la denuncia criminal que posteriormente formuló la prenombrada cónyuge contra el beneficiario de la letra señor Carrasquilla, el doctor Wilfrido Castro intervino como apoderado y defensor de aquél.

3—A su turno el señor Carrasquilla, por medio de su apoderado el doctor Wilfrido Castro, formuló querella penal contra la señora viuda de Navarro, por falsas imputaciones e injurias.

El autor de la queja acusa al abogado Castro:

a) de asesorar a Carrasquilla en el cobro de una letra de cambio tachada de falsa, y haber desarrollado actuaciones tales como obtener el embargo preventivo de una casa de la sucesión, y haber solicitado luégo la nulidad de la sentencia de partición dictada en el sucesorio, actos que "sólo han tenido como miras conseguir el pago del instrumento por medio de los perjuicios que para mis clientes significa la demora en el registro de la partición", según reza el denuncio.

b) de estar apoderando al señor Antonio Víctor Carrasquilla en el juicio criminal que se le sigue por falsedad en el citado instrumento.

c) de aconsejar a su cliente el contradenuncio por falsas imputaciones contra la prenombrada señora viuda de Navarro y "desarrollar en él actuaciones escritas ofensivas para la dignidad de una mujer honesta y honorable".

En este proceso se produjeron diversas pruebas relativas a la existencia de los juicios civil y penales antes mencionados. El primero, o sea el sucesorio se encuentra terminado y protocolizado en la Notaría Segunda de Cartagena y en él aparece la "Hijuela de gastos y responsabilidades. Relación de gastos y obligaciones", en la que se incluye el crédito a favor del señor Antonio Víctor Carrasquilla por $ 3.450, representado en la letra de cambio (véase inspección ocular, folio 49). El sumario por falsedad del instrumento fue fallado por el Tribunal Superior de Cartagena con un sobreseimiento definitivo en favor del mismo Carrasquilla (copia del fallo, folios 73 a 81); y en el sumario contra la señora viuda de Navarro se ordenó la cesación de todo procedimiento contra ella (certificado, folio 32 vuelto).

En el memorial de queja no se hace cargo alguno concreto por un hecho que en sí mismo pudiera ser considerado como contrario a la moral o el decoro profesionales, sino que se denuncia la actuación del abogado en general —en los tres negocios judiciales— como contraria a las normas éticas que gobiernan la profesión de abogado.

No halla el señor Agente del Ministerio Público, en el examen de los cargos y de las pruebas que produjeron, la existencia de falta alguna por la cual deba ser sancionado el doctor Wilfrido Castro, y en consecuencia opina que éste debe ser absuelto. En iguales consideraciones se fun-

damenta el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal, en primera instancia, y la Procuraduría, al conceptuar que debe mantenerse el fallo consultado, abunda en los mismos razonamientos.

No obstante este parecer unánime, acerca de la conclusión a que habría de llegarse en el negocio, observa el señor Procurador que el Tribunal olvidó allegar a los autos la prueba sobre la calidad de abogado inscrito que tenga el doctor Castro, prueba que estima primordial "porque de lo contrario se podría tramitar y fallar un negocio carente en absoluto de fundamento esencial".

En efecto, no existe prueba directa de que el doctor Wilfrido Castro se halle inscrito como abogado en el Tribunal Superior de Cartagena, para poder ejercer allí la profesión, según lo ordena el artículo 6º de la ley 62 de 1928. Tal circunstancia impide el pronunciamiento de una decisión sobre su conducta en los asuntos de que da cuenta el denuncio. Sólo las personas que ejercen legalmente la abogacía pueden ser sujetos de los derechos y obligaciones que emanan del mandato constitucional respectivo y del estatuto reglamentario de la profesión y por lo mismo susceptibles de ser juzgados por las faltas que cometen.

Imperativo es, por consiguiente, revocar la providencia consultada y negar las peticiones de la querella.

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, **revoca** el fallo consultado, y niega las peticiones formuladas en el denuncio que dio origen al juicio.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán — Manuel Buenahora Roberto Goenaga — Camilo Rincón Lara — Jorge García M. Secretario.

SE REVOCA EL AUTO APELADO POR EL CUAL NO SE DECLARO LA NULIDAD DE LO ACTUADO EN ESTE JUICIO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, abril diez de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Por auto de 22 de febrero de 1955 el Tribunal Administrativo de Caldas negó la declaración de nulidad del presente juicio que, por incompetencia de jurisdicción, había propuesto el señor Agente del Ministerio Público. Este apeló de tal providencia y los autos pasaron al Consejo de Estado, en donde se surtió el trámite pertinente al recurso hasta ponerlo en estado de recibir la decisión correspondiente. El 20 de junio de 1955 se produjo en la Corte Suprema de Justicia fallo de inexequibilidad del Cap. XXII de la Ley 167 de 1941, "Indemnizaciones por trabajos públicos", que establecía la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de esas indemnizaciones. En consecuencia los negocios de tal índole, sobre ocupación permanente de la propiedad privada, de que venían conociendo los tribunales administrativos y el Consejo de Estado pasaron a la justicia ordinaria, acto que reglamentó el decreto legislativo Nº 0293 de 1956 (febrero 15). De acuerdo con las normas de ese decreto las actuaciones y trámites surtidos ante la jurisdicción contencioso administrativa tienen plena validez y efecto (art. 1º), lo que implica, para el caso de estos autos, que esta Sala de la Corte debe proferir la decisión que corresponda al recurso, pues como ya se dijo el trámite pertinente se encuentra agotado.

Para negar la declaración de nulidad por incompetencia de jurisdicción, la providencia apelada se apoya en los artículos 261 y 262 de la ley 167 de 1941, que, como ya se vio, atribuían el conocimiento de las indemnizaciones que se reclamaban del Estado, de los Departamentos y Municipios con causa en trabajos públicos, al Consejo de Estado y a los tribunales del ramo administrativo. Es cierto que esas disposiciones fueron objeto de encontradas interpretaciones doctrinarias, surgidas de las modalidades que pueden presentarse en la ocupación de la propiedad, lo que naturalmente incidía en la competencia. Pero el punto vino a quedar definido mediante el fallo de inexequibilidad mencionado, lo que vale decir, que las referidas disposiciones tuvieron vigencia hasta entonces. Así las cosas, su aplicación en la providencia apelada fue pertinente, y por tanto, debiera ser confirmada. Mas no puede serlo hoy, porque merced a la definición del punto tocante a la competencia, que actualmente corresponde a la justicia ordinaria, sería inocuo mantener una providencia que no puede tener efectos. Lo procedente pues, para evitar demoras injustificadas, es revocar el auto y disponer que el negocio pase directamente al Tribunal Superior Judicial de Manizales, para que avoque su conocimiento.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, revoca el auto apelado y dispone que el expediente pase al Tribunal Superior de Manizales.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Aníbal Cardoso Gaitán — Manuel Buenahora Roberto Goenaga — Camilo Rincón Lara — Jorge García M. Secretario.

EL CONSEJO DE ESTADO ES COMPETENTE PARA CONOCER DE LAS ACCIONES SOBRE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS CAUSADOS POR TRABAJOS PUBLICOS CUANDO NO HAY OCUPACION PERMANENTE DE LA PROPIEDAD PRIVADA POR LA ADMINISTRACION PUBLICA

El art. 261 del C. C. A. estatuye que "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". Esta disposición, lo mismo que las contenidas en los arts. 262 a 268 del mismo código, fue declarada inexequible por la Corte en sentencia de 20 de junio de 1955 "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". Obvio es entonces que tratándose de una acción incoada para obtener del Estado simplemente indemnización de perjuicios por trabajos públicos, sin ocupación permanente de la propiedad privada, el citado art. 261 es exequible y, por tanto, el conocimiento de esa acción corresponde al Consejo de Estado.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales — Bogotá, diez de abril de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente, Dr. Camilo Rincón Lara)

El Tribunal Superior de Medellín remitió el presente juicio para que esta Sala de Negocios Generales, decida el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra el auto proferido por aquella entidad el 15 de diciembre de 1955, mediante el cual se decreta la nulidad del proceso desde la providencia que aceptó la demanda. Y surtidos como están en esta instancia los trámites legales, se procede a resolver.

El Dr. Elías Espinosa A., actuando como apoderado del Sr. Bernardo Correa Herrera, demandó a la Nación, ante el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 3 de noviembre de 1955, con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones:

"a) Que la NACION es civilmente responsable de los daños y perjuicios materiales de todo orden que se le han causado al señor BERNARDO CORREA HERRERA con el ensanche de la carretera que conduce del Municipio de Bolívar (Ant.) al de Quibdó (Chocó), y especialmente con la construcción de un desagüe en la finca descrita en el hecho primero de este libelo, de propiedad de dicho señor Correa Herrera.

"b) Que como consecuencia de la declaración anterior se condene a LA NACION a pagar a BERNARDO CORREA HERRERA, dentro del término de seis (6) días, el valor de la depreciación que su finca, descrita en el hecho primero de esta demanda, ha tenido a consecuencia de los trabajos ejecutados en el ensanche de la carretera Bolívar-Quibdó y los daños ocasionados con la destrucción de potreros, cercas, cafetales, yucales y platanales, a consecuencia de la acción destructora de las aguas, piedras y demás elementos que el desagüe a que se refiere la demanda arroja sobre la finca, daños y perjuicios cuyo monto será determinado por peritos en este juicio o en el incidente de liquidación del mismo".

Como hechos fundamentales de la demanda expresó el Dr. Espinosa: que el señor Bernardo Correa Herrera es dueño de una finca rural ubicada en la región llamada "La Linda" en jurisdicción del municipio de Bolívar (Ant.); que ese inmueble, cuando lo adquirió el demandante, no tenía servidumbres de ninguna clase y sus cercas, a lo largo de la carretera que conduce de Bolívar a Quibdó, se hallaban en perfectas condiciones; que la vía en mención es nacional y por tanto se atiende a su sostenimiento y ensanche con fondos suministrados por la Nación; que "los trabajadores que verificaron el ensanche y sostenimiento de la carretera en mención, a la altura de la finca de que da cuenta el hecho primero, con descuido de sus deberes y en forma maliciosa, procedieron a trasladar un desague grande que existía en la vía, en el lindero de la finca de

mi poderdante con la del señor don Joaquín Puerta, denominada "La Margarita" y que desde la construcción de esta carretera corría por el predio de dicho Puerta, por donde está marcado su cauce, y fue tapado y construído nuevamente unos ochenta metros, aproximadamente, más abajo, ya en predio de mi patrocinado, con dirección a sus potreros y cafetales"; que como, además, el desagüe fué hecho sin técnica, los elementos que por él corren han destruído, en parte, un potrero de yaraguá y un cafetal en producción, han causado deslizamientos de tierra en extensiones mayores de tres cuadras destruyendo también, de esa manera, pastos y plantaciones de café, yuca y plátano; y que, por tales motivos, la consecuencia de mayor trascendencia económica para el demandante es la notoria desvalorización de la finca pues comercialmente su precio se ha reducido a la mitad del que tenía cuando él la adquirió.

Admitida la demanda se adelantó su trámite hasta proferir, el 2 de diciembre siguiente, el auto de apertura a prueba, y luego se dictó la providencia materia del recurso, y cuya reposición fue negada para conceder, en cambio, la apelación subsidiariamente interpuesta.

El auto recurrido

Sostiene el Tribunal, para declarar la nulidad, que del estudio de la demanda "resulta que la reclamación sólo se hace por concepto de daños y nó por la ocupación permanente o definitiva de parte alguna del inmueble, o sea por la llamada expropiación de hecho", por lo cual la competencia para conocer del juicio corresponde al H. Consejo de Estado, de conformidad con el art. 261 de la Ley 167 de 1941. Y agrega: "Es verdad que la Corte Suprema de Justicia, por sentencia de veinte de junio del año en curso, declaró la inexequibilidad de varios artículos de dicha ley, entre éllos, el transcrito, pero sólo en cuanto atribuía la competencia para tales asuntos a la jurisdicción Contencioso-Administrativa "con motivo de ocupación permanente de la propiedad privada por la administración pública".

La nulidad se decretó, pues, por la causal primera del art. 448 del C. J. y nó se puso previamente en conocimiento de las partes por ser, desde luego, legalmente imposible la ratificación de lo actuado.

El concepto de la Procuraduría

Conceptúa el señor Procurador que está "estrictamente ajustado a las disposiciones legales pertinentes y a la realidad procesal lo decidido por el Tribunal Superior de Medellín en el auto apelado", porque "leyendo la demanda que dió origen a este juicio y cuyo texto aparece absolutamente claro, fácilmente se concluye que aquí se trata de una acción dirigida a obtener concretamente una simple reparación de daños producidos a consecuencia de trabajos públicos en la carretera Bolívar-Quibdó, y no de una acción encaminada a obtener una indemnización por haber sido ocupada permanentemente la propiedad privada por la Administración Pública".

La Sala considera:

Efectivamente, el art. 261 del C. C. A. estatuye que "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". Esta disposición, lo mismo que las contenidas en los artículos 262 a 268 del mismo código, fue declarada inexequible por la Corte en sentencia de 20 de junio de 1955 "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 motivos de ocupación permanente de la propiedad privada por la Administración Pública". Obvio es entonces que tratándose de una acción incoada para obtener del Estado indemnización de perjuicios por trabajos públicos, sin ocupación permanente de la propiedad privada, el citado artículo 261 es exequible y, por tanto, el conocimiento de esa acción corresponde al Consejo de Estado..

En el caso de autos, la demanda es, como lo dice la Procuraduría, suficiente para demostrar que la acción no se origina en "perjuicios por trabajos públicos, con motivos de ocupación permanente de la propiedad privada por la Administración Pública", sino en perjuicios simplemente causados por trabajos públicos, esto es, por una canalización, alcantarilla o desague hecho a la carretera que comunica las poblaciones de Bolívar y Quibdó y que cruza el inmueble de propiedad del demandante. Así lo dice claramente el libelo en el párrafo que se ha dejado transcrito y en los otros que han quedado resumidos, como el correspondiente al numeral séptimo que

textualmente expresa: "Pero la consecuencia de mayor trascendencia económica para mi cliente, que incide directamente en detrimento de su patrimonio, es la notoria desvalorización de la finca, producida por los graves males que en ella causan las aguas y demás elementos que vierte el multicitado desagüe".

Siendo esto así, como lo es, el Tribunal Superior de Medellín carece de jurisdicción para conocer del presente negocio y en consecuencia es nulo lo actuado por él, desde el auto admisorio de la demanda.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley CONFIRMA el auto recurrido.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán — Manuel Buenahora. Roberto Goenaga — Camilo Rincón Lara — Jorge García Merlano, Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

I N D I C E

Págs.

NOTA DE LA RELATORIA—La sentencia dictada por la Sala de Casación Civil en el juicio ordinario de Gustavo Gómez contra Elena Gutiérrez Montejo de Torres, el 6 de abril del corriente año con ponencia del Magistrado doctor José J. Gómez y el auto de la misma Sala de fecha 9 de abril por el cual se dispuso remitir al Tribunal Supremo del Trabajo el juicio ordinario de Víctor G. Valle O. contra María Ramos de Guete del Magistrado doctor Manuel Barrera Parra, se publicarán en el próximo número de la GACETA JUDICIAL, correspondiente al número 2167 del mes de mayo.

SALA PLENA

La Corte deplora el fallecimiento del doctor Jorge Gutiérrez Gómez, ex-Magistrado de la Corporación.—Acuerdo de la Sala Plena del 20 de marzo del presente año..... 203

Se reafirma la doctrina según la cual disposiciones legales suspendidas en ejercicio de la potestad extraordinaria que al Gobierno confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional, no pueden ser materia de declaratoria de inexequibilidad.—La Corte resuelve que no es el caso de resolver sobre la acusación de inexequibilidad formulada por el abogado Manuel Rodríguez Díaz contra los artículos 7º, apartes c) y d), 122, 123, 126 y 139 de la ley 3ª de 1945 sobre Código de Justicia Penal Militar.—Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R..... 204

Se reafirma la doctrina de que disposiciones legales derogadas no pueden ser declaradas inexequibles. — A virtud de acusación de inexequibilidad presentada por el ciudadano Santiago Romero Sánchez, la Sala Plena decide que no es el caso de resolver sobre la demanda de inconstitucionalidad del artículo 7º del Decreto legislativo número 279 de 17 de febrero de 1953.—Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R..... 206

SALA DE CASACION CIVIL

Causal 3ª del artículo 4º de la ley 45 de 1936. Caso de una declaración de renta que sirve de prueba de la filiación natural con base en aquella causal. — La Sala casa la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Ibagué y en su lugar hace las declaraciones solicitadas en la demanda que María Teresa Morales o Sánchez de Martínez formuló contra la sucesión de Urbano Sánchez L., representada por el curador de la herencia yacente. — Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U. 208

Desistimiento de un juicio por transacción celebrado entre las partes.—Falta de interés jurídico en quien se pretende coadyuvante en el juicio para impugnar el desistimiento. — En el juicio ordinario de Sara Isaac Sierra, como representante de sus hijos naturales Alfonso y Carol Barbosa Isaac, contra Carlota B. vda. de Barbosa, la Corte casa la sentencia del Tribunal Superior de Cartagena y, revocando la de primera instancia, acepta el desistimiento de los juicios ordinarios de que se da cuenta en la parte motiva de la sentencia. — Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse 211

Acción de simulación. — Personería de los acreedores para entablar la acción contra los actos de los deudores.—Técnica de casación.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín por la cual se declara simulada la escritura 1602 de 1952 de la Notaría 4ª de Medellín, sentencia dictada en el juicio ordinario promovido por la sociedad Grace & Cía. (Colombia) S. A., sucursal de Medellín, contra Pedro o Pedro

Págs.

María Gómez R. y Concepción (Concha) Gómez García de Gómez sobre el objeto expresado.—Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila 219

Acción de pertenencia.—La Corte no casa la sentencia del Tribunal Superior de Buga, confirmatoria de la de primera instancia, por la cual se declaró probada la excepción perentoria de ilegitimidad sustantiva de la parte demandada en el juicio ordinario intentado por la señora Matilde Montenegro de Avendaño contra la Sociedad Londoño y Compañía, Limitada, representada por su Gerente Manuel Antonio Londoño.—Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse.. 229

Acción de filiación natural. — Valor de la prueba testimonial en relación con la causal 4ª del artículo 4º de la ley 45 de 1936. En el juicio ordinario sobre filiación natural seguido por María de Jesús Ortiz de Bonilla y Anunciación Ortiz contra Zoila María Reyes v. de Portela, no se casa la sentencia procedente del Tribunal Superior de Ibagué favorable a las actoras.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U. 232

Acción de petición de herencia.—En qué consiste esta acción. — Caso en que se puede entablar esta acción para la sucesión y no para el heredero.—Técnica de casación.— La Sala decide no casar la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Medellín que declaró probada la excepción perentoria temporal de petición de modo indebido en el juicio ordinario de José Luis Aramburo, Hernando Escobar y Benicio Escobar contra Eleázar Arroyave Restrepo sobre petición de herencia y otras súplicas. — Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 236

No puede generar error de hecho manifiesto en casación la errónea interpretación de la contestación de la demanda. — Manera de formular la tacha de falsedad de un documento privado.—Alcance del artículo 23 de la ley 45 de 1936. — Derecho de los hijos naturales a la cuarta de mejoras.—La Corte no casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá por la cual se resolvió favorablemente a la parte actora el juicio ordinario sobre filiación natural entablado por Ursula Malaver de Navarrete contra la sucesión de Ambrosio Molina M. representada por Juana Rosalía o Rosa Cañón v. de Molina. — Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse 241

Acción reivindicatoria. — Calificación de la buena o mala fe de la posesión en relación con el derecho de propiedad.—Al casar la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, la Corte declara que Lorenzo Justiniano Jiménez es dueño del inmueble objeto de la controversia y hace otras condenaciones a cargo del demandado en este juicio ordinario Pablo Gutiérrez. — Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U. 249

La formalidad de la insinuación en las donaciones irrevocables que exceden de dos mil pesos.—Se exige la insinuación judicial en las donaciones a favor de legitimarios.

La donación disfrazada de compraventa, debe ser tratada jurídicamente de igual manera que una donación manifiesta.—En el juicio ordinario de Hernando Salazar Montoya y Gustavo Salazar Mejía contra Marco Salazar sobre simulación de un contrato de compraventa, la Corte casa la sentencia del Tribunal Superior de Manizales y como tribunal de instancia declara la simulación del contrato referido.—Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra.... 253

La demanda de casación debe cumplir con los requisitos señalados en el artículo 531 del Código Judicial para que prospere el recurso.—No se casa la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Tunja en la cual se confirmó la de primera instancia aprobatoria del trabajo de partición realizado en el juicio sobre liquidación, distribución y adjudicación provisional de los bienes pertenecientes a la sociedad conyugal formada por Mercedes Herrera y José Vicente Castro, en virtud de demanda presentada por la primera. — Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila 264

Págs.

Técnica de casación.—Las cartas misivas son documentos privados. — Confesión de paternidad contenida en carta emanada del pretenso padre.—Reconocimiento implícito de cartas por los herederos de su autor.— No es el caso de invalidar la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Ibagué, dictada por éste en el juicio ordinario sobre filiación natural y petición de herencia, promovido por Lisandro Huertas contra Hortencia Sánchez Hernández, hermana del finado Francisco Sánchez Hernández.—Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra 267

Acción de filiación natural.—La prueba de la condición de herederos del presunto padre en los demandados es indispensable para que prospere la acción. — La falta de esta condición impone la absolución de la parte demandada por falta de legitimatio ad causam de dicha parte.—La Corte no casa el fallo procedente del Tribunal Superior de Santa Marta, dictado en el juicio iniciado por Esperanza Martínez, como madre de la menor Graciela de Jesús Caro Martínez, para obtener la declaración de filiación natural de la citada menor con respecto a Nicolás de Caro, representado por Pascual de Caro y Graciela de Caro de Vittorino, sentencia desfavorable a las pretensiones de las demandantes. — Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila..... 275

Acción de disolución y liquidación de una sociedad de hecho.—La Sala no invalida el fallo dictado por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario de Luis Felipe Ruiz contra la sucesión de Marco A. Ruiz sobre el objeto expresado, fallo absolutorio para la parte demandada. — Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse 279

En la estructuración de la acción lo que importa son los hechos.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Buga pronunció el 2 de noviembre de 1954 para decidir el juicio ordinario seguido por Regina Castro v. de Restrepo contra los comuneros de "Brisuelas", juicio seguido con la oposición de Teófilo López y Aquilina López v. de González y que fue favorable a la peticionaria demandada. — Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R..... 282

Acción de indemnización de perjuicios ocasionados en accidente de tránsito. — Responsabilidad civil por culpa contractual y extracontractual o aquiliana.—La Corte no encuentra fundados los cargos de la demanda de casación formulada por la parte demandada y en consecuencia no invalida el fallo del Tribunal de Barranquilla por el cual se condenó a la "Compañía Unida de Buses, S. A." (CUDEBUS), a pagar los perjuicios demandados por Roberto Noguera Pure y Clara Elena López de Noguera, el primero en su propio nombre y en el de su menor hijo Alvaro Noguera Pure.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U. 285

El Juzgador debe ceñirse en el fallo a los hechos enunciados en la demanda.—Posesión notoria del estado de hijo natural.—La prueba testimonial en relación con esta causal. — Al prosperar uno de los cargos formulados contra la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla, la Corte resuelve casarla y en su lugar absolver a Ana María Polo de Seni de las peticiones formuladas en demanda ordinaria por Mario de Jesús y Camilo Antonio Polo Noriega tendientes a obtener declaración de que son hijos naturales de Marcial Polo Caballero—Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 290

Acción de restitución por causa de incumplimiento de un contrato de comisión.— No se exonera al deudor de la responsabilidad proveniente del incumplimiento de un contrato por la sola demostración del caso fortuito, sino que es necesaria la prueba de la ausencia de culpa cuando ha podido prever o evitar el caso fortuito.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de este Distrito Judicial, condenatoria de Juan E. Martínez, en el ordinario de Fernando Restrepo contra aquél, sobre restitución de unas joyas dadas al demandado en comisión para vender, o en su lugar, del

Págs.

valor de ellas. — Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U. 297

Testamento nuncupativo ante cinco testigos. Condiciones para su validez.—Apreciación de la prueba testimonial en acción de nulidad de un testamento de esta clase.— Se casa la sentencia que había pronunciado el Tribunal Superior de Pasto el 12 de mayo de 1955, y en su lugar se declara la nulidad del testamento de Emilia Cuayal Narváez solicitada por su hermana Marina, con citación de Julio Ruales, marido de la primera, en su calidad de demandado. Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U. 300

Determinación del predio reivindicado cuando se halla enclavado en otro de propiedad del demandante. — Aplicación del art. 971 del Código Civil.—La Corte no casa la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Manizales por la cual se niega la reivindicación solicitada por Jesús María Patiño Arias en juicio contra Jesús María Patiño Ocampo. — Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U. 305

Acción de pertenencia.—Registro de la partición realizada en juicio de sucesión.—Error de hecho en la interpretación de los contratos.—La Corte casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá y, revocando la de primera instancia, declara infundada la oposición formulada por Celia Escobar Rodríguez y Amparo Rodríguez v. de Escobar, ésta en su propio nombre y en el de su menor hijo Casto Antonio, a la solicitud del doctor Ramón Contreras V. de que se le declare dueño de un predio por haberlo adquirido por prescripción. — Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse..... 311

Causales 1ª y 2ª de casación. — Técnica del recurso.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá dictada en el ordinario de Ascensión Cabra, madre natural de Elsa María Ramírez. contra la sucesión de Carlos J. Ramírez M., representada por María Pascagasa y los menores Carlos, Jorge, Alfonso, Gladys, Yolanda y Rosa Ramírez. sobre filiación natural, sentencia desfavorable a la demandante. — Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse 318

SALA DE CASACION PENAL

Colisión de competencias.—Delitos conexos.- Falsedad y estafa. — La Corte resuelve el incidente de colisión de competencias negativa suscitado entre el Juzgado 1º Superior de Pereira y el Juzgado 1º Superior de Manizales para conocer del proceso que por los delitos de falsedad en documentos y estafa se adelanta contra Juan Gabriel Correa López y Benjamín Sierra Gómez, en el sentido de que debe seguir conociendo del negocio el segundo de los Juzgados nombrados.—Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 322

Cambio de radicación de un proceso penal por los delitos de hurto y estafa.—Se conceptúa favorablemente al cambio de radicación, solicitado por la parte civil, del proceso adelantado en Pasto contra Rafael Apráez Portilla, Efin Faimbaum Rubinstein, Luis Felipe Mosquera Medina y José María García Trejos por los delitos de hurto y estafa cometidos en perjuicio del Banco de la República y Aerovías Nacionales de Colombia, Avianca.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra 325

Recurso de revisión de los procesos adelantados por infracción de la ley 48 de 1936 y del Decreto 1426 de 1950, fallados por las autoridades de policía.—Retroactividad de la ley procesal más favorable.—Excepción de inconstitucionalidad. — Pruebas falsas, pruebas secretas y hechos nuevos en relación con las causales de revisión.—La Corte niega la revisión del proceso adelantado contra Luis Alberto Muñoz Rosero por el cual los Juzgados 4º y Superior de Policía lo condenaron a tres años de relegación a una colonia agrícola penal—Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez..... 329

Se rectifica una doctrina de la Corte sobre competencia para conocer del delito de

Págs.

fuga.—Esta corresponde al Juez del territorio donde se comete la infracción y no al del territorio donde está ubicada la cárcel.—Se atribuye al Juez 3º Penal del Circuito de Bogotá y no al Juez Promiscuo del Circuito de Florencia (Caquetá) el conocimiento del proceso que por el delito de fuga se adelanta contra Julio Enrique Restrepo y Gabriel Uribe Restrepo.—Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve... 335

Abuso de autoridad.—Dar noticia de un hecho que se cree delictuoso y abstención del funcionario para investigar.—La Corte confirma la providencia consultada del Tribunal Superior de Pasto por la cual se ordena cesar todo procedimiento en las diligencias adelantadas contra el doctor Enrique Becerra, Juez 2º Civil del Circuito de Pasto, por los delitos de abuso de autoridad y falsedad.—Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 338

Nulidades constitucionales. — La embriaguez, la falta de ilustración y la buena conducta anterior como circunstancias de menor peligrosidad.—La Sala casa la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla y en su lugar condena a José David Plata Coronel a la pena principal de doce años de presidio como responsable de la muerte de Víctor Mejía Martelo. — Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra 342

Competencia para conocer del delito de robo cometido por menores de edad.—Aplicación del artículo 2º del Decreto 0014 de 1955 en relación con el 12 de la ley 83 de 1946.— Se dirime la colisión de competencias en el sentido de atribuir el conocimiento del proceso contra Vicente Díaz Lozada por el delito de robo, al Juez de Menores de Manizales y no al Juez Penal Municipal de Pereira.—Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve 349

Recurso de hecho. — Providencias judiciales. El auto que se encamina a corregir una irregularidad, declarando sin valor una actuación, es de simple sustanciación.—Se estima bien denegado por el Tribunal Superior de Quibdó el recurso de apelación interpuesto por el doctor Aureliano Perea Aluma contra un auto dictado por dicho Tribunal en el proceso que se adelanta contra Rafael Morales Díaz.—Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve..... 351

El superior no adquiere jurisdicción para conocer de la providencia consultada mientras ésta no haya sido notificada en legal forma.—Artículo 153 del C. de P. P. — La Sala se abstiene de revisar la providencia consultada del Tribunal Superior de Cali, providencia dictada en las diligencias adelantadas contra el doctor Carlos Ramírez Bejarano, ex-Juez Penal del Circuito de Palmira, sindicado de prevaricato.—Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve 354

Impedimento.—Tramitación. — Intervención de la parte civil en estos incidentes. — La Corte se abstiene de considerar el impedimento manifestado por el doctor Julio Marenco Romero, Magistrado del Tribunal Superior de Barranquilla, para conocer del proceso adelantado contra Manuel Pérez Rodríguez y José Carrioni por los delitos de falsedad y estafa.—Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro..... 356

Impedimento de un Magistrado para conocer de un proceso penal. — Se declara que el Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, doctor Gustavo Orjuela Hidalgo, no está impedido para seguir conociendo del proceso adelantado contra José de Jesús Fonseca y otros por los delitos de falsedad y estafa. — Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra 359

Nulidades. — El auto que abre a prueba el juicio, en el caso del artículo 4º del Decreto 1231 de 1951, debe ser notificado personalmente al defensor.—La Sala revoca el auto apelado del Tribunal Superior de Cali y en su lugar declara la nulidad de lo actuado a fin de que se reponga el procedimiento en el proceso adelantado por abuso de autoridad y otras infracciones contra el doctor Neftalí Montayo Guerrero.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra..... 361

En la investigación del delito de prevaricato es necesario allegar al proceso la prueba legal de la calidad de funcionario público en el sindicado.—Se revoca la providencia consultada del Tribunal Superior de Cartagena en virtud del cual se ordena cesar todo procedimiento contra el doctor Federico Rodríguez, ex-Juez Penal del Circuito de Magangué. — Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve 364

Se ordena cesar el procedimiento por prescripción de la acción penal. — La Sala al reformar la providencia consultada del Tribunal Superior de Cartagena hace la declaración indicada en el proceso adelantado contra el doctor Carmelo Saladem Marrugo, Juez 1º Superior de esa ciudad.—Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve 366

Abuso de autoridad.—Violación de la reserva del sumario.—Detención arbitraria.—Se revoca el auto apelado del Tribunal Superior de Pereira y en su lugar se sobresee definitivamente en favor del doctor Jesús María Patiño, ex-Juez Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, por los cargos que le formuló Joaquín Maya Arboleda.—Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 368

Causal de impedimento para conocer de un proceso penal por amistad con el procesado.—La Corte declara que el doctor Rito Ricardo Beltrán Reyes, Magistrado del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, no está impedido para conocer del proceso que se adelanta contra el doctor Plutarco Niño Espejo, por el delito de prevaricato. Magistrado Ponente: Doctor Jesús Estrada Monsalve 374

Delito de concusión.—Elementos que lo configuran.—Sus diferencias con el cohecho.—La prueba de una modalidad específica del delito debe aparecer categóricamente, no como mera sospecha.—La Sala casa la sentencia del Tribunal Superior de San Gil y en su lugar absuelve a José Domingo Saavedra P. del cargo formulado en el auto de proceder, por el delito de concusión.—Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez 376

Cambio de radicación.—Enfermedad de Hanse o lepra.—Se emite concepto favorable al cambio de radicación solicitado por el Ministerio de Justicia del proceso que se adelanta en el Juzgado 2º Superior del Socorro contra Flaminio Gaona Romero por los delitos de homicidio, lesiones personales y violación de domicilio.—Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 383

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Para que prospere la acción reivindicatoria es necesario que se presenten por el actor los títulos que acrediten su dominio con anterioridad a la posesión del demandado, no siendo suficiente el solo certificado del Registrador en que se relacionen estos títulos.—Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, absolutoria de la parte demandada, dictada en el juicio ordinario sobre reivindicación adelantado por Ramón Leal T. contra la Nación.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo A. 385

Acción ordinaria sobre pago de una suma de dinero. — La Corte confirma la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, por la cual se absolvió al Departamento de Boyacá de los cargos que le formuló en demanda ordinaria Jesús Alberto Roa—Magistrado ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo A. 387

Acción de pertenencia de unos yacimientos petrolíferos. — No se hacen las peticiones impetradas en la demanda formulada por las sucesiones de Daniel Olivares Pabón y Francisca Ramírez de Olivares, representadas por Daniel, María Elena, Marcos, Ana Francisca, José Ignacio, Genivera, Rafael María, Raúl Narciso Olivarez Ramírez, Josefina Olivares de Torres e Inés Olivares de Rivera y María Elisa Olivares de De la Cruz contra la Nación, para que se les declare dueños del petróleo que se encuentre

en un predio rural.—Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán..... 389

Queja contra un abogado por faltas en el ejercicio profesional.—Es usurario el interés cuya tasa es mayor a la del interés corriente.—Se confirma el fallo del Tribunal Superior de Bogotá por el cual se absuelve al abogado Jesús Gallego Salazar de los cargos que por faltas contra la ética profesional le formuló Bernardo Carreño Varela. Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 392

Constituye grave falta en el ejercicio de la abogacía presentar al juez un proyecto de auto, aunque dicho proyecto sea legal y esté de acuerdo con la realidad procesal. La Sala reforma el fallo consultado del Tribunal Superior de Barranquilla y en su lugar condena al doctor Rafael Díaz Herrera a la pena de suspensión de tres meses en el ejercicio de la abogacía.—Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán..... 395

En las acciones que otorga la Ley 69 de 1945 es indispensable que se halle plenamente acreditada la calidad de abogado en la persona acusada.—En la queja formulada por Felipe Kaname Morimitsu contra el señor Julio Salinas Micolta por faltas en el ejercicio profesional la Sala revoca el fallo del Tribunal Superior de Cali y en su lugar niega las peticiones formuladas en la demanda.—Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara 399

No se repone el auto que ordenó la suspensión de un juicio civil por estar cursando un proceso penal ante la justicia penal militar.—No se repone el auto recurrido dictado en el juicio de Flor María Pacheco D. de Muñoz contra la Nación, en el cual se decretó la suspensión del presente juicio sobre indemnización de perjuicios por estar en curso un proceso penal.—Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán..... 403

Necesidad de la prueba de ser abogado el profesional acusado por falta contra la delicadeza y el decoro profesionales.—Se revoca la sentencia consultada del Tribunal Superior de Medellín, dictada en el juicio sumario que por faltas en el ejercicio profesional se le adelantó a Héctor Cuesta Angel por la cual se le sobreseyó definitivamente y en su lugar se ordena devolver los autos al Tribunal de origen para los fines legales.—Magistrado Ponente: Dr. Roberto Goenaga 405

Acción sobre pago de los cánones que se adeudan en un contrato de arrendamiento y de indemnización de perjuicios por deterioro de la cosa arrendada.—Prueba de que se adeudan dichos cánones. — **Costas judiciales.**—Se condena a la Nación al pago de unas sumas de dinero en virtud de la demanda formulada por Rafael Gutiérrez Hoyos sobre el objeto expresado.—Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán... 414

Incompetencia de la Corte para conocer de una demanda contra la Nación por la pérdida de unas mercaderías depositadas en la aduana de Barranquilla. — Al declararse probada la excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción la Sala despacha en tal sentido la demanda formulada por la Sociedad Colectiva de Comercio Finkelman y Shonberg contra la Nación.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo A. 420

La Sala mantiene el anterior auto suplicado. Magistrado Ponente: Dr. Roberto Goenaga. 426

No se repone el auto anterior. — Magistrado Ponente: Dr. Roberto Goenaga..... 428

Aplicación del término de dos años de que trata el artículo 263 del Código Contencioso Administrativo para instaurar la acción de indemnización de perjuicios por trabajos públicos.—Caducidad y prescripción de las acciones judiciales.—La Sala reforma el fallo del Tribunal Administrativo de Santander y en su lugar declara la caducidad de la acción intentada por Ana Dolores y Concepción García Torres contra el Departamento de Santander y el Municipio de Rionegro sobre indemnización de perjuicios ocasionados con motivo de trabajos

públicos, y en consecuencia niega las peticiones de la demanda.—Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara..... 430

Denuncia contra un abogado por faltas en el ejercicio de la profesión.—Prueba de la calidad de abogado.—Se revoca el fallo consultado del Tribunal Superior de Buga y en su lugar se niegan las peticiones de la querella formuladas por Rafael García Z. contra Luis Escobar Cruz por faltas en el ejercicio de la abogacía.—Magistrado Ponente: Dr. Manuel Buenahora..... 436

Recusación de un Magistrado del Tribunal Superior por enemistad grave.—Se confirma el auto apelado que el Tribunal Superior de Cali dictó el 22 de octubre de 1955, en el cual se declaró no probada la causal de recusación formulada por el doctor Alvaro Andrade Montaño contra el doctor Manuel de Jesús Lucio, magistrado de dicho tribunal, para conocer del juicio de venta seguido por el Instituto de Crédito Territorial contra el doctor Andrade.—Magistrado Ponente: Dr. Roberto Goenaga.... 440

Competencia para conocer de las acciones sobre indemnización de perjuicios ocasionados por trabajos públicos.—El demandante, decretada la indemnización está obligado a transferir al Estado su derecho de dominio sobre el inmueble de que se trata. Se condena a la Nación a pagar a la "Compañía Urbanizadora El Progreso, Ltda." una suma de dinero en virtud del juicio promovido por dicha sociedad ante el Consejo de Estado sobre indemnización de perjuicios con ocasión de trabajos públicos.—Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara 446

Ejecución de sentencias. — Dictamen pericial. En el juicio de Gonzalo Reyes García contra la Nación, la Sala hace la regulación de que trata el artículo 553 del C. J. ordenada por sentencia del Consejo de Estado al condenar a la Nación a pagar al demandante los perjuicios ocasionados con ocasión de trabajos públicos. — Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara..... 453

Prueba de la calidad de abogado en los juicios seguidos por faltas en el ejercicio profesional.—Se revoca el fallo del Tribunal Superior de Cartagena y en su lugar se niegan las peticiones formuladas en la querella contra el abogado Wilfrido Castro por faltas en el ejercicio profesional.—Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 458

Se revoca el auto apelado por el cual no se declaró la nulidad en lo actuado en este juicio.—La Sala se pronuncia en tal sentido son respecto al auto que dictó el Tribunal Administrativo de Caldas el 22 de febrero de 1955, por el cual negó la declaración de nulidad por incompetencia de jurisdicción del presente juicio sobre indemnización por trabajos públicos.—Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán. 460

El Consejo de Estado es competente para conocer de las acciones sobre indemnización de perjuicios causados por trabajos públicos cuando no hay ocupación permanente de la propiedad privada por la administración pública. — La Corte confirma el auto del Tribunal Superior de Medellín por el cual se decretó la nulidad del juicio seguido por Bernardo Correa Herrera contra la Nación. — Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara 461

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.

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: JULIO J. BENETTI SALGAR, RELATOR DE LA CORTE

TOMO LXXXII - BOGOTA, COLOMBIA. MAYO DE 1956 - NUMERO 2167

S A L A P L E N A

LA CORTE SE ASOCIA A LA CELEBRACION DEL VIGESIMO QUINTO ANIVERSARIO DE LA CONSAGRACION EPISCOPAL DEL EMINENTISIMO SR. CARDENAL CRISANTO LUQUE

"La Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena Extraordinaria, se complace en salud efusivamente a su Eminencia Reverendísima el señor Cardenal Crisanto Luque, Arzobispo de Bogotá y Primado de Colombia, en el vigésimo quinto aniversario de su consagración episcopal; se asocia al regocijo con que celebra la Nación tan fausta efemérides, y le rinde al Supremo Jerarca de la Iglesia Colombiana el tributo de su sincera adhesión que demanda su elevada investidura y sus insignes virtudes.

"Una comisión designada por la Presidencia pondrá en manos del Excelentísimo señor Cardenal Luque la presente moción, en nota de estilo.

"Insértese en la GACETA JUDICIAL y publíquese en la prensa".

(Aprobada en la sesión extraordinaria de Corte Plena el 2 de mayo de 1956).

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ACUSACION POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO LEGISLATIVO 3120 DE 1950. — LA DECISION DE INEXEQUIBILIDAD NO PROCEDE CONTRA UNA NORMA QUE SUBORDINA SU VIGENCIA A OTRA QUE HA QUEDADO SIN EFECTO

Aparece que por su artículo 1º el Decreto Legislativo 3120 de 1950 subordinó su propia vigencia a la del Decreto Legislativo 2207, por el cual se dispuso que continuara aplazada la reunión del Congreso Nacional hasta fecha determinada por "el Gobierno", cuando la situación del país lo permitiese. Estuvo previsto pues que si el Decreto 2207 dejaba de regir, habría de perder necesariamente toda su vigencia el Decreto 3120 acusado. Y como en virtud de lo dispuesto por los Decretos legislativos 2182 y 2278 de 1951 se reunió el Congreso el 30 de octubre de ese mismo año, quedó sin efecto el Decreto 2207 y, en consecuencia, el que es objeto de la demanda corrió la mismo suerte. Dejó desde entonces de pertenecer al régimen legal vigente, y no hay materia sobre la cual pudiera dictarse fallo alguno sobre inexequibilidad.

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

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez)

El ciudadano **Luis Pallares Alvarez** en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 214 de la Constitución Nacional pide que la Corte declare inexequible el Decreto Legislativo 3120 de 11 de octubre de 1950, "por el cual se suspenden algunas disposiciones relativas al personal subalterno del Congreso y se dictan otras normas sobre la materia".

Sostiene que el acto acusado quebranta el artículo 103 de la Carta, por cuanto este precepto atribuye de manera privativa al Senado y a la Cámara de Representantes la facultad de nombrar sus respectipos empleados subalternos. Lo cual indica, en concepto del demandante, que la Rama ejecutiva extralimitó sus funciones al designar los empleados de que se trata por medio del Decreto que es objeto de su demanda.

Alega también que fue desconocido el artículo 121 de la Constitución, porque esta norma sólo autoriza al Gobierno para suspender la vigencia de las leyes que sean incompatibles con el estado de sitio, cosa que, en su sentir, no ocurre con las normas relativas al personal subalterno de las Cámaras.

El señor Procurador General de la Nación conceptúa que el Decreto en cuestión no contraría ningún texto constitucional y es, por consiguiente, exequible.

Se considera:

Aparece que por su artículo 1º el Decreto acusado subordinó su propia vigencia a la del Decreto Legislativo 2207 de 1950, por el cual se dispuso que continuara aplazada la reunión del Congreso Nacional hasta fecha determinada por "el Gobierno", cuando la situación del país lo permitiese. Estuvo previsto pues que si el Decreto 2207 dejaba de regir, habría de perder necesariamente toda su vigencia el Decreto 3120 acusado. Y como en virtud de lo dispuesto por los Decretos Legislativos 2182 y 2278 de 1951 se reunió el Congreso el 30 de octubre de ese mismo año, quedó sin efecto el Decreto 2207 y, en consecuencia, el que es objeto de la demanda corrió la misma suerte. Dejó desde entonces de pertenecer al régimen legal vigente, y no hay materia sobre la cual pudiera dictarse fallo alguno sobre inexequibilidad.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, en ejercicio de la jurisdicción constitucional consagrada en el artículo 214 de la Carta, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, DECIDE que no es el caso de pronunciamiento alguno sobre el acto acusado.

Cópiese, notifíquese, publíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Luis Felipe Latorre — Manuel Barrera Parra. Manuel Buenahora—Aníbal Cardoso Gaitán—Jesús Estrada Monsalve—Roberto Goenaga—Ignacio Gómez Posse—Agustín Gómez Prada—José J. Gómez R.—José Hernández Arbeláez—Ricardo Jordán Jiménez—Julio Pardo Dávila—Camilo Rincón Lara—José Joaquín Rodríguez—Luis Zafra. Gustavo Fajardo Pinzón, Conjuez.—**Ernesto Melendro Lugo,** Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

SE REITERA LA DOCTRINA CONSISTENTE EN QUE NO EXISTE POSESION INSCRITA EN EL DERECHO COLOMBIANO. — NO ES POSIBLE ALEGAR DOBLE TITULACION, PROCEDENTE DE DIVERSAS FUENTES, SOBRE UN MISMO INMUEBLE.—TECNICA DE CASACION

1. — Ante la Corte no basta enunciar las pretendidas violaciones en que haya incurrido el sentenciador; es preciso indicar en forma clara y precisa cuáles son los fundamentos legales para pedir la infirmación del fallo.

2.—Es pertinente rectificar el concepto de que debe darse prevalencia a la posesión inscrita del actor contra la posesión material del demandado, porque ya la Corte (casación abril 27 de 1955, G. J. 2153, págs. 81 a 101) ha dicho que en el derecho colombiano no existe una posesión inscrita.

3.—Como la demanda para que se entregue o restituya una cosa, implica para quien pretende reivindicar, la acción de dominio, o sea que se le reconozca dueño de la cosa, es claro que lo primero que debe demostrarse al juez, es que evidentemente la cosa le pertenece al actor y el juzgador, para poder decretar la restitución, está en el deber de examinar si quien demanda tiene un mejor derecho. Para lo cual si hubiere titulaciones contrapuestas, bien puede llegar en su examen hasta encontrar cuál de las dos debe prevalecer por hallarse mejor caracterizada. Si falla en contra porque no se ha demostrado esa calidad por parte del actor, eso no quiere decir, necesariamente, que reconozca ERGA OMNES el derecho del dominio en el demandado.

Puede suceder que el juez no decreta la restitución contra el demandado poseedor, porque encuentre deficiente el título de propiedad del demandante, pero que exista otro titular que sea el dueño y quien en cualquier tiempo pueda reclamar la cosa con título suficiente, y su acción sería viable siempre que el demandado poseedor no se haya convertido en propietario por usucapión.

4. — Se pretende que las dos titulaciones presentadas por la actora, procedentes de fuentes distintas, son válidas y que ellas acreditan su carácter de dueña del terreno. Es imposible que esto pueda ser cierto, pues una de las dos titulaciones debe prevalecer sobre la otra, porque una cosa no puede pertenecer simultáneamente a personas distintas. Una de tales personas será la verdadera dueña y por consiguiente excluye a las otras en el dominio de la cosa. Además, esta pretensión demuestra que el derecho de dominio de la actora no es claro.

5. — La posesión sobre una determinada cosa no puede derivarse de que en los inventarios de una sucesión se incluya esa cosa como de propiedad del causante. Ni la adjudicación que se haga en el sucesorio dá al adjudicatario el derecho de dominio sobre la cosa, porque la adjudicación no es título constitutivo sino declarativo de dominio; si el causante nada tenía, nada puede transmitir.

6.—El hecho de que en un juicio ejecutivo que se le adelantó al actor, éste hubiera denunciado como de su propiedad un predio, hubiera nombrado depositario y a él le hubiera entregado el fundo, no quiere decir que ese depositario hubiera entrado a poseer a nombre del actor. Si esto no fuera así, sería muy sencillo, mediante juicios ejecutivos simulados, hacerse a la calidad de poseedor de un inmueble, para alegar luego esa posesión como título para ejercitar la acción publiciana.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila)

Afirma María Angelina R. v. de Vallejo, por medio de apoderado, que en el año de 1939 compró a Jorge I. García el inmueble llamado "Tequez", ubicado en el municipio de Ipiales y que tiene estos límites: "Oriente, con propiedades de Abigaíl Quiróz y herederos de Fidel Vallejo, camino vecinal al medio; Norte, con las de Celso Posso y Diocelina Estupiñán, zanja al medio; Occidente, con las de Celso Posso y Alcides Bustos, quebrada al medio; y Sur, con las de Ramón Posso, Alberto Bolaños y Servio Tulio García, zanjas al medio"; que García le entregó la posesión material que él ostentaba en ese entonces"; que "por escritura pública Nº 432 de 30 de agosto de 1946, de la Notaría 1ª de Ipiales, compró los derechos de dominio que sobre este mismo inmueble pertenecían a la sucesión de Gonzalo Moreano, a sus únicas herederas Rosario Moreano v. de Villota y Rogelia Moreano G."; que Gonzalo Moreano adquirió ese mismo inmueble "en mayor extensión", como comprador de acciones y derechos a los señores Froilán, Waldina y Orfelina García, en las sucesiones de Agustín García y Margarita Herrera, 'primitivos dueños de que se tiene noticia', 'las cuales acciones se le concretaron al finado Gonzalo Moreano G. en la partición de bienes de éstos (Herrera-García), según el acta de división que consta en la escritura pública número 26 de 18 de enero de 1915, de conformidad a su hijuela respectiva. Y siendo de advertir también que mi poderdante les compró a las herederas de Moreano, una vez que en beneficio de ellas se decretó la posesión efectiva de la herencia de él".

Que el actual poseedor material del fundo "Tequez" es Hernán García, "quien maneja el inmueble por medio de su partidario (sic) Jorge Posso"; que Hernán García "pretendiéndose dueño por compra que hizo a Carmela García y ésta a Froilán (escrituras 409 de 28 de abril de 1947 de la Notaría Segunda y 14 de 6 de enero del mismo año y de la misma Notaría), quien nada tenía ni como heredero de Agustín García y Margarita Herrera —porque vendió sus derechos a don Gonzalo Moreano— ni como heredero de su hermana Waldina— que ésta confiesa en su testamento que el inmueble pertenece a don Gonzalo— valiéndose de varios trucos judiciales, y más propiamente de juicios ejecutivos simulados, le arrebató la posesión material a mi poderdante; que Hernán García, con el ánimo de burlar los derechos de Angelina R. v. de Vallejo, "inclusive ha hipotecado el inmueble a Celso Posso, por escritura número 1275 de 17 de diciembre de 1948 de la notaría segunda de Ipiales".

Con fundamento en los hechos que se relacionan, María Angelina R. v. de Vallejo inició juicio ordinario ante el juez del circuito de Ipiales contra Hernán García, Celso Posso y Jorge Posso, para que en sentencia definitiva que debe perjudicar a todos los demandados indicados, mayores y vecinos de este municipio, se falle: Principalmente:

"a) Que el inmueble 'Tequez' situado en este municipio, por los linderos que se expresan luego, es de propiedad o le pertenece en dominio a mi poderdante, señora María Angelina R. v. de Vallejo;

"b) Que en caso de no ser posible la declaración anterior, entonces que pertenece a la sucesión de don Gonzalo Moreano, representada por sus herederas, de quienes mi poderdante es, a título de compradora del inmueble, causahabiente a título singular del derecho de dominio del inmueble que pertenece a la sucesión;

"c) Que en fuerza de una u otra declaración que debe perjudicar a los tres demandados, por los mismos linderos, ejecutoriada que sea la sentencia, el demandado Hernán García debe restituírle la posesión material de dicho fundo a mi poderdante, ya como dueña exclusiva o como causahabiente en el dominio de la sucesión y para la sucesión misma, por ella así representada;

"d) Que la restitución debe ser con los frutos naturales y civiles, valorizados en una cantidad mensual —en cuantía que se demuestre en este juicio o para liquidarse posteriormente— producidos o que se hubieren podido producir con mediana inteligencia y actividad, a partir de la última fecha en que el demandado García privó de la posesión a mi poderdante".

Subsidiariamente pide la actora que se diga que ella "es poseedora regular en vía de usucapir del inmueble de que se viene hablando, de mejor derecho que el demandado Hernán García, cuya posesión la perdió, y por lo mismo debe restituírsela el demandado, conjuntamente con los frutos naturales y civiles en la manera dicha

en la acción principal; perjudicando también esta declaración a los demás demandados".

Para fundamentar esta petición subsidiaria, la demandante, además de los hechos ya enunciados, agrega: que ella "a virtud de cualquiera de los títulos de dominio que ostenta tiene una posesión inscrita anterior a la que trae el demandado, y es poseedor regular no sólo con respecto al demandado sino **erga omnes** porque adquirió mediante tradición válida"; y que, "si no fuera verdadero titular del dominio, por lo menos estaba en vía de adquirirlo por prescripción con mejor derecho que el demandado, que retiene el inmueble indebidamente y de mala fe, habiendo adquirido la posesión material que perdió mi poderdante por medios fraudulentos y clandestinos".

Solicita, finalmente, que las costas sean de cargo de los demandados que se opongan a la demanda.

El juez de primer grado dijo en sentencia de 7 de febrero de 1953:

"Primero.—Pertenece en dominio pleno a la señora Angelina R. v. de Vallejo, de notas civiles conocidas, el predio denominado 'Tequez', ubicado en este municipio y determinado por estos linderos.....

"Segundo.—Como consecuencia de lo anterior, el demandado Hernán García queda en la obligación de entregar a la señora Angelina R. de Vallejo el fundo 'Tequez', determinado por los linderos expresados, seis días después de que este fallo reciba el sello de la ejecutoria.

"Tercero. — Asimismo el demandado está obligado a pagar los frutos naturales y civiles, desde la fecha en que está en posesión del fundo en la cuantía indicada por el concepto pericial.

"Cuarto.—Este fallo perjudica a los otros demandados Celso y Jorge Posso.

"Quinto. — No se hace condenación en costas por haber sido iniciado el juicio antes de la expedición del decreto ejecutivo número 243 de febrero de 1951".

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, por apelación de la sentencia, interpuesta por los demandados Hernán García y Celso Posso, conoció del negocio en segunda instancia y desató la litis en sentencia de fecha 2 de septiembre de 1954, en los términos siguientes:

"Por las consideraciones anteriores, el Tribunal... REVOCA la sentencia de primera instancia dictada por el juez ad hoc del circuito de Ipiales el 7 de febrero de 1953, y en su lugar absuelve a los demandados de los cargos formulados en la demanda. Sin costas en esta instancia".

Para llegar a esta conclusión principia el Tribunal por estudiar la titulación que según la actora, arrancando de Gonzalo Moreano viene a radicar la propiedad en la señora María Angelina Rosero de Vallejo, y se refiere a la escritura número 796 de 22 de diciembre de 1909, por la cual dice la demandante que Gonzalo Moreano compró a Froilán, Orfelina y Waldina García, hijos de Agustín García y de Margarita Herrera, los derechos que éstos tenían en la sucesión de sus padres. "Pero esta escritura a pesar de haber sido pedida oportunamente, no vino a los autos y por tanto esta afirmación no tiene respaldo probatorio". Al folio 2 del cuaderno número 1, dice el Tribunal, aparece la escritura número 26 de 18 de enero de 1915, por la cual se protocolizó el sucesorio de Agustín García y Margarita Herrera, y donde puede verse la hijuela de adjudicación a Gonzalo Moreano de las tres cuartas partes del fundo 'Tequez', que la hijuela ubica en el municipio de Potosí (sic) y por la alinderación que en la hijuela se especifica. Esta adjudicación se hizo a Moreano en su calidad de comprador de las acciones de Froilán, Orfelina y Margarita García.

Existe también en el expediente la copia de la escritura número 432 de 30 de agosto de 1946, debidamente registrada, por la cual Alfonso Méndez, apoderado de Rosario Moreano v. de Villota y de Rogelia Moreano G., dice vender a María Angelina Rosero v. de Vallejo el fundo "Tequez", ubicado en el municipio de Ipiales y por los linderos que aparecen en la escritura. Rosario Moreano v. de Villota y Rogelina Moreano, dicen hacer adquirido el inmueble en la sucesión de su hermano Gonzalo Moreano, y consta que en el juzgado mixto del circuito de Barbacoas "se abrió la sucesión intestada de Gonzalo Moreano; que se reconoció a doña Rosario y a doña Rogelia como herederas de Moreano; que se hizo la diligencia de inventarios y avalúos y, allí, bajo la partida número 16 se inventarió el fundo 'Tequez'"; "que por auto de 27 de mayo de 1947 se decretó la posesión efectiva de la herencia del causante Moreano en favor de las citadas herederas; y que, por fin, se declaró subrogataria a la señora María Angelina R. de Vallejo en los derechos que le correspondían a sus vendedoras Rosario y Rogelia". Pero, observa el Tribunal, que si es evidente lo anterior, es asimismo cierto, y existe la debida comprobación en el expediente, que Gonza-

lo Moreano había vendido, en el año de 1941, a Ramón Posso y a Alberto Bolaños, según la escritura número 720 de 24 de noviembre del año citado, "a) la mitad del fundo 'Tequez', ubicado en jurisdicción del distrito de Ipiales, según los linderos que allí se determinan. Afirma el vendedor en el punto 2º de la escritura que la mitad de este inmueble lo adquirió por compra hecha a Margarita García, por escritura 241 de 21 de mayo de 1941 otorgada en la notaría primera de Ipiades; y b) En el punto 4º de esta escritura se lee lo siguiente: '4º Asimismo les vende a los mismos compradores las acciones y derechos en la universalidad de los bienes quedados a la muerte de los señores Agustín García y Margarita Herrera, y que el exponente compró a los señores Froilán y Waldina García como también a Orfelina García, según escritura número 796 de 22 de diciembre de 1909 otorgada en la notaría primera de Ipiales'. La escritura número 720 está debidamente registrada, como puede verse a folios 39 vto., cuaderno número 3".

Estos antecedentes le sirven al Tribunal para afirmar lo siguiente: "De tal suerte que la cadena de títulos presentada por el demandante para demostrar el dominio del inmueble 'Tequez' carece de valor. Si Gonzalo Moreano vendió en 1941 las acciones y derechos que tenía en el fundo 'Tequez' (tres cuartas partes), que había adquirido a su vez por compra a Froilán, Waldina y Orfelina García, y si además, vendía también la mitad de otra porción de ese mismo fundo que dijo haber adquirido por compra a Margarita García, mal podría haber juicio de sucesión sobre esos bienes, por sustracción de materia y, no puede por tanto la demandante alegar y sostener que su dominio proviene de la compra que hiciera a los herederos de Gonzalo Moreano.

"La consideración anterior exime al Tribunal de hacer el estudio de las peticiones de la demanda en cuanto allí se solicitó la declaración de pertenencia del inmueble en favor de la sucesión de Gonzalo Moreano representada por sus herederos, de quienes la demandante dice ser causahabiente a título singular. Y exime también del estudio de si el comprador de un bien determinado dentro de una sucesión tiene capacidad legal para hablar a nombre de la sucesión. No es pertinente tampoco estudiar si está bien registrada la hijuela que a Gonzalo Moreano se hizo en el juicio de sucesión de Agustín García y Margarita Herrera".

Pero como la demandante alega doble titulación para amparar su pretendido derecho y que esa otra titulación proviene de la compra que le hiciera a Jorge I. García en el año de 1939, "quien le entregó la posesión material que él ostentaba en ese entonces", el sentenciador hace un estudio de tal titulación y dice que la afirmación de la demandante no está probada. "Por el contrario, en el alegato de conclusión de la primera instancia el abogado de la demandante sostiene que su mandante adquirió el inmueble por escritura pública número 357 de 22 de julio de 1946 por compra hecha a Jorge I. García y éste a su vez por compra a Edmundo García según escritura 239 de 24 de mayo de 1939. El comprador de 1939 no fue la demandante sino Jorge I. García. Pero es de advertir que el vendedor de entonces Edmundo García, dice haber adquirido el inmueble que vende en la herencia de Néftalí García. Sobre esta escritura visible a fls. 26 vto. y ss. del cuaderno número 2, es necesario hacer algunas observaciones importantes: Dice el presunto vendedor don Edmundo García en el punto segundo de allí: 'Segundo. Que dicho fundo lo hubo el vendedor por herencia de su padre legítimo Neftalí García, no entrega título por no tenerlo'. No consta de autos la hijuela que a Edmundo García le correspondiera en la sucesión de Neftalí García. Por este aspecto hay una notoria deficiencia en la titulación, lo que naturalmente determina que no se puede tener en cuenta en favor del demandante. Y es que además la escritura 239 que se trajo en copia al expediente, no aparece registrada, pues no solamente no aparece la constancia del registro sino que el Registrador del Circuito de Ipiales, a fls. 62 del cuaderno número 2, dijo: 'Ha sido imposible certificar sobre los poseedores inscritos de las escrituras citadas, por cuanto no se sabe la ubicación de los inmuebles, por tanto, devuélvase el despacho'.

"En el término probatorio de la segunda instancia, en declaraciones rendidas ante el juez ad hoc del circuito de Ipiales, por comisión del Tribunal, se encuentra la explicación de por qué el vendedor Edmundo García no entregó título a su comprador Jorge I. García, y, de esas declaraciones se infiere también por qué no aparece la hijuela de Neftalí García, base de la cadena de títulos de la línea que se estudia y fundamento también de la acción reivindicatoria".

En seguida cita también el Tribunal la declaración que rindió en el juicio Jorge I. García y en la que afirma que la escritura 239 de 24 de mayo de 1939 que contiene la venta que Edmun-

do García le hizo al declarante, "ficticia o simulada" porque la venta "se hizo con el objeto de obstaculizar un pleito que por este mismo terreno proponía el señor Gonzalo Moreano" y agrega Jorge I. García que cuando hizo la venta del fundo "Tequez" a María Angelina R. de Vallejo, por escritura número 357 de julio de 1946, "declaré a doña Angelina y a su esposo señor Julio Vallejo que este terreno era de mi señor padre don Froilán García y que la escritura que a mi favor había hecho Edmundo García era ficticia o simulada...". (Cuaderno 6, fs. 21 vto. y ss.).

"De tal manera (dice la sentencia) que respecto a la tradición del inmueble 'Tequez' en lo atinente a la línea que procede de Gonzalo Moreano y a la que tiene origen en la de Edmundo García, carece de valor probatorio por todo lo que se deja dicho, en lo que respecta a la demandante en este juicio".

En cuanto a la petición subsidiaria de la demanda, en que se ejercita la acción publiciana consagrada en el artículo 951 del Código Civil, dice el sentenciador:

"Pero queda ya dicho, cómo esa cadena titular no tiene ninguna eficacia y por lo tanto no puede la demandante en calidad de adquirente de ese inmueble, alegar la posesión regular de quien tampoco le transmitió la posesión inscrita.

"La acción consagrada por el artículo 951 del Código Civil, favorece a quien ha perdido la posesión regular, o sea, la adquirida con justo título y buena fe. La falta de título justo socava, hasta hacerlo perder, el derecho de quien pretendiéndose poseedor regular, carece de él. El justo motivo del poseedor para creerse dueño de una cosa, según definición que de justo título dá Alessandri Rodríguez, no aparece comprobado pero al contrario, el análisis hecho sobre la situación de hecho y de derecho, en los apartes precedentes de esta providencia, lleva al conocimiento adverso, es decir, a establecer la carencia de un título justo que caracterice de manera legal y adecuada la posesión como regular, en orden a poder ejercitar la acción publiciana. Por lo tanto, tampoco está probada la petición subsidiaria".

La demanda de casación

El recurrente, con fundamento en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, ataca en casación la sentencia anterior; y como el recurso ha sufrido los trámites de ley, la Corte pasa a resolverlo.

Se acusa la sentencia "por ser violatoria de la ley sustantiva: por infracción directa; y por violarla indirectamente, a consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de diversas pruebas, cual aparece de los varios cargos adelante configurados; a fin de que aceptados todos o algunos sea reemplazada por la que corresponde a derecho, en la forma que se reclama en el último capítulo de este escrito. Violación de la ley sustantiva que consiste en el quebrantamiento, entre otros, de los artículos 673, 740, 752, 756, 757, 762, 763, 764, 946, 950, 951, 952, 1871, etc., del C. C.", y formula siete cargos, que hace consistir:

Primer cargo.—Violación directa por no aplicarlos siendo el caso, "aparte de toda consideración probatoria, y por no haber decretado la reivindicación que demandó la señora Rosero de Vallejo como compradora de las herederas de Gonzalo Moreano", estos artículos del Código Civil que, además, los interpretó erróneamente:

a) 946, 950, 952, 669, 740, 741, 742, 745, 756, 785, 762, 763, 778 y 1871 que en armonía con los anteriores dice que "el comprador de un bien ajeno, raíz, adquiere la posesión inscrita del mismo al ser registrada o inscrita la compra, pudiendo reivindicarlo contra terceros poseedores materiales e inscritos, distintos del verdadero dueño, cuando éstos han adquirido una u otra posesión posteriormente a la inscripción del título de compraventa del reivindicador. Pues el sentenciador al no decretar la reivindicación con base en cualquiera de los títulos de adquisición de la actora: la escritura pública registrada que le otorgaron las Moreanos a la escritura también registrada que le otorgó Jorge I. García, contra el demandado, poseedor inscrito con título de fecha posterior a los de la demandante, aún remontándose al que a su vendedora Carmela García le otorgó Froilán García, y principió a poseer también materialmente después, sostiene como tesis jurídica: que al reivindicador para reivindicar no le basta, cuando ha adquirido por tradición, con presentar el título más reciente en la cadena de títulos que respalda su derecho; que para acreditar el modo adquisitivo de la tradición de bienes raíces no basta la escritura contentiva del título traslaticio y su registro, sino que es menester demostrar qué el tradente fue dueño y por ende traerse y estudiarse en el debate reivindicatorio

toda la serie de títulos anteriores cuando éstos existen; que entre dos poseedores inscritos que alegan dominio no debe preferirse al más antiguo; que la presunción de dominio que consagra la ley en favor del poseedor material, en fin, sólo se destruye con la prueba diabólica de la propiedad, y otras proposiciones más que obviamente tienen que desprenderse de su pensamiento expresado en la parte motiva de la sentencia acusada, cuando entra el sentenciador a estudiar los títulos anteriores de la actora, despreciando por lo mismo sus escrituras de adquisición de las señoritas Moreanos y de Jorge I. García; cuyo estudio sobra dada la posición jurídica del demandado; y cuyo pensamiento al fallar negativamente la reivindicación reconociendo en el demandado la presunción de dominio que consagra la ley en favor del poseedor material, violó, pues, por no haberlos aplicado al caso debatido los citados artículos del C. C., o los desconoció en su sentido jurídico.

"**Segundo cargo**. Pero si la Corte, siguiendo la doctrina de algunos procesalistas que están más por el juego de las palabras que la esencia de las cosas, cree que no es técnico acusar como violaciones directas, directas de la ley, su inaplicabilidad por desconocimiento de su sentido jurídico, entonces, y para seguir aquella doctrina, acuso la sentencia protestada, por inaplicabilidad de los mismos artículos, esto es, por violarlos de manera indirecta y de conformidad a la misma causal primera del artículo 520 del C. J.".

Basta leer el contenido de los dos cargos, cuya transcripción se ha hecho, para llegar a la conclusión de que no contienen ningún fundamento de derecho, pues el recurrente se limita a decir que el Tribunal violó directamente los artículos del Código Civil que cita, en el primer cargo, y que los violó también indirectamente, según lo dice en el cargo segundo. Pero ni siquiera intenta dar una explicación jurídica de cuál puede ser el motivo de las violaciones, pues todo se reduce a decir que el Tribunal sostiene determinadas tesis, pero no las rebate, y que al fallar desfavorablemente la reivindicación por haber reconocido "en el demandado la presunción de dominio que consagra la ley en favor del poseedor material", violó las disposiciones del Código Civil, por no aplicarlas o por desconocer el sentido jurídico de ellas, pero sin exponer cuál es ese sentido jurídico que el Tribunal desconoció. En el cargo segundo dice que la violación de esos mismos textos ocurre de manera indirecta. No hace ninguna consideración sobre la supuesta violación, pues se reduce a anunciarla y nada más.

Ante la Corte no basta enunciar las pretendidas violaciones en que haya incurrido el sentenciador; es preciso indicar en forma clara y precisa cuáles son los fundamentos legales para pedir la infirmación del fallo. Este requisito no se cumple en los dos cargos que se estudian, y por lo tanto se rechazan.

Tercer cargo.—Cita como quebrantados los mismos artículos del Código Civil que enumeró en los cargos primero y segundo, excepto los marcados con los números 745, 756 y 1871, e incluyendo el artículo número 766, y formula el cargo así:

"...haber quebrantado estos mismos artículos del Código Civil, que no aplicó, y debió aplicarlos para fallar favorablemente la reivindicación, acordemente con la solución jurisprudencial explicada; en la parte resolutiva de la sentencia protestada, de manera indirecta, y a consecuencia de estos errores de hecho y de derecho, cometidos por el mismo Tribunal en la apreciación de la prueba, tanto documental como testimonial que obra en autos".

En cuanto a los errores de hecho y de derecho en relación con la prueba documental, el recurrente cita las escrituras números 432 de 30 de agosto de 1946 y 357 de 22 de julio del mismo año, que se refieren: la primera a la venta que Rosario y Rogelia Moreano, como herederas de Gonzalo Moreano le hicieron a la demandante Evangelina R. de Vallejo del predio "Tequez" que según la cláusula segunda de la escritura, adquirieron por herencia de Gonzalo Moreano G., su hermano legítimo, "sin título escriturario"; y, la segunda, a la venta que de la misma finca le hizo igualmente a la demandante, Jorge I. García.

Hace referencia a las escrituras números 14 de 6 de enero de 1947 y 409 de 28 de abril de 1949, que contienen las ventas de Froilán García a Carmela García y de ésta a Hernán García, actual demandado, y que versan sobre el mismo predio "Tequez". Estos instrumentos públicos los cita el recurrente, para decir que "son plena prueba al tenor del artículo 630 del C. J. de que demandante y demandado son poseedores inscritos del fundo 'Tequez': aquél (demandante) con posesión más antigua que éste (demandado). Cuyo hecho, al no fallar la reivindicación demandada, lo desconoce el sentenciador, cometiendo

en esto no sólo el error de derecho con quebranto de la citada disposición del C. J., que le obligaba a apreciarlas como tales y como prueba de la prioridad del derecho de dominio de la demandante, en fuerza de la presunción que establece la ley en favor del poseedor no sólo material sino del inscrito sino de hecho, por pasar por alto esta misma circunstancia, la cual aparece palmariamente de la simple comparación de las fechas de estas escrituras y su registro; es decir, que el desconocimiento que le hizo la sentencia a la demandante de su calidad de poseedora inscrita, de mejor derecho que la posesión inscrita del demandado, va contra la evidencia procesal, o lo que es lo mismo, implica un error de hecho que aparece de bulto en los autos. Y por cuyo doble error fue llevado indirectamente a violar los ya dichos artículos..... del C. C.".

En el aparte b) de este cargo, hace referencia el recurrente a la confesión de Hernán García, a la actuación en el juicio de sucesión intestada de Waldina García, a las actuaciones de diversos juicios ejecutivos donde se dimitió este inmueble ya por Jorge I. García, ya por Hernán García o ya por la misma Angelina Rosero de Vallejo, para afirmar que todas esas pruebas "acreditan de un modo evidente en el proceso que el demandado Hernán García entró a poseer, en el sentido jurídico que al hecho de la posesión le dá el artículo 762 del C. J. (sic) en el año de 1947, como él mismo lo confiesa tan perentoriamente. Pero el sentenciador al no haber fallado favorablemente la reivindicación, desconoce esto; desconocimiento que implica un error de hecho, que aparece de bulto de los autos: no tener como probado, lo que sí está probado: que la posesión material del demandado es posterior al título o títulos con que la actora se presenta a reivindicar. Error de hecho por falta de apreciación de la prueba a que se refiere este cargo, que con quebrantamiento del artículo 593 del C. J., que el sentenciador violó directamente, por haber dado una sentencia no fundada en los hechos probados en que se apoya la demanda, que condujo al mismo sentenciador de segunda instancia a violar también de modo indirecto los artículos..... del C. C. que no los aplicó siendo el caso de hacerlo para resolver, como debía resolverse, de manera favorable la reivindicación, siguiendo la solución jurisprudencial aludida".

Se considera:

La demandante María Angelina R. de Vallejo ejercita la reivindicación o acción de dominio, diciéndose dueña del fundo llamado "Tequez" que singulariza en la demanda, para que Hernán García, actual poseedor del inmueble indicado, sea obligado a restituírselo, junto con los frutos naturales y civiles, como si el demandado fuera poseedor de mala fe.

Como la petición de la actora para que se restituya la cosa que pretende reivindicar implica la acción de dominio, o sea la declaratoria de que es dueña del fundo "Tequez", es preciso saber si realmente existe en cabeza de Angelina R. de Vallejo la titularidad del derecho de dominio sobre el predio en litigio, y conocer también si el demandado es el actual poseedor de él y si el fundo está suficientemente singularizado.

En cuanto al carácter de poseedor material del inmueble por parte del demandado, no existe ninguna duda: la demandante le dá ese carácter y el demandado lo acepta y dice que tiene el fundo como dueño de él.

El recurrente dice que tanto demandante como demandado son poseedores inscritos del predio; "aquél con posesión más antigua que éste", hecho que el sentenciador desconoce al fallar desfavorablemente la reivindicación, y reduce su argumentación a decir que la posesión inscrita de la parte actora demuestra su derecho de dominio contra el poseedor inscrito, demandado. Estas dos posesiones inscritas están enfrentadas en el debate y debe primar la de la parte actora porque ella presenta un título inscrito anterior al que exhibe el demandado y anterior, asimismo, a la fecha de donde arranca la posesión material del mismo.

Es pertinente, ante todo, rectificar el concepto del recurrente en cuanto a que afirma la prevalencia que debe darse a la posesión inscrita, de la actora, contra la posesión material del demandado, porque ya la Corte ha dicho que en el derecho colombiano no existe una posesión inscrita.

En sentencia de casación de fecha 27 de abril de 1955, publicada en el número 2153 de la GACETA JUDICIAL, págs. 81 a 101, esta Corporación estudió extensamente tan importante materia y determinó con claridad cuál es la doctrina jurisprudencial al respecto.

Por tratarse de asunto de tanta importancia, es oportuno transcribir los apartes más destacados del fallo en referencia, porque esto contribuye a divulgar el pensamiento de la Corte al respecto, y a hacer conocer (de jueces y aboga-

dos) la actual doctrina sobre el tan debatido tema de la posesión inscrita.

Dice así la Corte:

"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 sobre 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 toma 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 del 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 talvez la calificación de 'material' al hacer figurar en él el foráneo estatuto de la posesión inscrita.

"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, pág. 85), 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 de 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.

"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 un 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., Tomo 2º pág. 64) al hacer la defen-

sa de la posesión material postergada por el código de su país en 1811: 'Unicamente la posesión física es verdadera 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' ".

Hace en seguida la sentencia de que se viene tratando, un recuento de orden histórico y sobre el pensamiento que inspiró al señor Bello, cuando introdujo en el Código Civil de Chile, la institución de la posesión inscrita, y luego analiza los textos que, en nuestro derecho tratan sobre esa posesión, o sean los artículos 759, 785, 789, 790, 791, 980 y 2526 del Código Civil, para terminar con un estudio sobre la posesión inscrita y la doctrina jurisprudencial, citando las diversas sentencias de la Corte, tanto las que en un principio sostuvieron la teoría de la posesión inscrita, como las que rectificaron esa doctrina, y sienta las siguientes conclusiones:

"1ª—La Corte reitera la jurisprudencia contenida en la sentencia de casación de 24 de julio de 1937 (XLV, 329), 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 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.

"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, pasa a ser propietario".

De acuerdo con los principios jurisprudenciales que se dejan enunciados, en el caso **sub judice** se presenta esta situación:

Un demandado poseedor material, y que se dice dueño, del fundo "Tequez" y un demandante que alega derecho de dominio sobre el mismo inmueble con el título que presenta, registrado sin haterreno. Descartada la teoría de las posesiones inscritas de demandante y demandado, es preciso saber si realmente el actor es dueño del fundo con título suficiente para reclamarlo del poseedor material, quien, además de esta calidad, alega la de ser dueño del inmueble, por haberlo adquirido por compra a Carmela García.

Como la demanda para que se entregue o restituya una cosa, implica para quien pretende reivindicar, la acción de dominio, o sea que se le reconozca dueño de la cosa, es claro que lo primero que debe demostrarse al juez, es que evidentemente la cosa le pertenece al actor y el juzgador, para poder decretar la restitución, está en el deber de examinar si quien demanda tiene un mejor derecho. Para lo cual si hubiere titulaciones contrapuestas, bien puede llegar en su examen hasta encontrar cuál de las dos debe prevalecer por hallarse mejor caracterizada. Si falla en contra porque no se ha demostrado esa calidad por parte del actor, eso no quiere decir, necesariamente, que reconozca **erga omnes** el derecho de dominio en el demandado.

Puede suceder que el juez no decrete la restitución contra el demandado poseedor, porque encuentre deficiente el título de propiedad del demandante, pero que exista otro titular que sea el dueño y quien en cualquier tiempo pueda reclamar la cosa con título suficiente, y su acción sería viable siempre que el demandado poseedor no se haya convertido en propietario por la usucapión.

Es oportuno anotar que la demandante, para

acreditar su derecho de dominio sobre el bien materia de la reivindicación, alega que ella es dueña porque tiene no una sino dos titulaciones; afirma que el derecho le proviene de la compra que hizo a las herederas de Gonzalo Moreano y además de la compra que del mismo bien le hizo a Jorge I. García. ¿Cuál de estas dos fuentes de derecho alegadas por la actora es la verdadera? Porque no pueden ser las dos simultáneamente ciertas, el sentenciador las examina cuidadosamente y llega a la conclusión que ninguna de ellas acredita que la actora tenga el derecho de dominio que es necesario demostrar para que la reivindicación prospere.

En el examen de las titulaciones presentadas por la actora no se advierte que el Tribunal haya cometido ni error de hecho ni error de derecho. No el primero, puesto que la sentencia examinó con cuidado las diversas escrituras y de tal estudio llegó a la conclusión de que no se acreditó el hecho de que la actora fuera dueña del terreno "Tequez", y en esa apreciación no se advierte que el sentenciador haya incurrido en error que aparezca de modo manifiesto en los autos; tampoco el segundo, porque en la apreciación de las pruebas les dio a éstas el verdadero valor que les otorga la ley, y el recurrente no ha demostrado que tal apreciación, por parte del Tribunal, esté reñida con las disposiciones legales.

Por lo dicho se rechaza el cargo.

En el **cargo cuarto** afirma el recurrente que el Tribunal al estudiar la acción reivindicatoria que la demandante impetra, no ya para ella misma sino para la sucesión de Gonzalo Moreano, "pasando, por consiguiente el valor de toda la cadena de títulos hasta llegar al título adquisitivo del causante; cometió entonces error de hecho y de derecho al concluir del estudio de tal cadena de títulos que el causante carecía de dominio, porque —según su decir— la cadena de títulos presentada por el demandante carece de valor, ya que si Gonzalo Moreano vendió a Ramón Posso y Alberto Bolaños, mal podía haber juicio de sucesión sobre el fundo 'Tequez', por sustracción de materia, y no puede la demandante alegar y sostener, que su dominio proviene de la compra que hiciera a los herederos de Gonzalo Moreano". Estos errores de hecho y de derecho, dice el recurrente, llevaron al Tribunal a violar indirectamente los mismos artículos que cita en los cargos anteriores.

El error de hecho lo configura: "a) en la interpretación de la demanda. Para concluir que Ramón Posso y Alberto Bolaños eran dueños, y no la sucesión —salvo que el Tribunal no capte que una declaración semejante sólo puede hacerse en mérito de un debate donde figura la parte en cuyo beneficio se hace— de lo que se reivindica, entendió (o ha de presumirse esto) que la demanda también fue dirigida contra ellos; o que son parte, de cualquier suerte en este proceso, lo cual evidentemente aparece de autos no es así".

En el aparte b) del cargo dice el recurrente que el Tribunal se equivocó porque estimó que en la escritura número 720 de 24 de noviembre de 1924 por la cual Gonzalo Moreano vende a Posso y Bolaños, se trata del mismo bien cuya reivindicación ha demandado la actora, y que ese no es así, porque se trata de bienes distintos.

El error de derecho lo hace consistir: a) haber apreciado la escritura 720 como prueba para desvirtuar la cadena de títulos de la actora, porque ese instrumento público sólo podía apreciarse como prueba del dominio, en un juicio en donde fueran partes "demandantes o demandados" los beneficiarios Posso y Bolaños, quienes en este ordinario no son nada, jurídicamente hablando, y menos, mucho menos, titulares del dominio que se reclama contra Hernán García, y no contra ellos"; y b) porque "el Tribunal al apreciar la escritura olvida que en ella se venden acciones y derechos que han dejado de ser tales desde que se hizo la partición de los causantes Agustín García y Margarita Herrera, como aparece de la hijuela expedida a favor de Gonzalo Moreano".

Se considera:

Está equivocado el recurrente cuando afirma que el Tribunal, al negar la reivindicación, declaró a Ramón Posso y Alberto Bolaños como dueños del terreno "Tequez"; sobre esta equivocación fundamenta el cargo.

El Tribunal no dice que Posso y Bolaños sean dueños del fundo; apenas anota que Gonzalo Moreano vendió a ellos ese inmueble y que por esta causa no pudieron los herederos del citado Gonzalo haber vendido el mismo terreno a la actual demandante, cosa perfectamente distinta a lo aseverado por el recurrente.

Que el terreno a que se refiere la escritura número 720 (venta de Moreano a Posso y Bolaños) sea distinto del que pretende reivindicar Angelina R. de Vallejo, ha debido demostrarse en instancia y no pretender revivir en casación el debate probatorio.

No incurrió el sentenciador en los errores de derecho que anota el recurrente, porque el Tribunal no apreció la escritura para declarar dueños a Posso y a Bolaños; la apreció, como debía hacerlo, para decir que la demandante no puede demostrar que ella sea dueña por el hecho de aparecer una venta de los herederos de Moreano a su favor, porque esos herederos nada tenían puesto que el causante había vendido el predio y por lo tanto no pudieron disponer de él sus herederos.

Es suficiente lo anterior para rechazar el cargo.

Los **cargos quinto** y **sexto** se refieren a los mismos aspectos tratados en los cargos anteriores, sustancialmente, pues sólo introducen variaciones de forma. El recurrente pretende que las dos titulaciones que presenta la actora, procedentes de fuentes distintas, son válidas y que ellas acreditan su carácter de dueña del terreno. Es imposible que esto pueda ser cierto, pues una de las dos titulaciones debe prevalecer sobre la otra, porque una cosa no puede pertenecer simultáneamente a personas distintas. Una de tales personas será la verdadera dueña y por consiguiente excluye a las otras en el dominio de la cosa.

Esta pretensión del recurrente de que se reconozca a la demandante como dueña del terreno, porque lo adquirió de las herederas de Gonzalo Moreano, o porque lo adquirió de Jorge I. García, o porque ese bien pertenece a la sucesión del citado Gonzalo Moreano, está demostrando que el derecho de dominio en la actora no es claro y por lo tanto el sentenciador falló el pleito como debía fallarlo; reconociendo que el título invocado por la actora no tiene prevalencia contra el poseedor demandado.

Por lo dicho se rechazan estos cargos.

El **último cargo** contra la sentencia, respecto de la acción publiciana, lo hace consistir el recurrente en que el Tribunal cometió error de hecho al no tener a la sucesión de Gonzalo Moreano como poseedora del fundo "Tequez", pues al citado Moreano se le despojó de esa posesión, y como la actora pretende derivar su derecho de dominio de la venta que a ella le hicieron las herederas de Moreano, violó la sentencia de manera indirecta: el inciso 2º del artículo 762 del Código Civil, por haberlo aplicado indebidamente "ya que no había lugar a considerar al demandado como poseedor de mejor derecho que la sucesión demandante bajo este aspecto de la acción publiciana", y el artículo 951 del mismo Código que dejó de aplicar, por "estar acreditado el elemento echado de menos por el Tribunal, o sea la posesión regular de que fue despojada la sucesión".

Se considera:

Suponiendo, cosa que no está demostrada, que Gonzalo Moreano hubiera poseído el inmueble "Tequez", este señor lo vendió a Ramón Posso y Alberto Bolaños, luego no puede decirse que la sucesión Moreano fuera despojada de la posesión. Esto no aparece por parte ninguna y la posesión de Moreano tampoco se acreditó en el expediente, pues ese hecho de la posesión sobre una determinada cosa, no puede derivarse de que en los inventarios de una sucesión se incluya esa cosa como de propiedad del causante. Ni la adjudicación que se haga en el sucesorio dá al adjudicatario el derecho de dominio sobre la cosa, porque la adjudicación no es título constitutivo sino declarativo de dominio; si el causante nada tenía, nada puede transmitir. No se trata, por este concepto, de que los herederos hayan vendido cosa ajena, porque ellos no se dicen dueños por sí mismos sino como continuadores de la persona del difunto.

Pero, además, en este caso, no se ha demostrado que la actora haya poseído nunca el predio "Tequez", pues el hecho de que en un juicio ejecutivo (simulado como lo reconoce el recurrente) que a ella se le adelantó en un juzgado municipal, hubiera denunciado como de su propiedad el predio "Tequez", hubiera nombrado depositario y a ese depositario, que fue el marido de la ejecutada, hoy actora en este juicio ordinario, se le hubiera entregado el fundo como depositario, no quiere decir que ese depositario hubiera entrado a poseer en nombre de la actora. Si esto no fuera así, sería muy sencillo, mediante juicios ejecutivos simulados, hacerse a la calidad de poseedor de un inmueble, para alegar luego esa posesión como título para ejercitar la acción publiciana.

El Tribunal desconoce en la actora la posesión regular para darle cabida a la acción que consagra el artículo 951 del Código Civil, pues no encontró el justo título que alega la actora. Dice el Tribunal:

"El justo motivo del poseedor para creerse dueño de una cosa, según definición que de justo título dá Alessandri Rodríguez, no aparece comprobado, pero al contrario, el análisis hecho sobre la situación de hecho y de derecho, en los apartes

precedentes de esta providencia, llevan al conocimiento adverso, es decir, a establecer la carencia de un título justo que caracterice de manera legal y adecuada la posesión como regular, en orden a poder ejercitar la acción publiciana".

Esta afirmación del Tribunal, dado el análisis que hizo de las pruebas que obran en autos, está ajustada a la ley y a la realidad; no se advierte en ella ningún error evidente, y por ende, el juicio del Tribunal debe sostenerse en casación. Por lo tanto, se rechaza el cargo.

En mérito de lo dicho, 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 que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto pronunció el dos de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro en el juicio ordinario de Angelina R. de Vallejo contra Hernán García.

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

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

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

VALIDEZ DE LA CLAUSULA "SI NASCA TUR". — CASACION POR ERRONEA INTERPRETACION DE LA CLAUSULA TESTAMENTARIA

1.—Para que pueda surgir error evidente de hecho en la interpretación testamentaria, es indispensable que el sentenciador pase por encima del claro y terminante significado y preciso alcance de la voluntad del testador como ley de su herencia. Pero cuando no es unívoco el sentido de las cláusulas, ni está claramente manifestado el querer del causante, según la sustancia de sus disposiciones, se abre amplio campo al poder discrecional del sentenciador, cuyo juicio se hace por lo común invulnerable en casación, supuesto que dentro del juego de las variadas opiniones, más o menos poderosas para inclinar la mente del intérprete, no habría en el recurso extraordinario asidero plausible para supeditar la convicción del Tribunal porque se presentaran otras opiniones razonables para interpretar la voluntad del causante. Sería necesario que su juicio fuese notoriamente erróneo a la luz resplandeciente del proceso, para que cayera por yerro evidente de hecho. La evidencia es incompatible con la simple opinión, y más aún con el estado de duda. De donde se sigue que el recinto íntimo en que se forma la convicción del sentenciador para decidir sobre puntos opinables en la tarea de interpretar los actos jurídicos, no es susceptible de censura por error de hecho sino cuando el juzgamiento peca a plena luz contra la evidencia manifiesta en los autos.

2.—Las asignaciones a personas que a tiempo de abrirse la sucesión no existen pero se espera que existan en los treinta años subsiguientes, no son admisibles ni valederas en derecho sino por vía excepcional, como derogatoria del principio que exige para ser capaz de suceder, la necesidad de existir a tiempo de abrirse la sucesión (artículo 1019 C. C.). Y la característica de ser restringidas las hipótesis excepcionales, que contradicen la regla para sustraerse de su imperio general, no posee flexibilidad suficiente para permitir el hallazgo de esas mismas excepciones sino donde con claridad aparecen establecidas; con ellas se contrarían, en efecto, los principios tutelares en que descansan las instituciones consagradas por el ordenamiento jurídico, en este caso para el derecho sucesorio.

Puede hacerse y es plenamente valedera la asignación SI NASCATUR, en los términos previstos por el C. C. (inciso 3º, artículo 1019). Las leyes no han impuesto palabras sacramentales ni ritos consagrados para la determinación de esa clase de asignatarios. Pero es obvio que debe aparecer con absoluta claridad de los términos del testamento que se trata de tales asignaciones. De otro modo se expondría al subjetivismo la interpretación y suerte de los actos testamentarios, con la inseguridad y peligros consiguientes, aún a pesar del largo transcurso del tiempo.

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

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez)

En la cláusula pertinente de su última voluntad, consignada en testamento que otorgara el 9 de marzo de 1889 ante el Notario 2º de Bogotá, dijo Alejandro Gaviria Correa:

"Item declaro que no teniendo ascendientes ni descendientes, no tengo herederos forzosos y por consiguiente pudiendo disponer libremente de mis bienes, según el derecho que me otorgan las leyes, lo hago en la forma siguiente: Primeramente mando y ordeno que mis bienes se realicen de la manera como mis albaceas estimen conveniente y que una vez realizados, del valor total de ellos, se hagan tres partes iguales. Con una de dichas partes se comprará, como mis albaceas dispongan, una casa en la ciudad de Medellín, cuyo usufructo es mi voluntad dejar a favor de mis tres sobrinas, Teresa, Josefa y Amalia

Uribe Gavirias, hijas legítimas de mi finada hermana Isabel Gaviria de Uribe y del Sr. José María Uribe Naranjo. Mis prenombradas sobrinas tendrán derecho al uso de habitación (sic) o a percibir los frutos de la casa, siempre que a mi fallecimiento se encuentren solteras y mientras permanezcan en dicho estado de soltería, pues en caso de matrimonio o muerte de cualquiera de ellas los derechos conferidos pasarán a la que permanezca soltera, y casadas o muertas todas tres, la casa pasará a ser de propiedad de mis sobrinas solteras hijas del señor José María Arango y de mi finada hermana Gertrudis Gaviria de Arango y de mis sobrinas solteras hijas de mi hermano Lázaro María Gaviria y de su segunda esposa la señora Arango y de mis hermanas María Luisa y Adelina Gaviria, mas este derecho no se extenderá a las herederas últimamente citadas (sic), pues por muerte de ellas, esta porción acrecerá la de mis sobrinas que he mencionado en esta cláusula. La otra tercera parte se dividirá por partes iguales entre mis dos hermanas María Luisa y Adelina Gavirias, mis sobrinas solteras hijas del señor José María Arango y de mi finada hermana Gertrudis Gaviria de Arango y mis sobrinas solteras hijas de mi hermano Lázaro María Gaviria y de su segunda esposa la señora Arango...".

Poco tiempo después de liquidarse la respectiva sucesión, el doctor Fernando Vélez, como apoderado de los albaceas y mediante la escritura pública número 1445 otorgada en la Notaría 1ª de Medellín el 6 de octubre de 1893, adquirió por compra una casa situada en la Plazuela de San Roque, de la misma ciudad de Medellín, para dar cumplimiento a lo dispuesto por el testador, e hizo el doctor Vélez en la dicha escritura las siguientes declaraciones:

I. "Que constituye en usufructo el inmueble comprado con todas sus anexidades entre las que se cuenta una paja de agua. — II. Que tal usufructo es en favor de las señoritas Teresa y Amalia Uribe Gaviria. No se constituye el usufructo en pro de la señora Josefa Uribe Gaviria, por haber contraído ésta matrimonio con el señor Alejandro Gaviria y antes de la fecha en que se extiende esta escritura. — III. Las usufructuarias señoritas Teresa y Amalia Uribe G., gozarán del usufructo por iguales partes, con derecho a acrecer; pues por matrimonio o muerte de una de ellas, pasará a la otra su cuota en usufructo y quedará ésta usufructuando la totalidad. — IV. El usufructo durará por toda la vida de las usufructuarias, siempre que permanezcan solteras. Una vez que ocurra el matrimonio o la muerte de ambas, y que por lo mismo no haya lugar a acrecer, se extinguirá el usufructo y se consolidará éste con la nuda propiedad. — V. Instituyo nudas propietarias, es decir, personas con derecho a nuda propiedad mientras subsista el usufructo y con derecho a la propiedad plena cuando ésta se extinga, a las señoritas Rosa, Paulina y Pastora Arango Gaviria, hijas legítimas de don José María Arango y de doña Gertrudis Gaviria de A., a la señorita Ana María Gaviria Arango, hija legítima de Lázaro Gaviria y Angelina Arango y a las señoras María Luisa y Adelina Gaviria. — VI. Consolidado el usufructo con la nuda propiedad, o sea reuniéndose el dominio pleno del inmueble citado en las personas que acaban de indicarse, éstas quedarán dueñas de la finca por cuartas partes indivisas así: Una cuarta parte para las señoritas Rosa, Paulina y Pastora Arango G.; otra cuarta parte para la señorita Ana María Gaviria Arango; otra cuarta parte para doña Adelina Gaviria; y la otra cuarta parte restante para doña María Luisa Gaviria. — VII. Sin embargo de lo dispuesto en las cláusulas quinta y sexta de esta escritura, por muerte de las señoras Adelina y María Luisa Gaviria, no pasarán sus cuotas de cuarta parte a los herederos de éstas, sino que acrecerán a la de las señoritas Rosa, Paulina y Pastora Arango G., y a la de la señorita Ana María Gaviria Arango, dividiéndose por mitad así: Una mitad para las tres primeras (Rosa, Paulina y Pastora Arango Gaviria) y la otra mitad para la última de aquéllas (Ana María Gaviria A.). Además las usufructuarias señoritas Teresa y Amalia Uribe G., declararon que aceptaban el usufructo y que para cumplir el precepto del artículo 834 del Código Civil, daban por su fiador al señor José M. Uribe G., que fue aceptado por el otorgante Vélez B.....".

Atribuyó, pues, el doctor Fernando Vélez para cumplir la voluntad del causante, a Ana María Gaviria Arango derecho de nuda propiedad sobre la casa de Medellín, en cuanto al llamamiento en favor "de mis sobrinas solteras hijas de mi hermano Lázaro María Gaviria y de su segunda esposa la señora Arango", según las voces del testamento. Ya en el juicio sucesorio, a solicitud de uno de los interesados, resolvió el Juez que la partición fuese aclarada en lo tocante a los derechos de la misma Ana María Gaviria Arango; y entonces la aclaración quedó vigente así:

"...en cumplimiento del referido auto, se adi-

ciona la partición en lo relativo a este legado, tanto en lo que dice relación a la distribución del capital como a la hijuela de quince mil cuatrocientos diez y nueve pesos setenta y dos y medio centavos, destinada a la compra de la referida casa, con la aclaración expresa y terminante que consigno aquí, de que por matrimonio o muerte, de las tres sobrinas del testador llamadas Teresa, Josefa y Amalia Uribe, la casa en referencia pasará a ser de propiedad de la hermana y sobrinas del testador, como queda expresado, distribuyéndose en cuatro partes iguales así: Una para María Luisa Gaviria, otra para Adelina Gaviria, hermanas del testador, otra para la sobrina del testador Ana María Gaviria Arango, y otra para las sobrinas solteras del testador, hijas de José María Arango, llamadas Rosa, Paulina y Pastora Arango Gaviria, con la restricción de que habla el testador de que por muerte de sus hermanas María Luisa y Adelina Gaviria, las porciones de éstas acrecerán proporcionalmente, a cada una de las otras porciones aquí determinadas, dividiéndola en dos partes iguales, una para cada una de las personas mencionadas".

Antes de consolidarse el usufructo con la nuda propiedad, fallecieron María Luisa y Adelina Gaviria, de modo que sus porciones acrecieron a las restantes, en la forma prevista por el testador. Rosa y Paulina Gaviria, por escritura 2205 de 26 de octubre de 1893, Notaría 2ª de Medellín, vendieron al doctor Antonio José Uribe "una tercera de la cuarta parte de la finca", con exclusión del derecho de acrecer, que por las mismas Rosa y Paulina fue vendido a Juan B. Herrera, según la escritura 273 de marzo de 1903, Notaría 2ª de Medellín.

Muerto Antonio José Uribe, quedaron su cónyuge sobreviviente, Clementina Portocarrero, y los hijos: Antonio José, Clementina, Clara, María Isabel y Margarita Uribe Portocarrero. Y al fallecer Juan B. Herrera, dejó cónyuge sobreviviente, Mercedes Ruiz, y los hijos: Hernando, Eloísa, Horacio, María Herenia, Helena, Hugo, Honorio, Hemel, Héctor José, Enriqueta y Hermelinda Herrera Ruiz.

Extinguidos por muerte los derechos de Amalia, en 1937, y de María Teresa Uribe Gaviria, en 1942, la plena propiedad de la casa ubicada en la Plazuela de San Roque, de Medellín, vino a ser de los causahabientes de Rosa, Paulina y Pastora Arango Gaviria, en el cincuenta por ciento. Sobre la otra mitad se ha discutido si corresponde exclusivamente a Ana María Gaviria, o si debe compartirla por igual con Isabel, Raquel e Inés Gaviria, todas ellas como hijas de Lázaro María Gaviria y Angelina Arango.

A tal fin se encamina la demanda instaurada por las mismas Inés, Raquel e Isabel Gaviria contra Ana María Gaviria de Uribe y las demás personas interesadas en el dominio de la susodicha casa de la Plazuela de San Roque (hoy Uribe Uribe) de la ciudad de Medellín. La intención se basa en que si bien las tres actoras nacieron con posterioridad a la muerte del causante Alejandro Gaviria Correa, vinieron, sin embargo, a la vida dentro de los treinta años subsiguientes a la apertura de esa sucesión, con el carácter de hijas legítimas de Lázaro María Gaviria y Angelina Arango, o sea como sobrinas del testador, hijas de ese matrimonio, lo mismo que la demandada Ana María Gaviria de Uribe, quien, por lo demás, ya existía a tiempo de la ordenación del testamento. Dicen, pues, las súplicas del libelo:

"a) Que por ser hijas legítimas de los señores Lázaro María Gaviria y Angelina Arango de Gaviria, y por haber nacido dentro de los treinta años siguientes a la fecha de la delación de la herencia del señor Alejandro Gaviria Correa, tenemos la calidad de legatarias de dicho señor Alejandro Gaviria Correa, al tenor de lo dispuesto por éste en su testamento cerrado de fecha 6 de marzo de 1889, otorgado en la ciudad de Bogotá y presentado ante el señor Notario 2º del mismo Circuito de Bogotá, con fecha 9 de marzo del mismo año.

"b) Que, en consecuencia de la declaración anterior, desde las fechas de nuestros respectivos nacimientos, y hasta la muerte de las señoritas Teresa y Amalia Uribe Gaviria, en concurrencia con nuestra hermana señora Ana María Gaviria Arango de Uribe, y de las señoritas Rosa, Paulina y Pastora Arango Gaviria, o con los causahabientes de éstas señores doctor Antonio José, Clemencia, Clara, María Isabel y Margarita Uribe Portocarrero, Clementina Portocarrero v. de Uribe, Hernando, Eloísa, Horacio, María Herenia (llamada Ana), Helena, Hugo, Honorio, Hemel, Héctor José, Enriqueta (llamada Ketty), y Hermelina (llamada Nina) Herrera R. y la señora Mercedes Ruiz v. de Herrera, o en concurrencia con cualquiera de estas personas separadamente, tuvimos la calidad de nudas propietarias de la casa cuya ubicación y linderos se encuentran determinados en el punto 4º de la parte motiva de esta demanda.

"c) Que a partir del día del fallecimiento de

la señorita Teresa Uribe Gaviria, o sea desde el 31 de diciembre de 1942, somos dueñas, en comunidad con nuestra hermana señora Ana María Gaviria Arango de Uribe, de la mitad del inmueble determinado en el ordinal 4º de la parte motiva del presente libelo, incluídas en el dominio del inmueble todas las mejoras y anexidades de tal bien.

"d) Que los demandados están en la obligación de restituírnos, dentro del término de tres días a contar de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al juicio, las tres cuartas partes de la mitad del inmueble referido, junto con todos los frutos civiles percibidos o que nosotras hubiéramos podido percibir, con mediana inteligencia y actividad estando el inmueble en nuestro poder, restitución de frutos que debe comprender todo el período de retención de las cuotas de dominio, y hasta la devolución total de ellas.

"e) Que deben pagarnos las costas del presente juicio si se opusieren a él, por resultar manifiestamente temeraria su oposición.

"**Subsidiariamente** para el caso de que no se hiciere la declaración solicitada bajo la letra c) de las peticiones principales, rogamos que se haga la siguiente en su lugar:

"c) **Subsidiaria.** Que, como consecuencia de las declaraciones a) y b) principales, y en razón y con fundamento en lo dispuesto por el testamento del señor don Alejandro Gaviria Correa, de que se ha hablado en el curso del presente escrito, la adjudicación que se hizo en la partición de los bienes sucesoriales del mencionado señor Alejandro Gaviria Correa, en relación con la casa de que se habla en el ordinal 4º de la parte motiva de este libelo, se entiende hecha no sólo en favor de la señora Ana María Gaviria de Uribe, sino también en nuestro favor, así: una cuarta parte de la mitad de dicha casa, para cada una de nosotros, y la otra cuarta parte de la mitad dicha, para la señora Ana María Gaviria de Uribe, nuestra hermana carnal.

"**Más subsidiariamente.** Para el caso remoto de que tampoco se hiciere la declaración subsidiaria anterior, solicito que se declare lo siguiente:

"c) **Segunda subsidiaria.** Que, en consecuencia, de lo dicho en las declaraciones a) y b) principales, las demandantes tenemos derecho a que se nos adjudique, en propiedad y dominio y a partes iguales con la señora Ana María de Uribe, la mitad de la casa a que se refiere el numeral 4º de la parte motiva del presente libelo de demanda.

"Que, además, se hagan las otras declaraciones solicitadas como principales".

Desatado el litigio en primera instancia el 21 de mayo de 1954 por sentencia del Juez 5º Civil del Circuito de Medellín, denegatoria de todas las súplicas del libelo, pasó a conocimiento del Tribunal Superior de aquel Distrito Judicial, a virtud de apelación interpuesta por la parte demandante. El 16 de mayo de 1955 terminó el segundo grado del juicio, con fallo que confirma el proferido por el Juez **a quo**.

Es ahora la oportunidad de decidir sobre el recurso de casación interpuesto oportunamente por las demandantes. Con apoyo en la causal 1ª, la acusación de la sentencia contempla dos cargos:

Primer cargo

Consiste en alegar que el fallo es violador de los artículos 1019 y 1113 del Código Civil, "a consecuencia de errores evidentes de hecho que aparecen de manifiesto en el juicio, provenientes de la indebida apreciación del testamento, prueba que aparece a fls. 7 del cuaderno número 3, a consecuencia de lo cual se violó el artículo 949 del Código Civil" —dice el recurrente— y agrega:

"**Errores del fallo.**—Los errores que le imputo a la sentencia son:

"a) No aceptar el fallo que el llamamiento por el testamento en favor 'de mis sobrinas solteras hijas de mi hermano Lázaro María Gaviria y de su segunda esposa la señora Arango' contiene una asignación a personas ciertas y determinadas; y que las indicaciones hechas por el testador para identificarlas y distinguirlas de cualesquiera otras personas son meridianamente claras, según cumple a la exigencia del artículo 1133 del Código Civil (sic).

"b) No aceptar el Tribunal que por ser la asignación hecha a las demandantes una asignación condicional, no es requisito para su validez el no haber existido (sic) las asignatarias en el momento de la muerte del testador, siendo que existían en el momento de morir la última de las llamadas primeramente al goce de la cosa fructuaria o al fideicomiso.

"c) Considerar el Tribunal que las asignaciones **si nascatur** requieren para su validez otros requisitos que los de que la asignación sea condicional y los asignatarios se determinen por in-

dicaciones claras del testamento, especialmente exigir contra lo dispuesto en los artículos 1019 y 1113 del Código Civil, que en el llamamiento se aluda 'en forma muy clara' y 'expresamente' al futuro advenimiento de los asignatarios, a pesar de que la cláusula no deja en este caso ninguna duda sobre el llamamiento hecho a las sobrinas indicadas y no nacidas en la fecha del testamento.

"Estos errores llevaron al Tribunal a la infracción del artículo 949 del Código Civil que concede acción reivindicatoria a quien es dueño de una cuota determinada de una cosa, en cuanto no accedió a las peticiones de la demanda".

Se detiene en consideraciones tendientes a demostrar cómo para la validez del llamamiento **si nascatur** es bastante que el asignatario sea persona cierta y determinada, y expone:

"La certeza y determinación exigidas para que el llamamiento valga, según lo explican los doctrinantes, se refiere a un elemento objetivo y uno subjetivo: que el testador sepa **ciertamente** a quién llama; y que la **determinación** que haga del llamado permita a los otros —a los que va a ejecutar su voluntad— saber cuál fue el llamado".

Sobre esta base, la demanda de casación argumenta en el sentido de que ninguna indicación más clara podría hacerse para asignatarios **si nascatur** que la de Alejandro Gaviria Correa respecto a las actoras en el juicio, cuando en su testamento habló de sus sobrinas hijas de su hermano Lázaro María Gaviria y de su segunda esposa; de que la objeción del sentenciador a ese llamamiento envuelve la exigencia de fórmulas sacramentales, como sería el decir: "mis sobrinas solteras, nacidas o por nacer, hijas de...", lo que estaría reñido con la ley y con los principios; de que el criterio del Tribunal permite deducir que "es lícito buscar una intención recóndita cuando las palabras empleadas por el testador son claras y revelan su verdadera intención", y que es posible interpretar la última voluntad en forma de que lo dicho y querido por el causante "no produzca efectos o produzca efectos sólo en parte, siendo que uno de los preceptos que deben seguirse para conseguir el recto entendimiento de una disposición 'confusa' es hallar alguno que los produzca".

Y termina el cargo con la apreciación de que si conforme a la doctrina serían admisibles pruebas externas, esto es extrañas al testamento, en busca de la verdadera intención del testador, en el caso de autos no se intentó producirlas para "destruir la meridiana evidencia de la institución de mis poderdantes", según lo estima el recurrente.

Se considera:

La cláusula testamentaria discutida en el presente debate judicial es de aquellas que admiten varias interpretaciones razonables, así sea en lo conducente a saber si se constituyera derecho de usufructo, o bien, fideicomiso sobre la casa de la Plazuela Uribe Uribe, de Medellín, como también en lo que respecta a determinar la verdadera voluntad del testador, concerniente a sus sobrinas solteras, hijas de Lázaro María Gaviria y su segunda esposa, de apellido Arango.

Para que pueda surgir error evidente de hecho en la interpretación testamentaria, es indispensable que el sentenciador pase por encima del claro y terminante significado y preciso alcance de la voluntad del testador como ley de su herencia. Pero cuando no es unívoco el sentido de las cláusulas, ni está claramente manifestado el querer del causante, según la sustancia de sus disposiciones, se abre amplio campo al poder discrecional del sentenciador, cuyo juicio se hace por lo común invulnerable en casación, supuesto que dentro del juego de las variadas opiniones, más o menos poderosas para inclinar la mente del intérprete, no habría en el recurso extraordinario asidero plausible para supeditar la convicción del Tribunal porque se presentaran otras opiniones razonables para interpretar la voluntad del causante. Sería necesario que su juicio fuese notoriamente erróneo a la luz resplandeciente del proceso, para que cayera por yerro evidente de hecho. La evidencia es incompatible con la simple opinión, y más aún con el estado de duda. De donde se sigue que el recinto íntimo en que se forma la convicción del sentenciador para decidir sobre puntos opinables en la tarea de interpretar los actos jurídicos, no es susceptible de censura por error de hecho sino cuando el juzgamiento peca a plena luz contra la evidencia manifiesta en los autos.

El sentenciador no ha desconocido el tenor literal ni el deslumbrante significado del testamento, ni de la última voluntad de Alejandro Gaviria aparece por modo claro e indudable ningún llamamiento **si nascatur**, cuya configuración jurídica no puede estar hecha a base de inferencias, por motivadas que así pudieran aparecer. Esa suerte de asignaciones a personas que a tiempo de abrirse la sucesión no existen, pero se espera

que existan en los treinta años subsiguientes, no son admisibles ni valederas en derecho sino por vía excepcional, como derogatoria del principio que exige para ser capaz de suceder, la necesidad de existir a tiempo de abrirse la sucesión (art. 1019 C. C.). Y la característica de ser restringidas las hipótesis excepcionales, que contradicen la regla para sustraerse de su imperio general, no posee flexibilidad suficiente para permitir el hallazgo de esas mismas excepciones sino donde con claridad aparecen establecidas: con ellas se contrarían, en efecto, los principios tutelares en que descansan las instituciones consagradas por el ordenamiento jurídico, en este caso para el derecho sucesorio.

Puede hacerse y es plenamente valedera la asignación **si nascatur,** en los términos previstos por el Código Civil (inc. 3º, artículo 1019, citado). Las leyes no han impuesto palabras sacramentales ni ritos consagrados para la determinación de esa clase de asignatarios. Pero es obvio que debe aparecer con absoluta claridad de los términos del testamento que se trata de tales asignaciones. De otro modo se expondría al subjetivismo la interpretación y suerte de los actos testamentarios, con la inseguridad y peligros consiguientes, aún a pesar del largo transcurso del tiempo.

Ni la cláusula en disputa, ni el contexto testamentario, permitieron al Juez, albaceas y partes descubrir asignación alguna **si nascatur** en la oportunidad de liquidar la mortuoria de Alejandro Gaviria, ni cuando el doctor Fernando Vélez, connotado tratadista de derecho civil colombiano, cumplió el encargo recibido de los albaceas para dar buena ejecución a la voluntad del causante en la materia controvertida. Si ahora el Tribunal Superior de Medellín tampoco la ha encontrado, su juicio se halla lejos de ser contrario a la evidencia procesal, y el cargo hecho al respecto no puede prosperar en casación.

Segundo cargo

"La sentencia —dice el recurrente— es violatoria de los artículos 1019 y 1113 del Código Civil, por errónea interpretación; y consecuencialmente infringe el artículo 949 del mismo Código, por no haberlo aplicado al caso del pleito, siendo aplicable.

"Podría llegar a considerarse que el error capital de la sentencia, el no haber considerado como una asignación **si nascatur** el llamamiento hecho en el testamento del señor Gaviria Correa a las demandantes, no proviene propiamente de la interpretación dada por el fallo a la cláusula testamentaria sino de la que pretende dar a los artículos 1019 y 1113 del Código Civil.

"Entonces la infracción de estos textos pudo haberse verificado, no a través de las pruebas, por error de hecho en la apreciación del testamento, sino directamente en el concepto indicado.

"La errónea interpretación de los citados artículos consiste en considerar el fallo que 'de acuerdo con la disposición últimamente transcrita —el artículo 1019 del Código Civil— que consagra las llamadas asignaciones condicionales **'si nascatur'** o sea el futuro advenimiento del asignatario, debe ser muy clara, en forma que no ofrezca confusión alguna', según expresa textualmente la sentencia, precisando más adelante que en el caso **sub judice** el testador "no se refirió expresamente a la asignación condicional **'si nascatur'** que cobijara el futuro advenimiento de las demandantes.

"Esta interpretación de los mencionados textos (artículos 1019 y 1113 del C. C.) es a todas luces errónea pues la ley no hace, en relación con la validez de las asignaciones a personas no nacidas, otras exigencias distintas a las siguientes: a) Que el asignatario sea persona cierta y determinada. Y la certeza y determinación deben entenderse, según los jurisperitos, en el sentido de haber sabido el testador con certeza a quién llamó y saber los demás, los que han de ejecutar su voluntad, cuál fue la persona señalada por el testador; y b) Ser la asignación condicional, ya que no puede haber asignaciones **si nascatur** puras y simples, pues lo dejado al que está por nacer debe quedar entre tanto dentro del patrimonio de alguien, pendiente la esperada existencia del llamado, que es incierta e indeterminada.

"Mas no requiere la ley el que se aluda expresamente al futuro advenimiento del asignatario, según la interpretación del Tribunal".

Se considera:

No ha contrariado el Tribunal la recta inteligencia de las normas contenidas en los artículos 1019 y 1113 del Código Civil, acerca de las asignaciones **si nascatur** o en lo que mira a la posibilidad de que el llamado se determine por indicaciones claras del testamento. Ocurre apenas que el sentenciador no encontró hecho en la cláusula cuestionada el llamamiento a personas cuya

existencia se esperara para después de estar abierta la sucesión, por no ser clara la voluntad del causante a ese respecto. Ni aún el empleo del vocablo "expresamente" de que el Tribunal se valió en las frases anotadas en la demanda, podría resultar impropio, desde luego que es adverbio de modo e indica que el llamamiento debe hacerse "con palabras o demostraciones claras y manifiestas", según la Academia; y no otra cosa enseña el artículo 1113 sobre la certeza y determinación del asignatario, sea que se le llame por su nombre o "por indicaciones claras del testamento".

El aserto del Tribunal no pugna con la cuestión en puro derecho, sino que se vincula una vez más con el punto que fue materia del primer cargo: el de averiguar a la luz del proceso si el fallo acusado es ostensiblemente erróneo, por desconocer la resplandeciente claridad de la cláusula testamentaria. Y quedó visto ya, que tal contraevidencia no se manifiesta en el caso de autos.

Son así suficientes las consideraciones hechas entonces para no encontrar fundado el segundo cargo, que, por lo demás, no viene propuesto con la certidumbre necesaria para tener incidencia en casación.

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 16 de mayo de 1955 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

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.

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

RECURSO DE HECHO. — LA SENTENCIA DICTADA EN JUICIO SOBRE AMPARO DE POBREZA NO ES SUSCEUTIBLE DEL RECURSO DE CASACION

1.—La cuestión relativa al amparo para litigar como pobre no puede ventilarse por la vía o procedimiento ordinario, sino por un procedimiento especial que no es otro que aquel que expresamente establece el C. J. en el Cap. III, Tít. 16 del Libro 2º (artículos 584 y ss.), que constituye el juicio denominado "amparo de pobreza" que es, estrictamente hablando, un juicio especial. Así lo afirma el profesor Hernando Morales en su obra "Curso de Derecho Procesal Civil", parte general, 2ª ed., pág. 482: "Esta actuación —dice— constituye un verdadero juicio especial que ha debido reglamentarse dentro de éstos, ya que el Código Judicial en su artículo 109, numeral 6, la incluye entre los juicios de que conocen los Jueces de Circuito".

2.—Tanto el juicio de amparo de pobreza como aquel para el cual se ha impetrado el amparo, son juicios completamente distintos, independientes y separados sin que ninguno de éstos esté condicionado por la decisión que recaiga en el otro; cada uno sigue su tramitación propia sin que el uno llegue a atacar la naturaleza del otro. De tal manera que si el juicio para el cual se ha pedido el amparo es ordinario o ha tomado tal carácter, el juicio de amparo de pobreza no se convierte por ello en ordinario sino que conserva siempre su naturaleza propia de juicio especial.

3.—Como el juicio de amparo de pobreza es especial que no asume ni puede asumir el carácter de ordinario, y de conformidad con lo establecido por el artículo 519 del C. J., la sentencia que en él se pronuncie no puede ser acusada por medio del recurso extraordinario de casación.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre)

Se procede a resolver el recurso de hecho que César A. Cepeda A. interpuso para que se le conceda el de casación, que el Tribunal Superior de Barranquilla le denegó, contra providencia de 20 de septiembre del año pasado, que decidió en sentido adverso al recurrente el amparo de pobreza solicitado por Cepeda para seguir con esa facilidad, el juicio ordinario propuesto por el mismo en su nombre y en el del Municipio de Barranquilla sobre bienes mostrencos.

Llegado el expediente a la Corte y oído el señor Procurador Delegado en lo Civil, este funcionario del Ministerio Público dio un parecer contrario al recurso de que se trata, y en tal sentido expuso:

"La Procuraduría considera:

"El recurso extraordinario de casación solamente puede concederse en contra de las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Superiores en los negocios y casos taxativamente determinados en el artículo 519 del C. J.; y entre las sentencias que pueden quedar sujetas a dicho recurso, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 1º de la citada norma, están 'las pronunciadas en los juicios ordinarios o que asumen este carácter'.

"Ahora bien: el juicio ordinario, según la definición que trae el artículo 734 de la misma obra, 'es el que se sigue para ventilar y decidir cualquier controversia judicial, cuando la ley no dispone que se observen trámites especiales o no autorice su procedimiento sumario'. De suerte que, si para ventilar un asunto o controversia la ley ha señalado un procedimiento particular, se tratará de un juicio especial y no se podrá acudir entonces a la vía ordinaria, ya que, según el principio del Código vigente que es diferente al del Código anterior, no es posible, ni por voluntad de las partes ni por voluntad del funcionario, tramitar por el procedimiento ordinario una cuestión a la que la ley asigna un procedimiento especial.

"Existen, sin embargo, algunos procedimientos

especiales que, al concurrir determinadas circunstancias, asumen automáticamente el carácter de ordinarios y se siguen tramitando como tales hasta su final. Pero los juicios especiales que asumen el antedicho carácter son únicamente aquellos que la ley expresamente indica y ninguno más, como por ejemplo el de bienes vacantes y mostrencos (artículo 842 del C. J.), el de capellanías (artículo 849 ibidem), el de pertenencias cuando se presente algún opositor (Ley 120 de 1928), el de deslinde y amojonamiento (artículo 870 del C. J.), el referente a los pactos accesorios de la compraventa (artículo 1096 ibidem), y el de rendición de cuentas (artículo 1132 ibidem).

"De lo dicho se deduce lógicamente que la cuestión relativa al amparo para litigar como pobre no puede ventilarse por la vía o procedimiento ordinario, sino por un procedimiento especial que no es otro que aquel que expresamente establece el Código Judicial en el Capítulo III, Título 16, del Libro 2º (artículos 584 y ss.), que constituye el juicio denominado 'amparo de pobreza' que es, estrictamente hablando, un juicio especial. Así lo afirma el profesor Hernando Morales en su obra intitulada 'Curso de Derecho Procesal Civil', parte general, segunda edición, pág. 482: 'Esta actuación —dice— constituye un verdadero juicio especial que ha debido reglamentarse dentro de éstos, ya que el Código Judicial en su artículo 109, numeral 6, la incluye entre los juicios de que conocen los Jueces de Circuito'.

"Es verdad que este juicio especial tiene como fin la declaratoria de amparo de pobreza para luego hacerla valer en otro juicio que se ha seguido o se pretende iniciar; pero esta circunstancia de ninguna manera conduce a considerar que aquel juicio sea un 'apéndice' o un juicio accesorio de éste, ni que la sentencia que se pronuncie en el amparo de pobreza sea una sentencia de juicio ordinario por tener tal carácter en otro juicio, porque ni el juicio de amparo de pobreza ni su fallo inciden o modifican la esencia misma de la acción o del fallo del otro juicio, sino que sus repercusiones son meramente accidentales, comoquiera que se refieren al uso del papel sellado, al pago de los portes de correo, a las expensas judiciales y a la condenación en costas, como expresamente lo indica el artículo 575 del Código Judicial.

"En una palabra: tanto el juicio de amparo de pobreza como aquel para el cual se ha impetrado el amparo, son juicios completamente distintos, independientes y separados sin que ninguno de éstos esté condicionado por la decisión que recaiga en el otro; cada uno sigue su tramitación propia sin que el uno llegue a tomar la naturaleza del otro. De tal manera que si el juicio para el cual se ha pedido el amparo es ordinario o ha tomado tal carácter, el juicio de amparo de pobreza no se convierte por ello en ordinario sino que conserva siempre su naturaleza propia de juicio especial.

"El juicio de amparo de pobreza, dice el profesor Hernando Morales en la obra citada, 'es independiente de aquel en que se pretende hacer valer el amparo y es competente el Juez del Circuito del domicilio del demandado, no siendo indispensable que sea el mismo que conoce del juicio en que producirá efecto el amparo de pobreza'.

"De las breves consideraciones que se han expuesto se desprende que el juicio de amparo de pobreza es un juicio especial que no asume ni puede asumir el carácter de ordinario, y que, de conformidad con lo establecido por el artículo 519 del C. J., la sentencia que en él se pronuncie no puede ser acusada por medio del recurso extraordinario de casación.

"La Procuraduría, con base en lo expuesto, considera inobjetables los autos dictados por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla el 9 de noviembre y el 1º de diciembre del año próximo pasado, y estima bien denegado el recurso de casación propuesto contra la sentencia de fecha 20 de septiembre del mismo año".

Son tan claras y concluyentes las razones expuestas por el señor Procurador en contra del recurso de hecho en referencia, que la Corte las acoge y le bastan para denegar dicho recurso.

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 ACCEDE a conceder el Recurso de Casación interpuesto por el abogado César A. Cepeda A.

Comuníquese al Tribunal Superior de Barranquilla para los efectos del inciso 2º del artículo 514 del Código Judicial.

Cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Luis Felipe Latorre U. — Agustín Gómez Prada — Ignacio Gómez Posse — José Joaquín Rodríguez. — Ernesto Melendro Lugo, Srio.

VIOLACION DE LA LEY POR ERROR EN LA APRECIACION DE PRUEBAS

De manera reiterada y constante la doctrina de la Corte ha venido sosteniendo que la errónea apreciación de las pruebas no es por sí causal de casación, sino un medio por el cual puede llegarse indirectamente al motivo que es la violación de la Ley sustantiva. Cuando esta infracción se hace provenir de un error de derecho o de un error manifiesto de hecho en la apreciación probatoria, es necesario que la acusación no se detenga en el señalamiento y demostración del error, sino que es indispensable citar los preceptos sustantivos que se consideran infringidos, con los cuales debe confrontarse la sentencia impugnada. La Corte ha dicho que "sin este complemento el cargo queda a medio camino e inútil". Y esto aún tratándose del error de derecho por haber el Tribunal desoído las disposiciones legales reglamentarias de la prueba y de su estimación o alcance, las cuales debe citar también el recurrente y cuyo quebrantamiento es lo que constituye precisamente el error de derecho en su apreciación. "La calidad sustantiva que siempre se ha reconocido a las disposiciones que consagran la estimación obligatoria de determinadas pruebas —sustantividad de carácter procesal en el sentido de importancia como medios de demostrar el derecho, pero no en la acepción de fuentes de derecho—, no basta para tener por satisfecha la exigencia que impone la ley al recurrente de señalar la disposición propiamente sustantiva, porque como se acaba de decir, la inexacta apreciación jurídica de la fuerza o eficacia de un elemento de prueba es apenas constitutiva del error de derecho, mediante el cual llegó el sentenciador a una equivocada conclusión sobre la cuestión de fondo debatida en el juicio. Dentro del mecanismo técnico de la causal primera de casación, cuando la violación de la ley proviene de la apreciación errónea de pruebas, podría llamarse a la del correspondiente artículo que fija el mérito probatorio VIOLACION MEDIO, porque de ella, una vez demostrada, hay que deducir todavía el quebrantamiento de lo que propiamente llama el artículo 520 del C. J. ley sustantiva, y que es el único motivo que da acceso a la casación". (Casación, junio 16 de 1942, T. XLVI, número 1986, pág. 640). De tal suerte que cuando se invoca la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, por error de derecho en la apreciación de las pruebas, no le basta al recurrente señalar y demostrar tal error y el quebrantamiento de los preceptos sobre la tarifa legal, sino que debe patentizar la infracción consecuencial de las normas sustantivas que reconocen el derecho o consagran la acción, citando a este respecto las disposiciones legales violadas y el concepto de la violación.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra)

La Corte resuelve la demanda de casación introducida por la parte demandada en el juicio ordinario sobre nulidad absoluta o rescisión por lesión enorme de una compraventa, promovido por Hormesinda Collazos M. contra Alfonso Espinosa M. y fallado por el Tribunal Superior de Cali en sentencia del 6 de agosto de 1955.

I. — Antecedentes

1.—Por escritura número 329 otorgada el 30 de enero de 1953 en la Notaría Tercera de Cali, Hormesinda Collazos Micolta dijo vender a Alfonso Espinosa M. una casa de su propiedad en la ciudad de Cali, por la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) que la vendedora declaró en el propio instrumento haber recibido de manos del comprador.

2.—Poco tiempo después, el 14 de mayo siguiente, Hormesinda Collazos promovió juicio ordinario contra Alfonso Espinosa M. ante el Juzgado 2º Civil del Circuito de Cali para obtener

la invalidación de la compraventa con las declaraciones consecuenciales, bien por nulidad absoluta del contrato o por rescisión absoluta del contrato o por rescisión a causa de lesión enorme.

3.—La actora sostiene en el libelo de demanda que no recibió un solo centavo de Espinosa por razón del precio de la venta; que suscribió la escritura de venta mediante engaño, coacción y amenazas; que a ella ni siquiera se le leyó el instrumento y éste no fue presenciado por el Notario; que aunque se llegara a admitir la realidad de la venta y la legalidad del otorgamiento de la escritura, habría lesión enorme, ya que el precio de dos mil pesos ($ 2.000.00) era muy inferior a la mitad del justo precio del inmueble a la época de la convención.

4.—El reo, al contestar la demanda, niega los hechos pertinentes en que ella se funda y afirma que el precio de la venta que figura en la escritura pública número 329 no fue de dos mil pesos ($ 2.000.00), sino de ocho mil pesos ($ 8.000.00), suma que fue realmente la recibida por Hormesinda Collazos como precio de la compraventa aludida.

5.—Finalizó la primera instancia con sentencia proferida el 29 de enero de 1955, cuya parte resolutiva es del siguiente tenor:

"1º—No hay lugar a la declaratoria de nulidad solicitada en el libelo de demanda de fecha 14 de mayo de 1953, con que se inició este juicio.

"2º—En su lugar, declárase que la señora Hormesinda Collazos, como vendedora, sufrió lesión enorme en el contrato de venta de la casa de habitación distinguida con los números 11-66 y 11-70 de la calle 13-A, carreras 11 y 12, de esta ciudad, celebrado con el señor Alfonso Espinosa, como comprador; contrato de que dá cuenta la escritura número 329 de 30 de enero de 1953, emanada de la notaría 3ª de Cali y registrada el 13 de octubre de 1953 en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de esta ciudad.

"3º—En consecuencia, declárase la rescisión de dicho contrato y por lo tanto se condena al señor Alfonso Espinosa M. a devolver a la demandante Hormesinda Collazos M., el inmueble citado en el punto anterior, exento de toda hipoteca o derecho real que hubiere constituído aquél en dicho bien raíz. Esta restitución la hará seis días después de ejecutoriado el presente fallo siempre que el demandado no opte por el completo del precio en la forma indicada en este fallo.

"4º—Condénase a la demandante señora Hormesinda Collazos M. a devolver al señor Alfonso Espinosa M., dentro del mismo plazo fijado para la restitución del inmueble, en el numeral anterior, el precio pagado a la primera de las nombradas, siempre que no se opte por el complemento del precio en la forma indicada en este fallo.

"5º—El comprador señor Alfonso Espinosa M. debe los frutos naturales y civiles que haya producido el inmueble vendido desde la fecha de la demanda, y la demandante debe los intereses legales del dinero que el señor Alfonso Espinosa M. le entregó como precio de dicho inmueble, desde la fecha de la respectiva entrega. Estas prestaciones tendrán lugar siempre que no se opte por el completo del precio.

"6º—Queda a opción del comprador señor Alfonso Espinosa M. o consentir en la rescisión decretada, caso en el cual restituirá el inmueble en la forma y términos en el punto 3º; o completar dentro del mismo plazo el justo precio del mismo, que es de trece mil ochocientos cincuenta y seis pesos con cuarenta y cinco centavos ($ 13.856.45), menos un diez por ciento.

"7º—Si el demandado señor Alfonso Espinosa M. consintiere en la rescisión del contrato, se oficiará a la Notaría 3ª de esta ciudad y a la oficina de Registro de la localidad, para la cancelación de la escritura número 329, ya mencionada, y para la cancelación de la inscripción de dicha escritura en la oficina de Registro de esta ciudad, pero cuando la demandante haya hecho la restitución del caso al demandado.

"8º — Con costas a cargo de la parte demandada".

6.—Apelado este fallo sólo por la parte demandada, el Tribunal Superior de Cali lo confirmó con costas a cargo del recurrente, en sentencia proferida el 6 de agosto de 1955.

7.—La parte vencida en las instancias, ha acudido en casación ante la Corte para impugnar el fallo del Tribunal. Y después de haberse surtido la tramitación legal, el negocio debe recibir la correspondiente decisión de la Corte.

III.—Sentencia acusada

Rechazada por el Juzgado la acción principal de nulidad absoluta de la venta, y consentido el fallo por la parte demandante, la controversia en segunda instancia quedó reducida a la acción

subsidiaria de rescisión por lesión enorme deducida en la sentencia.

El demandado enderezó su defensa a la demostración de que el precio real de la venta hecha por la señora Collazos a su favor había sido de ocho mil pesos ($ 8.000.00), suma que había recibido la misma compradora en el momento de firmarse la escritura número 329 de 30 de enero de 1953. Y para probarlo, el demandado adujo una declaración escrita hecha por la señora Collazos en memorial presentado por ella ante el Juzgado 5º Civil Municipal de Cali, y los testimonios de Esteban Silva y Victoriano Calero.

Estas pruebas tendientes a desvirtuar la declaración contenida en el instrumento público de compraventa, sobre la cuantía del precio estipulado y recibido, fueron desechadas por el Juzgado y el Tribunal, con razones distintas, a saber:

a) Para el Juzgado el memorial de que hace mérito el demandado, no es suficientemente explícito en sus términos, pues se habla allí de una propiedad vendida por $ 8.000.00 y $ 2.000.00, y aparece rectificado en otro memorial dirigido al mismo Juzgado 5º Municipal de Cali, cuya copia se trajo a los autos. Las declaraciones de Silva y Calero, según lo preceptuado en los artículos 1759 del C. C. y 91 y 93 de la Ley 153 de 1887, no son admisibles para modificar lo expresado en la escritura pública, porque aun cuando forman plena prueba al tenor del artículo 697 del C. J., no existe un principio de prueba por escrito emanado de la demandante que haga verosímil el hecho alegado por el demandado sobre la entrega de los $ 8.000.00 como precio de la venta;

b) Para el Tribunal el memorial suscrito por la señora Collazos carece de valor probatorio suficiente, en fuerza de los motivos expuestos por el Juzgado que hacen inadmisible tal escrito como confesión extrajudicial con fuerza de prueba completa, al tenor de los artículos 594 y 608 del C. J. Y los testimonios de Silva y Calero, contra lo afirmado por el Juez, no concuerdan en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, según el cotejo de lo que uno y otro afirman en sus declaraciones sobre la entrega de los $ 8.000.00 a la señora Collazos.

Dijo el Tribunal a este respecto: "...las declaraciones de los señores Esteban Silva y Victoriano Calero no concuerdan en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, dado que sólo el primero de los testigos hace alusión al nombre de la vendedora y del comprador, a la facción de la póliza o minuta que sirvió para la redacción de la escritura pública y a las demás circunstancias concomitantes al otorgamiento de la escritura número 329, mientras que el último limita su conocimiento al señor Alfonso Espinosa y al hecho de haberlo visto cuando "le estaba contando una plata a una señora que estaba allí, morena-clara, más bien gorda, de regular estatura, cuatro mil pesos", y oyó cuando el señor Alfonso Espinosa le decía a dicha señora lo siguiente: "Aquí le entrego cuatro mil pesos y le quedo debiendo dos mil pesos. Ahora le firmo una letra por dos mil pesos para completar los seis mil pesos y le quedo a deber dos mil pesos"; tal concordancia no puede reconocerse, no sólo por la falta de precisión en los términos empleados por el declarante Calero, sino por la desconexión entre su dicho y lo declarado concretamente por el testigo Esteban Silva G."

Tras de hacer el examen y la crítica de las probanzas aducidas en el juicio, el Tribunal concluye de esta manera:

"Así las cosas, reivindicada la vigencia de las obligaciones y descargos contenidos en la escritura pública número 329, de 30 de enero de 1953, otorgada en la Notaría 3ª de Cali; establecido en el juicio que el valor del inmueble vendido por dicho instrumento era en esa fecha la suma de $ 13.856.45 y que la vendedora sólo recibió la suma de $ 2.000.00 como precio de la compra-venta, o sea una cantidad inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende (artículo 1947 del C. Civil), y habiéndose ejercitado la acción en tiempo oportuno, contra la persona del señor Alfonso Espinosa M., comprador del inmueble, la sentencia que declaró la existencia de la lesión enorme y la rescisión consiguiente por dicha causa, debe ser confirmada en todas sus partes, en cumplimiento de los preceptos legales".

III.—Demanda de casación

Sin citar de manera expresa la causal invocada, los cargos que el recurrente formula al fallo recurrido aluden al motivo de casación consagrado en el numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial.

Los cargos son estos:

1º—"La sentencia acusada es violatoria del artículo 651 del Código Judicial; artículo 93 de la Ley 153 de 1887, por falta de aplicación. La violación del artículo 651 del C. J., puede ser prin-

cipal, si se lo considera como norma sustantiva, o bien de medio si la H. Corte estima que se trata de una norma adjetiva y así lo propongo principal y subsidiariamente".

En concepto del recurrente, "la violación se produjo por apreciación errónea de las pruebas" que se mencionan y comentan en la demanda, a saber, las copias de los memoriales dirigidos por Hormesinda Collazos M. al Juzgado 5º Municipal de Cali y los testimonios de Esteban Silva y Victoriano Calero, probanzas rechazadas por el Tribunal como idóneas para acreditar que el dinero recibido realmente por la demandante como precio de la compraventa cuya rescisión se decretó, fue la suma de ocho mil pesos ($ 8.000.00).

Según el acusador, el Tribunal cometió "un error de derecho que aparece de manifiesto en los autos". Si no se hubiera incurrido en él, "necesariamente habría concluído revocando la sentencia de primera instancia y en su lugar habría declarado que no era el caso de hacer las condenaciones y declaraciones pedidas en el libelo".

2º—"La sentencia es violatoria del artículo 93 de la Ley 153 de 1887, por aplicación errónea, a través de un error de derecho en la apreciación de las pruebas, que aparece de modo manifiesto en los autos.

"El error de derecho consiste en que el H. Tribunal estima que no existe un principio de prueba por escrito suficiente para que con las declaraciones uniformes aducidas, se desvirtúe, altere o adicione la declaración sobre precio contenida en la escritura número 329 de 30 de marzo de 1953 de la Notaría 3ª de Cali".

Los razonamientos del recurrente se encaminan a demostrar que los memoriales dirigidos por Hormesinda Collazos M. al Juzgado 5º Municipal de Cali constituyen un principio de prueba por escrito al tenor del artículo 93 de la Ley 153 de 1887, los cuales hacen verosímil la entrega de los $ 8.000.00 como precio de la venta rescindida por lesión enorme. Por lo cual sería admisible la prueba testimonial resultante de las declaraciones de Silva y Calero que el Juzgado consideró con el valor asignado por el artículo 697 del Código Judicial.

En resumen: la demanda se basa en que por una errónea apreciación de las pruebas el sentenciador consideró que el precio recibido por la vendedora fue la suma de $ 2.000.00, error que lo llevó a concluir en la forma que aparece en el fallo acusado.

IV.—Examen de los cargos

1.—Se deja anteriormente expuesto que el Tribunal rechazó la prueba allegada por el demandado tendiente a demostrar que el dinero recibido por Hormesinda Collazos como precio de la venta contenida en la escritura número 329, fue la suma de $ 8.000.00 y no la de $ 2.000.00 declarada en el instrumento notarial, por dos motivos: a) porque los memoriales suscritos por Hormesinda Collazos M. no son confesión extrajudicial con valor de prueba completa, por las circunstancias examinadas en la sentencia; b) porque las declaraciones de Silva y Calero no concuerdan en el hecho de la entrega de los $ 8.000.00 y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar.

No dijo el Tribunal, como erróneamente lo sostiene el recurrente, que la prueba testimonial reuniera los requisitos del artículo 697 del Código Judicial, y que fuera inadmisible para modificar lo declarado en la escritura pública, por no existir un principio de prueba por escrito, conforme a los artículos 91 y 93 de la Ley 153 de 1887. No. El razonamiento del Tribunal fue muy otro y divergente del que expuso la sentencia de primera instancia, según se ha visto.

En parte alguna, el recurrente ataca la apreciación del Tribunal sobre la prueba testimonial constituída por las declaraciones de Silva y Calero.

Estas solas consideraciones serían suficientes para rechazar los cargos de la demanda de casación.

2.—Pero además la Sala advierte que el recurrente denuncia a la sentencia como violatoria de la ley sustantiva y cita como disposiciones infringidas los artículos 651 del Código Judicial y 93 de la Ley 153 de 1887 que no tienen tal sustantividad, pues uno y otro son normas procesales sobre régimen probatorio cuyo sólo quebrantamiento —caso de haber existido— no bastaría para infirmar la sentencia:

La primera indica al Juez cómo se deben estimar dos o más instrumentos de una misma naturaleza contrarios entre sí, y la segunda establece la admisibilidad de la prueba testifical en los casos en que haya un principio de prueba por escrito. Ambas rezan con la tarifa legal de prueba, pero no consagran un derecho.

La acusación se funda en un error de derecho

en la apreciación de las pruebas. El recurrente cita únicamente como infringidos, artículos atinentes al régimen probatorio, pero no señala las normas sustantivas relacionadas con el fondo del negocio, que resultarían violadas a consecuencia de aquel supuesto error. Lo cual bastaría para desechar la demanda.

De manera reiterada y constante la doctrina de la Corte ha venido sosteniendo que la errónea apreciación de las pruebas no es por sí causal de casación, sino un medio por el cual puede llegarse indirectamente al motivo que es la violación de la Ley sustantiva. Cuando esta infracción se hace provenir de un error de derecho o de un error manifiesto de hecho en la apreciación probatoria, es necesario que la acusación no se detenga en el señalamiento y demostración del error, sino que es indispensable citar los preceptos sustantivos que se consideran infringidos, con los cuales debe confrontarse la sentencia impugnada. La Corte ha dicho que "sin este complemento el cargo queda a medio camino e inútil". Y esto aún tratándose del error de derecho por haber el Tribunal desoído las disposiciones legales reglamentarias de la prueba y de su estimación o alcance, las cuales debe citar también el recurrente y cuyo quebrantamiento es lo que constituye precisamente el error de derecho en su apreciación. "La calidad sustantiva que siempre se ha reconocido a las disposiciones que consagran la estimación obligatoria de determinadas pruebas —sustantividad de carácter procesal en el sentido de importancia como medios de demostrar el derecho, pero no en la acepción de fuentes de derecho—, no basta para tener por satisfecha la exigencia que impone la ley al recurrente de señalar la disposición propiamente sustantiva, porque como se acaba de decir, la inexacta apreciación jurídica de la fuerza o eficacia de un elemento de prueba es apenas constitutiva del error de derecho, mediante el cual llegó el sentenciador a una equivocada conclusión sobre la cuestión de fondo debatida en el juicio. Dentro del mecanismo técnico de la causal primera de casación, cuando la violación de la ley proviene de la apreciación errónea de pruebas, podría llamarse a la del correspondiente artículo que fija el mérito probatorio **violación medio**, porque de ella, una vez demostrada, hay que deducir todavía el quebrantamiento de lo que propiamente llama el artículo 520 del C. J. ley sustantiva, y que es el único motivo que da acceso a la casación". (Casación, junio 16 de 1942, T. XLVI, número 1986, pág. 640). De tal suerte que cuando se invoca la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, por error de derecho en la apreciación de las pruebas, no le basta al recurrente señalar y demostrar tal error y el quebrantamiento de los preceptos sobre la tarifa legal, sino que debe patentizar la infracción consecuencial de las normas sustantivas que reconocen el derecho o consagran la acción, citando a este respecto las disposiciones legales violadas y el concepto de la violación.

De los innumerables fallos de casación en que la Corte una y otra vez ha explicado su doctrina sobre este tema, la Sala cita algunos de reciente data:

a) "Como la falta de estimación o la equivocada estimación de una prueba que necesariamente tienen que implicar desacato a los textos legales sobre materia probatoria, pueden no implicarlo a los preceptos sustantivos que rigen la acción, para la prosperidad del cargo en casación, debe el recurrente citar también los textos legales concernientes a la sustancia del negocio, que él considera violados". (Casación, septiembre 15 de 1954, T. LXXVIII, número 2146, pág. 605).

b) "Es creencia equivocada creer que cuando el fallo de segunda instancia quebranta disposiciones sobre régimen probatorio, y se hace el reparo formal sobre eso, queda ya hecho y demostrado el cargo de violación de la ley sustantiva por indebida aplicación, falta de aplicación e interpretación indebida, y eso basta. Porque, como lo ha dicho la Corte, si no se indica como violada consecuencialmente o en forma indirecta, la disposición que define, consagra o establece el derecho mismo de fondo de la parte agraviada, el recurrente se ha detenido en la mitad del camino, el cargo se queda inconcluso, no llega a la estación terminal y resulta inane, ineficaz e inaceptable". (Casación, octubre 28 de 1954. Tomo LXXVIII, número 2147, pág. 991).

c) "Cuando en casación se acusa la sentencia por error de derecho en la apreciación de determinada prueba, el recurrente debe citar las normas sobre pruebas que el Tribunal hubiera infringido, y además señalar concretamente las normas sustantivas quebrantadas y el concepto de su violación". (Casación, febrero 22 de 1955. T. LXXIX, número 2150, pág. 503).

d) "Para la prosperidad de un cargo en casación por error de derecho, en la estimación de las pruebas, es necesario, a más de indicar con precisión en qué consisten tales errores y de ci-

tar los textos legales que regulan lo concerniente con el valor de cada medio de prueba, lo mismo que demostrar la violación de estos textos, demostrar también la consecuente violación de la ley sustantiva que consagra la acción, porque el quebrantamiento de los otros textos legales apenas sería el camino que condujera a la violación de éste". (Casación, febrero 28 de 1955, T. LXXIX, número 2150, pág. 554).

e) "Se repite que en el terreno de los errores en la apreciación de las pruebas, no puede dejar de indicarse las disposiciones legales quebrantadas, de carácter sustantivo tocantes a la acción misma incoada, contra las cuales repercuta sustancialmente el error atinente a la prueba. La doctrina es constante: en el error de derecho, en materia de pruebas, no basta la infracción medio, es menester probar la infracción final, definitiva y decisiva para casar el fallo, porque puede ocurrir que la violación medio no conduzca a la violación de la ley sustantiva que configura la acción promovida o la excepción propuesta. Y de la misma manera en el error de hecho: puede acontecer que no golpee en el fondo sustancial de la acción y entonces habrá sido ineficaz". (Casación, diciembre 14 de 1955, T. LXXXI, números 2160-61, pág. 748).

Por las razones expuestas se rechazan los cargos.

V. — Resolución

En mérito de las consideraciones expuestas la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali, fechada el seis de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco, en el juicio seguido por Hormesinda Collazos M. contra Alfonso Espinosa M.

Sin costas por no haberse causado.

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

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

ACCION DE FILIACION NATURAL DIRIGIDA CONTRA EL PRESUNTO PADRE. APRECIACION DE LA PRUEBA TESTIMONIAL. — LA EXIGENCIA DE QUE EL JUEZ ORDENE EXPRESAR EN LA CORRESPONDIENTE PARTIDA EL DIA Y LA HORA EN QUE TUVO LUGAR EL NACIMIENTO, NO PUEDE SER ABSOLUTA, PUES SI SE CARECE DE INFORMACION AL RESPECTO, LA LEY EXCUSA DE ELLA

1.—No basta con que al contestar una o dos preguntas los testigos se acojan a las expresiones empleadas en ellas, para calificar sus testimonios como "de cartabón", cuando en el resto de las declaraciones emplean léxico y modos diferentes de relatar lo que saben y hasta dan cuenta de otros hechos fuera de los que textualmente contiene el interrogatorio.

2.—Toda la acusación se reduce al hecho de no haberse ordenado en la sentencia que en la partida de estado civil que dispuso extender en una Notaría se indicara "el día y la hora en que tuvo lugar el nacimiento", como lo previene el ord. 1º, artículo 3º de la ley 92 de 1938. La exigencia legal a este respecto no es, no puede ser absoluta, sino acondicionada a la circunstancia de que se conozcan con precisión esos datos. Pero si, como en el presente caso, apenas se ha logrado establecer el mes y el año (1919), después de transcurridos más de treinta, no es posible ni darle total cumplimiento al artículo citado, ni dejar de extender la partida, incluyendo lo demás.

Quien examine cuidadosamente el texto completo de la ley 92 podrá ver que respecto de varios de los datos cuya inclusión ordena, excusa tal cosa si se carece de información, sin prescindir de la partida.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U.)

Del Tribunal Superior de este Distrito llegó a la Corte el juicio ordinario sobre filiación natural de Antonio o Luis Antonio Sefair Angel contra Antonio Sefair Canaan, decidido en segunda instancia en favor del demandante por fallo de 3 de agosto de 1955, contra el cual recurrió en casación el demandado.

- I -

Antecedentes

El demandante solicitó en el libelo inicial del juicio la declaración de que el demandado era su padre natural, y que, en consecuencia, se ordenara inscribir en una de las Notarías de Bogotá la correspondiente partida de estado civil.

El Tribunal hace un fiel resumen de los hechos fundamentales de la acción, así:

"1º—La madre natural del demandante es la señora María Belén Angel, quien aún vive en esta ciudad de Bogotá;

"2º—El demandado Sefair Canaan inició vida marital con la nombrada Belén desde el año de 1916 y con ella vivió bajo un mismo techo sin interrupción hasta mediados de 1922, año en el cual Sefair Canaan contrajo matrimonio católico con Herlinda Name;

"3º—Cuando hicieron vida marital Belén Angel y Antonio Sefair Canaan eran solteros;

"4º—Durante la vida marital de Belén y Antonio Sefair Canaan procrearon cuatro hijos, tres mujeres y un hombre, en su orden: María Antonia, Margarita, Antonio o Luis Antonio y Ana. Las tres mujeres, en la actualidad están casadas y viven en la población de Tocancipá;

"5º—Los concubinos Sefair Canaan y Belén Angel, durante el período de su vida marital vivieron en la casa marcada en la nueva nomenclatura con el número 5-67 de la carrera 7ª de esta ciudad de Bogotá, casa de propiedad de una familia Conti, así como en una casa de la calle 4ª de la misma ciudad, entre carreras 9ª y 10ª.

"6º—Antonio o Luis Antonio Sefair Canaan (sic) nació en Bogotá en uno de los años de 1919 o 1920 como fruto de las relaciones carnales de los concubinos Sefair Canaan y Belén Angel. En

dicha época ya habían nacido María Antonia y Margarita, como frutos de las mismas relaciones; Ana Sefair nació con posterioridad al demandante y al matrimonio del demandado, aun cuando la concepción se había efectuado con anterioridad al matrimonio del demandado;

"7º—Durante la vida marital de los concubinos Sefair Canaan y Belén Angel, ésta ayudaba eficazmente al primero pues no sólo cuidaba de los hijos comunes sino que confeccionaba ropa que el primero vendía en un almacén de su propiedad situado en la calle 11 número 9-75 de esta ciudad;

"8º—El concubinato de Sefair Canaan y de Belén Angel fue público y notorio dentro del ambiente social de los mismos y en los lugares en que tuvieron su hogar;

"9º—Sefair Canaan, por más de un cuarto de siglo, ha atendido a los hijos procreados con Belén Angel y ha proveído a la crianza y educación de los mismos, así como al establecimiento de las hijas, a quienes continúa prodigándoles atenciones paternales y las invita frecuentemente a su casa para participar en sus fiestas y les dá regalos por las épocas de navidad, etc.;

"10º — Al demandante también lo atendió en forma solícita de padre corriendo con su crianza y educación, como a la de las hijas, y lo presentó ante sus amistades como a su hijo por espacio de más de veinticinco años seguidos y permanentes;

"11º—Sefair Canaan hizo matricular al demandante como a su hijo en algunos colegios, entre otros el San Luis Gonzaga de Facatativá, por los años de 1929 a 1933 y en el Colegio Salesiano de León XIII de esta ciudad, por el año de 1934. En estos colegios fue matriculado el demandante con el apellido de Sefair, que siempre ha llevado con el consentimiento manifiesto de Sefair Canaan;

"12º—Las pensiones del Colegio Salesiano de León XIII las mandaba a pagar el demandante con su empleado o dependiente Antonio Sastoque y las del Colegio de San Luis Gonzaga de Facatativá con el señor Rafael Plazas;

"13º—Sefair Canaan, a pesar de su matrimonio con la señora Name, continuó atendiendo al sostenimiento y educación de sus hijos y al sostenimiento de la señora Angel, cosas que efectuaba por conducto del señor Rafael Plazas ya que dichas personas permanecieron en Facatativá de los años de 1922 a 1934, y en dicha población tenía establecidos negocios el señor Plazas hasta su fallecimiento;

"14º—En 1934 la Angel y sus hijos se trasladaron a Bogotá, y en esta ciudad siguió atendiéndolos por conducto de su empleado o dependiente Benedicto Alemán;

"15º—En el año de 1947 el demandante fue matriculado por orden expresa del demandado, a quien siempre ha tenido como a su padre, en el Instituto Técnico de Aviación de esta ciudad y también por petición del demandado firmó como acudiente del demandante el señor Nabih Helo, compatriota y amigo del demandado;

"16º—Del matrimonio Sefair Canaan-Name nació por el año de 1923 o 1924 Antonio Sefair Name, quien siempre ha tenido y tratado ante sus amistades al demandante como a su hermano;

"17º—El demandado enviudó de la señora Name y en el año de 1934 contrajo matrimonio con Julia Chaljub, y a esta señora ha presentado a María Antonia, a Margarita, a Antonio o Luis Antonio y a Ana, como a sus hijos y en varias ocasiones los ha llevado en tal calidad a su nuevo hogar;

"18º—En la partida de bautismo del demandante en que aparece con el nombre de Antonio, figura como hijo de Antonio Sefair Canaan (o Canahan) y Belén Angel, está seguramente equivocada en cuanto al año del nacimiento. El apellido fue autorizado por el mismo Sefair Canaan;

"19º—Cuando nació el primer hijo del matrimonio Sefair Name, éste fue bautizado con el nombre de Antonio, por cuyo motivo el demandante ordenó al demandado que antepusiese a su nombre el de Luis para que no hubiese tres Antonios Sefair y por tal motivo el demandante figura en todos sus actos públicos y privados con el nombre de Luis Antonio;

"20º—Como hecho se afirma que el demandante no persigue beneficio económico alguno, '**y menos aspira a patrimonio herencial alguno del demandado, ya que el artículo 28 de la Ley 45 de 1936 no le dá derecho a ello. Persigue única y exclusivamente una finalidad de orden moral amparada por nuestras leyes, ya que toda persona tiene derecho a saber a ciencia cierta, quiénes son sus padres**'.

"21º—En 13 de junio de 1952 el demandante hizo comparecer al demandado ante el Juzgado 8º Civil del Circuito para que manifestara, bajo la gravedad del juramento, si se creía padre natural de él y Sefair Canaan manifestó que no creía ser padre del demandante".

El demandante apoyó su acción en los nume-

rales 3º, 4º y 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936.

El Juez del Circuito pronunció fallo absolutorio que fue revocado en la segunda instancia.

El Tribunal después de muchas consideraciones generales y del examen de las pruebas aducidas, entre las cuales figuran varias cartas del demandado a la madre del demandante, consideró que ninguna de ellas contenía reconocimiento explícito de la paternidad (caso 3º del artículo 4º), pero sí servían como elementos corroborantes de las relaciones sexuales estables y notorias entre Sefair Canaan y Belén Angel (caso del numeral 4º) y de la posesión notoria del estado civil de hijo (caso 5º), demostrados tales casos con las demás pruebas presentadas por el demandante.

El recurso

Tres cargos integran la acusación contra el fallo recurrido:

1º—"Error de hecho en la apreciación de las pruebas referentes a las relaciones sexuales que se dicen estables y públicas".

2º—"Error de **hecho** en la apreciación de las pruebas respecto de la posesión notoria del estado de hijo natural", y

3º—"Violación directa de los artículos 3º de la Ley 92 de 1938, 11 y 33 del Decreto 1003 de 1939, reglamentario de dicha ley".

Primer cargo

El recurrente le imputa al Tribunal varios errores de hecho en la apreciación le las pruebas referentes a las relaciones sexuales, principiando por la crítica a las declaraciones de los testigos, que el acusador llama "de cartabón", como las calificó el Juez, cuyo concepto refuta el Tribunal en el siguiente pasaje seguido de la transcripción completa de los testimonios:

"Dice, en forma gratuita, el fallo de primera instancia que no es atendible la prueba testifical porque las deposiciones son de aquellas que pueden catalogarse como de cartabón. No hay nada más ajeno a la realidad que tal afirmación: es cierto que los testigos deponen sobre unos mismos hechos que afirman por haberlos presenciado y en realidad se trata de una misma situación pero sus manifestaciones brillan por su movilidad y por la sinceridad con que aparecen sus dichos. Veamos esos testimonios:

...."

Para contradecir esta apreciación el recurrente presenta, a doble columna **dos** (2) de las respuestas (siendo muchas más), de **dos** (2) de los testigos (que son cinco), así:

"DECLARACIONES EXTRAJUICIO

"Declaración de Alfredo Laverde A.

"Al punto d) 'Es verdad y me consta **que las relaciones conyugales o semiconyugales existentes entre María Belén Angel y Antonio Sefair, se prolongaron desde la época indicada en mi respuesta anterior, hasta la época que Antonio Sefair contrajo matrimonio con la señora** ERLINDA NAME en el año de 1922 y personalmente conocí de vista, etc., a la misma señora Erlinda Name'.

"Al punto f) 'Por visitar las casas a que me he referido, me consta de manera personal, que de la unión de la señora María Belén Angel y Antonio Sefair, nació un niño que llamaron Luis Antonio Sefair, por los años de 1919 o 1920".

"Declaración de Antonio Sastoque.

"Al punto d) 'Las relaciones **conyugales o semiconyugales existentes entre María Belén Angel y Antonio Sefair, se prolongaron desde la época antes indicada, hasta la época en que Antonio Sefair contrajo matrimonio con la señora** ERLINDA NAME en el año de 1922.

"Al punto f) 'Por visitar las casas antes mencionadas, me consta de manera personal, que de la unión de la señora María Belén Angel y Antonio Sefair, nació un niño a quien pusieron por nombre Luis Antonio Sefair, por los años de 1919 o 1920".

Los otros testigos pueden haber declarado en forma semejante en alguna parte de su deposición, pero se impone y basta transcribir como lo hizo el Tribunal, el texto completo de esas piezas, para que se vea la sinrazón del recurrente; porque no basta con que al contestar una o dos preguntas los testigos se acojan a la expresiones empleadas en ellas, para calificar sus testimonios como "de cartabón", cuando en el resto de las declaraciones emplean léxico y modos diferentes de relatar lo que saben y hasta dan cuenta de otros hechos fuera de los que textualmente contiene el interrogatorio.

Véase lo que realmente declara y cómo, cada testigo:

"Dice **Alfredo Laverde:** Es verdad que conozco directa y personalmente al señor Antonio Sefair Angel, desde hace treinta años y a la señora María Belén Angel y al señor Antonio Sefair, desde hace más o menos treinta y cinco años; c) Por el conocimiento personal y directo que tengo de las personas antes mencionadas, sé y me consta de manera directa y personal que el señor Antonio Sefair y María Belén Angel sostuvieron relaciones personales, estables e íntimas, por los años de mil novecientos diez y seis a mil novecientos veintidós y puedo afirmar porque me consta que dichos señores vivían bajo el mismo techo y hacían vida común y permanente como si fueran casados. e) Es verdad y me consta que las relaciones conyugales o semiconyugales existentes entre María Belén Angel y Antonio Sefair se prolongaron desde la época indicada en mi respuesta anterior, hasta la época en que Antonio Sefair contrajo matrimonio con la señora Erlinda Name en el año de 1922, hoy fallecida. d) Igualmente me consta y puedo afirmarlo porque lo ví y presencié que la vida íntima que llevaron Antonio Sefair y María Belén Angel, la formación de su hogar lo tenían establecido en la ciudad de Bogotá en la carrera 7ª marcado hoy en la nueva nomenclatura con el número 5-67 de propiedad de la familia Conti y en la calle 4ª entre carreras 9ª y 10ª. f) Por visitar las casas que me he referido me consta de manera personal que de la unión de la señora María Belén Angel y Antonio Sefair nació un niño que llamaron Luis Antonio Sefair, por los años de 1919 a 1920 y ese niño es el preguntante en las presentes diligencias, y me consta que luego de nacer dicho niño el señor Antonio Sefair, padre, le decía tanto a mí como a sus relacionados y amigos que ese niño era hijo suyo y de la señora María Belén Angel y en tales condiciones Antonio Sefair, presentaba al joven Luis Antonio Sefair Angel como su hijo (como su hijo) a sus relacionados y amigos"; y continúa: 'Mi edad es de setenta y siete años, que los cumplo en el mes en curso. b) Por las relaciones constantes que he tenido tanto con Antonio Sefair, padre, como con Luis Antonio Sefair, puedo afirmar que el trato dispensado por Sefair padre a su hijo se prolongó en esta ciudad de Bogotá, por más de quince años ininterrumpidos. c) Por el conocimiento personal y trato constantes que he tenido con Antonio Sefair Canaan y Luis Antonio Sefair Angel, declaro que siempre, desde que conozco al segundo lo he tenido como hijo de Sefair Canaan y en esa calidad lo he tratado siempre, lo mismo que los demás amigos y relacionados de Antonio Sefair Canaan y María Belén Angel, afirmo que tales señores por los años de 1916 a 1922, eran ambos solteros'.

"Declara **Antonio Sastoque** (fl. 22, cuaderno 2º): 'Es verdad que conozco de vista, trato y comunicación desde hace treinta y cinco años a los señores María Belén Angel y Antonio Sefair.... Por el conocimiento personal y directo con dichas personas, sé y me consta de manera cierta y positiva, que el señor Antonio Sefair y María Belén Angel sostuvieron relaciones personales, estables o íntimas, por los años de 1916 a 1922; y me consta que dichas personas vivían bajo el mismo techo y hacían vida común y permanente como si fueran casados.... Las relaciones conyugales o semiconyugales existentes entre María Belén Angel y Antonio Sefair se prolongaron desde la época antes indicada, hasta la época en que Antonio Sefair contrajo matrimonio con la señora Erlinda Name en el año de 1922, a quien personalmente conocí y traté... Me consta personalmente que la vida íntima que llevaron Antonio Sefair y María Belén Angel y la formación de su hogar, lo tenía establecido en esta ciudad de Bogotá, en la carrera 7ª marcado hoy en la nueva nomenclatura con el número 5-67 y de propiedad de la familia Conti, y en la calle 4ª entre carreras 9ª y 10ª... Por visitar las casas antes mencionadas, me consta de manera personal, que de la unión de la señora María Belén Angel y Antonio Sefair, nació un niño a quien pusieron por nombre Luis Antonio Sefair, por los años de 1919 o 1920 y ese niño es hoy el peticionario; y me consta que luego de nacer dicho niño, el señor Antonio Sefair, padre, me manifestó tanto a mí como a sus amigos y relacionados, que ese niño era hijo suyo, y de la señora María Belén Angel

y en tales condiciones, Antonio Sefair presentaba al joven Luis Antonio Sefair Angel, como su hijo a todos sus relacionados y amigos y ese era el concepto que se tenía del padre y del hijo en sociedad... Me consta de manera cierta y positiva, porque lo ví y presencié, que el señor Antonio Sefair, y luego de haber contraído matrimonio con la señora Erlinda Name en 1922, seguía contribuyendo personalmente para habitación, alimentación y sustento de la señora María Belén Angel y su hijo Luis Antonio Sefair y en mi condición de servidor del señor Antonio Sefair, era entre otros el portador de auxilios o emolumentos, que dicho señor Antonio Sefair enviaba a la señora María Belén Angel y a su hijo Luis Antonio Sefair Angel para habitación, alimentación y vestuario de ellas (sic), y para la educación de su hijo... Me consta a ciencia cierta y personal que después de contraído el matrimonio entre el señor Antonio Sefair y la señora Erlinda Name, de que se ha hecho mérito, la misma señora Erlinda Name, y por orden y autorización de su esposo señor Antonio Sefair enviaba conmigo, entre otros, y de manera permanente y frecuente, todo lo que fuera necesario para las necesidades del hogar relacionadas con habitación, vestuario y alimentación de la señora María Belén Angel y Luis Antonio Sefair', después de manifestar que tiene 53 años de edad y de que por la época de las relaciones conyugales Sefair-Angel ambos concubinos eran solteros, agrega: 'Es cierto y me consta de manera personal y directa, por el conocimiento que tengo de los nombrados Sefair Canaan y María Belén Angel, que éste, es decir Sefair, le prestó atención a su hijo señor Luis Antonio o Antonio Sefair Angel, no solamente en esta ciudad de Bogotá, sino en Facatativá y por tiempo no menor de quince años". También afirma que tanto por él como por los relacionados y amigos, el demandante Antonio o Luis Antonio Sefair Angel es tenido como hijo del demandado Antonio Sefair Canaan.

"En el mismo sentido y sin agregar cosa nueva depone el testigo **Luis Rueda** (fl. 36, cuaderno 2º).

"**Arturo Medina** (fl. 16, cuad. 2º), afirma: 'Al señor Antonio Sefair lo conozco de vista, trato y comunicación, desde el año de 1912, aproximadamente, por haber tenido dicho señor un almacén de mercancías, en la calle 11 de esta ciudad, en el edificio 'Navas Azuero' y haber estado yo trabajando con el señor Alfredo Laverde (de cuya deposición ya se hizo mérito) en un almacén de sombreros de jipa, que estaba situado frente al almacén que el señor Sefair tenía en dicho sitio, entre los años de 1914, en adelante, época en la cual me empecé a tratar con el señor Sefair por razones de negocio o vecindad.... A la señora María Belén Angel la conozco desde niña y aun la conocí cuando comenzó sus relaciones con el señor Antonio Sefair, relaciones que al poco tiempo se convirtieron en vida marital. A dicha señora la conocí poco más o menos en los años de 1903 a 1905 en esta ciudad de Bogotá y en la población de Tocancipá por ser amigo de su casa... Me consta personal y directamente que por los años de 1915 a 1922, el señor Antonio Sefair y la señorita María Belén Angel eran de estado civil solteros y como tales eran tenidos, tratados y reconocidos por sus amigos y relacionados... Personal y directamente me consta que el señor Antonio Sefair Canaan y la señora María Belén Angel, por los años de 1915 o 1916, iniciaron vida marital, viviendo bajo un mismo techo, prodigándose mutuas atenciones de marido y mujer legítimos y tratándose como esposos. Esto me consta personalmente por el conocimiento que tengo de dichas personas, por haberlos visitado en la casa donde vivían, situada en la calle 4ª de esta ciudad y haber visto directamente el trato que se daban de cónyuges legítimos.... También me consta personal y directamente por las relaciones de amistad que he mantenido durante largo tiempo con el señor Antonio Sefair Canaan y la señora María Belén Angel, que estas relaciones de marido y mujer que tenía el citado señor Sefair C. con la señora María Belén Angel, fueron permanentes y duraron desde el año de 1916, o poco antes, hasta el año de 1922, por el mes de julio, en que el señor Sefair contrajo matrimonio con la señorita Herlinda Name en esta ciudad de Bogotá... Me consta personal y directamente, como se dieron cuenta todos los vecinos de la Calle San Miguel de esta ciudad, con muy pocas excepciones, que la vida marital que hicieron Antonio Sefair Canaan y María Belén Angel en esta ciudad de manera pública y notoria desde el año de 1916, o un poco antes, hasta cuando el señor Sefair contrajo matrimonio con la señorita Name, fue permanente e interrumpida y de ello nos dimos cuenta la mayor parte de sus amigos y todos los vecinos de la calle San Miguel, como se dejó dicho... Me consta que dentro de la vida marital que hicieron el señor Antonio Sefair Canaan y María Belén Angel de manera permanente y no interrumpida desde el año de 1916, o un poco an-

tes, hasta el mes de julio de 1922, procrearon cuatro hijos llamados María Antonia, Margarita, Antonio o Luis Antonio y Ana. Esto me consta, porque era notorio que el señor Sefair vivía con la señora María Belén Angel como marido y mujer, porque yo los visitaba frecuentemente en su casa y una vez, a eso de las seis de la tarde, estando yo de visita en la casa que ocupaban dichos esposos, llegó el señor Sefair y me encontró acariciando al niño Antonio o Luis Antonio y a Margarita a quien había llevado unos dulces, y me preguntó si ellos se parecían a él y yo le manifesté que cómo no habían de parecerse si eran sus hijos, a lo cual el señor Sefair sonrió satisfactoriamente... También me consta que el sebor Sefair Canaan atendió a los menores citados como sus propios hijos, porque él suministraba todo lo necesario para su sostenimiento y educación y porque una vez, habiendo yo ido a visitar a Antonio o Luis Antonio al Colegio León XIII de esta ciudad, me lo presentaron y lo reconocieron en dicho plantel como hijo del señor Sefair ya que usaba este apellido para distinguirse de los otros alumnos. No me consta que las atenciones que el señor Sefair prodigaba a dichos menores hubiesen continuado después del año de 1922... Me consta que Antonio o Luis Antonio, desde niño, ha usado el apellido Sefair en todos sus actos y así ha sido tratado y reconocido siempre. Dicho señor, que vive en esta ciudad, ha usado siempre el apellido Sefair... Unicamente sé que el señor Sefair vivió con la señora María Belén Angel, que durante esa época, nació Antonio o Luis Antonio, que éste ha usado el apellido Sefair y que cuando niño era sostenido por don Antonio Sefair Canaan. Me consta lo que se me pregunta en este punto porque tanto a Alfredo Laverde como a mí lo hemos conocido con dicho apellido, motivo por el cual ha sido mayor la simpatía que hemos sentido por él".

"**Lucrecia Millán** (fl. 37, cuad. 2º), afirma: 'Conozco de vista, trato y comunicación, a la señora Belén Angel, la conocí en la casa de ella situada en esta ciudad en la calle 4ª entre carreras 9ª y 10ª, y la conocí porque en esa época tenía amores con un hermano de la señora Belén, y por tanto iba a su casa de habitación... Conozco personalmente, de vista, trato y comunicación al señor Antonio Sefair, por la misma época a que me he referido en la pregunta anterior, lo conocí porque yo le cosía del almacén al señor Sefair, el señor Sefair me dio trabajo por conducto de la señora Belén Angel, el almacén del señor Sefair quedaba en la calle 11 junto al pasaje Sefair... Es cierto y me consta que por los años de 1915 a 1922, tanto el señor Antonio Sefair como la señora Belén Angel eran solteros, esto me consta por el continuo trato que de ellos tenía; además me consta, porque conocía a Belén a fondo y a Sefair por los negocios que con él tenía... Es un hecho cierto y así lo supe por el año de más o menos tres años después (sic) de haber quedado viuda, yo quedé viuda en el año de 1915, que el señor Antonio Sefair C. contrajo matrimonio con la señora Erlinda Name; igualmente es cierto y me consta que la señora Belén Angel ha continuado soltera. Me consta el matrimonio del señor Sefair, por haberme enterado por la prensa... Es un hecho cierto y me consta por haberlo visto y presenciado, que por los años de 1916 o un poco antes, los señores Antonio Sefair C. y Belén Angel hicieron vida marital común prodigándose las atenciones como si fueren legítimamente casados todo esto me consta, por haber ido en diferentes ocasiones a la casa de ellos situada en la carrera 12 entre calles 6ª y 7ª, pasaje San Rafael, luego después a la calle 4ª entre carreras 9ª y 10ª, después en la carrera 9ª entre calles 5ª y 6ª y 7ª, a almorzar, en varias ocasiones al ir a las casas antes dichas, ví con mis propios ojos al señor Antonio Sefair acostado en la cama... Es cierto y me consta que las relaciones entre el señor Antonio Sefair y Belén Angel fueron continuas desde el año de 1916 o un poco antes hasta el año de 1922, fecha en la cual el señor Sefair contrajo matrimonio con la señora Erlinda Name, cuando el señor se casó, vivía en la carrera 11 con la calle 6ª... Es un hecho cierto, que la vida marital que hicieron Sefair Canaan y Belén Angel, era un hecho público y conocido por todos sus relacionados, me consta que esto era un hecho público, ya que todas las personas de la calle 11 de Bogotá, tenían ese conocimiento, además como yo iba a la casa me enteraba que esta vida marital era continua y pública. Además varias veces el señor Sefair mandaba a uno de sus empleados a que llevara el diario a Belén...

'Es cierto y me consta que durante la vida marital de Antonio Sefair Canaan y Belén Angel, éstos procrearon cuatro hijos, que en su orden son: María Antonia, Margarita, Antonio o Luis Antonio y Ana, recuerdo que María Antonia nació en el pasaje San Rafael, Margarita nació en el Pasaje Ciudadela, de los otros dos no recuerdo... Es un hecho cierto y me consta que el se-

ñor Antonio Sefair Canaan atendía y corría con todos los gastos de atención, educación, etc., de los cuatro hijos que procreó en la unión con Belén Angel, esto durante el tiempo comprendido entre los años de 1916 a 1922, fecha en la que contrajo matrimonio. También es cierto y me consta, que Sefair después de su matrimonio continuó atendiendo a sus hijos de la misma manera que lo hacía antes de contraer matrimonio; después de que Sefair contrajo matrimonio, Belén se fue a vivir a Facatativá, en compañía de sus hijos y por cuenta de Sefair, quien seguía suministrando lo necesario para su sostenimiento y educación... Es cierto y me consta que uno de los hijos habidos en la unión marital de Sefair Canaan y Belén Angel, lleva el nombre de Antonio o Luis Antonio Sefair Angel, a este muchacho o señor lo he visto con gran frecuencia y me consta que el señor Sefair Canaan velaba por él y le pagaba la pensión y sostenimiento, yo personalmente ví un papel que mandaba el señor Sefair Canaan en el cual decía tanto para Luis Antonio y tanto para los otros, esto con motivo de la Semana Santa o de la Nochebuena... Me consta de manera cierta y personal, además por el conocimiento que tengo de Belencita y ésta es una mujer pobre, que quien atendió a la educación y sostenimiento de Antonio o Luis Antonio Sefair Angel, fue su padre señor Sefair Canaan, no solamente desde niño sino hasta que tuvo una mayor edad... Es un hecho cierto y me consta que Antonio o Luis Antonio Sefair Angel, es reconocido por todos los amigos y relacionados de Sefair Canaan, como hijo de éste, además me consta que todos los sirios, y los hijos del matrimonio Sefair Name, aceptaban a Antonio o Luis Antonio como hijo de Antonio Sefair Canaan. Recuerdo que por el tiempo en que se casó Sefair Canaan, le fue robada la niña a Belén, la que lleva el nombre de Margarita, esta niña se la llevó la suegra del señor Sefair, señora Nur de Name, madre de Erlinda, a un colegio, dicha niña luego le fue devuelta a su madre señora Belén Angel...".

La lectura y apreciación desprevenida de estas declaraciones contradicen el calificativo "de cartabón" con que se les impugna. En ellas se observa gran movilidad, espontaneidad, independencia y sinceridad.

No puede decirse, por otra parte, que contra el dicho de alguno de los testigos se levante una prueba concluyente que desmienta lo que ellos relatan.

Las relaciones sexuales de carácter notorio y permanente entre Sefair Canaan y Belén Angel desde 1915 o 1916 hasta 1922 aparecen en forma convincente de los testimonios en referencia y de las cartas que más adelante se considerarán, dirigidas por el primero a la segunda en 1919, rebosantes de pasión por la amante que ya le había dado dos hijas y estaba en cinta de otro (seguramente el demandante de hoy), hecho que el demandado Sefair conocía, como lo patentiza una de aquellas misivas.

Es indudable que para la operancia de las aludidas relaciones sexuales en el campo del numeral 4º, artículo 4º de la Ley 45 de 1936, se requiere la concurrencia de otro factor: el hecho de que el pretendido hijo haya nacido dentro de los términos señalados por la ley y aquí el Tribunal se ha atenido al dicho de los testigos, que realmente no expresan con precisión, el día del nacimiento de Luis Antonio Sefair, sino que apenas señalan la época comprendida entre 1919 y 1920; el Juez admite dicha afirmación y localizado el nacimiento en noviembre de 1919, la presunción de paternidad no falla, porque responde al cómputo señalado por la ley.

El recurrente contrapone a tal concepto la fijación de la fecha 15 de mayo de 1920 que figura en la partida de bautismo como día del nacimiento del demandante, acta que se extendió el 21 de junio de 1932, es decir, 12 años después, sin saberse quién dio los datos, tan equivocados que se hace aparecer allí al demandante como hijo legítimo de Sefair y Belén. Con dicha pieza el recurrente trata de acreditar que el demandado no pudo tener acceso a su amante en la época de la concepción, porque en esos días estaba ausente. Pero como Sefair había salido de Bogotá en el mes de mayo de 1919, y en cartas dirigidas a Belén se da por sabedor del embarazo, le hace recomendaciones relativas a los cuidados que debe tener, atención médica, etc., y al paso que antes de finalizar ese año le habla de las **niñas** y después de **"los niños"** en general, la época más probable del nacimiento de Antonio o Luis Antonio Sefair Angel fue la de noviembre de 1919, que corresponde a la de la concepción cuando el demandado todavía estaba en Bogotá.

Por otra parte, si como aparece de las cartas en referencia, con posterioridad al nacimiento del demandante, Belén Angel tuvo otra niña de Antonio Sefair, se ve que éste no se quejó de infidelidad de su amante con la procreación, en ausencia de él, de un hijo de otro padre. Y en

el capítulo siguiente se considerará un escrtio del demandante que dio origen a un incidente en que salió mal librada la sinceridad y buena fe de él.

Lo expuesto basta para estimar que el Tribunal no incurrió en los errores que se le imputan y menos con el carácter de manifiestos o evidentes; luego su apreciación de las pruebas no se puede rectificar en casación, pues el mismo recurrente declara:

"Tengo por sabido que la Corte no podría hacer un nuevo análisis de las pruebas ni rectificar el criterio del Tribunal Superior sobre las cuestiones de hecho, salvo error evidente o manifiesto. La soberanía del Tribunal al apreciar las pruebas, sólo puede ser desconocida, cuando se demuestre plenamente que su criterio ha sido equivocado por existir en el proceso errores de la magnitud indicada".

Y ya queda establecido que en relación con las pruebas a que se ha hecho referencia, no se ha demostrado error alguno que se pueda calificar de manifiesto o evidente.

El cargo que se ha examinado es infundado.

Segundo cargo

Se hace consistir en errores de hecho en la apreciación de las pruebas respecto de la posesión notoria del estado de hijo natural.

Se observa:

1º — Que las declaraciones ya transcritas, las cartas de Sefair Canaan a su amante Belén y demás elementos probatorios, dan base suficiente para estimar acreditada la posesión notoria del estado civil de que se trata;

2º — Que el episodio aludido atrás, que deja muy mal parada la sinceridad y la causa del demandado, lo relata el Tribunal así:

"Es el caso de llamar la atención de que hubo la iniciación de un proceso penal en contra del demandado por haber manifestado al absolver la pregunta diez y ocho (diez y seis del interrogatorio), que: 'No es cierto y aclaro: que el papel que se me pone de presente no ha sido escrito ni firmado por mí'. Ahora bien, ante la situación producida por la iniciación del referido proceso penal, no tuvo empacho de ninguna especie el demandado de manifestar en memorial que obra a folio 9º del cuaderno número 3º del expediente: 'Hoy refiriéndome al mencionado papel, documento que figura a los folios 19 y 20 del cuaderno número 2º, no tengo inconveniente de retractarme expresamente de lo que dije ante el señor Juez al absolver este punto de las posiciones, y al contrario asumo la responsabilidad de reconocer dicho papel en su contenido y firma, por ser ésta la que acostumbro a usar en mis actos públicos y privados. Para que este asunto quede definido de una vez, quiero transcribir el texto del papel tomado de los folios 19 y 20 del cuaderno número segundo y que dice: 'Luis Antonio. Reciba de mi primo don Abdalá la suma de noventa pesos m. c. ($ 90.00) los cuales serán repartidos así: $ 20.00 para su pensión del mes; $ 20.00 para su nochebuena; $ 20 para su mamá Belén, $ 10 para María Antonia, $ 10 para Margarita, $ 10 para Ana. Antonio Sefair'. Al hacer uso de esta retractación hago uso del derecho que me concede el artículo 195 del Código Penal que dice: 'Podrá otorgarse el perdón judicial por los hechos de que tratan los artículos anteriores, al responsable que se retracte en el mismo proceso en que se rindió la declaración, dictamen o versión falsos con la oportunidad necesaria para que tal retractación pueda ser apreciada en la sentencia'. Como consecuencia de lo que dejo expuesto solicito atentamente que por medio de una providencia nueva se resuelva que no es el caso de sacar copias del expediente para ninguna averiguación de carácter penal' ".

"Claro está que el papel que se deja copiado no es un reconocimiento directo de paternidad y que sólo podría tomarse como indicio de la posesión notoria de la calidad de hijo natural del demandante pero, en virtud de lo expuesto, agregado ello a lo que ya se expuso, demuestra bien a las claras la falta de sinceridad que tuvo el absolvente al contestar las posiciones que le fueron pedidas en la primera instancia".

3º—Que aun suponiendo que el Tribunal hubiera incurrido en algún error de hecho, éste no aparece a la vista como manifiesto o evidente;

4º—Que aceptando la existencia de ese error, en condiciones que permitieran rectificar la apreciación del Tribunal y estimar que la posesión notoria no se había acreditado, no habría lugar a casar la sentencia recurrida porque ese fallo continuaría en pie sobre la base sólida y suficiente de la causal 4ª, artículo 4º de la Ley 45: relaciones sexuales notorias y permanentes dentro de los términos señalados por esa disposición;

5º—Que el recurrente no señaló en el plantea-

miento y desarrollo de este cargo ninguna disposición sustantiva violada ni el concepto en que lo hubiera sido.

Por todo lo expuesto se rechaza el cargo.

Tercer cargo

El recurrente lo plantea así:

"La sentencia del Tribunal es violatoria de ley sustantiva por infracción directa (primera causal, artículo 520 del C. J.).

"La sentencia del Tribunal en el ordinal 2º de la parte resolutiva dispone lo siguiente:

'En una Notaría del Circuito de Bogotá, domicilio de ambas partes, debe extenderse la correspondiente partida de nacimiento en la cual se hará constar que el demandante, ya nombrado, es hijo natural del demandado, también mencionado; que la madre natural es María Belén Angel y que el nacimiento tuvo lugar en Bogotá en el año de mil novecientos diez y nueve (sin precisar el día)'.

"Con esto el Tribunal ha quebrantado directamente lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley 92 de 1938, el artículo número 11 del Decreto número 1003 y el artículo 33 del mismo decreto reglamentario de la Ley 92 de 1938 sobre el registro civil de las personas.

"En efecto:

"El artículo 3º de la Ley 92 de 1938 dice:

"El acta de registro de nacimiento deberá expresar:

"1º—**El día y la hora en que tuvo lugar el nacimiento.**

"2º—El sexo, nombre y apellido del nacido y la calidad de legítimo o natural.

"3º—El nombre, apellido, edad, profesión u oficio y nacionalidad del padre y de la madre, si fueren conocidos, y el nombre y apellido de los abuelos, tanto paternos como maternos. Si se trata de un hijo natural sólo se expresarán el nombre de la madre y de los abuelos maternos si fueren conocidos".

Toda la acusación se reduce al hecho de no haberse ordenado en la sentencia que en la partida de estado civil que dispuso extender en una Notaría se indicara "el día y la hora en que tuvo lugar el nacimiento", como lo previene el ordinal 1º del artículo 3º de la Ley 92 de 1938.

Se observa:

La exigencia legal a este respecto no es, no puede ser absoluta, sino acondicionada a la circunstancia de que se conozcan con precisión esos datos. Pero si, como en el presente caso, apenas se ha logrado establecer el mes y el año (1919), después de transcurridos más de treinta, no es posible ni darle total cumplimiento al artículo citado, ni dejar de extender la partida, incluyendo lo demás.

Quien examine cuidadosamente el texto completo de la ley 92 podrá ver que respecto de varios de los datos cuya inclusión ordena, excusa tal cosa si se carece de información, sin prescindir de la partida.

El reparo carece de importancia y de fundamento.

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

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Felipe Latorre U. — Agustín Gómez Prada. — Ignacio Gómez Posse. — José Joaquín Rodríguez. — Ernesto Melendro Lugo, Srio.



APLICACION DE LAS LEYES SOBRE CAMBIO DE JURISDICCION EN ASUNTOS LABORALES. — DECRETOS LEGISLATIVOS Nos. 0456 Y 0931 DE 1956

NOTA DE LA RELATORIA—Se inserta a continuación el auto de la Sala de Casación Civil de 9 de abril del corriente año, por el cual la Corte ordena enviar el presente negocio al Tribunal Supremo del Trabajo ya que el conocimiento de los juicios sobre honorarios profesionales le fue atribuído a dicha jurisdicción. Posteriormente la Sala repuso dicho auto, pero no obstante mediar esa circunstancia, se ha resuelto publicarlo en la GACETA JUDICIAL dada la importancia doctrinaria que tiene el pronunciamiento de la Corte sobre la aplicación de las leyes procesales que varían la jurisdicción y competencia.

En el mismo sentido la Sala dictó los autos de fechas 11 y 12 de abril en los juicios ordinarios de Francisco Luis Zapata contra Alberto Saldarriaga Arango y de Martín E. Acuña contra Aglae Virginia Villodres con ponencias de los Magistrados doctores Julio Pardo Dávila y José J. Gómez R., respectivamente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, nueve (9) de abril de mil novecientos cincuenta y seis (1956).

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra)

Ante el Juzgado 3º Civil del Circuito de Barranquilla el doctor Víctor G. Valle O. adelantó juicio ordinario contra María Ramos v. de Guete para que ésta fuera condenada al pago de la suma de quince mil pesos ($ 15.000.00) y las costas judiciales, en favor del demandante, por razón de los servicios profesionales de abogado que el actor dice haberle prestado para obtener la nulidad del matrimonio de dicha señora con Francisco Posada o Villa.

La primera instancia terminó con fallo absolutorio de fecha 27 de noviembre de 1952; apelada esta decisión por la parte demandante, fue confirmada en sentencia del 25 de julio de 1955, proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla.

El actor interpuso recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, que le fue concedido por el Tribunal y admitido por la Corte. La parte recurrente presentó en tiempo la demanda de casación. Se dio traslado a la parte opositora, sin que ésta alegara.

El 28 de febrero último entró el negocio al despacho del suscrito magistrado ponente y el 15 de marzo siguiente se registró proyecto de fallo.

La Sala encuentra que en la fecha, el presente negocio es del conocimiento privativo de la jurisdicción especial del trabajo, al tenor del artículo 1º del Decreto Legislativo número 0456 del 2 de marzo de 1956, que ordena lo siguiente:

"La Jurisdicción Especial del Trabajo conocerá de los juicios sobre reconocimiento de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado, cualquiera que sea la relación jurídica o motivo que les haya dado origen, siguiendo las normas generales sobre competencia y demás disposiciones del Código Procesal del Trabajo (Decreto Extraordinario número 2158 de 1948).

"El trámite de dichos juicios será el del procedimiento ordinario del referido Código.

"La demanda ejecutiva del acreedor de los honorarios o remuneraciones de que trata el presente artículo se tramitará conforme al procedimiento del Juicio Ejecutivo establecido en el Código citado".

Según el mismo decreto, éste rige "un mes después de la fecha de su expedición y suspende las disposiciones legales que le sean contrarias".

El cambio de jurisdicción establecido en el decreto extraordinario, aparece explicado por las razones expuestas en uno de sus considerandos, o sea, porque "las remuneraciones de los servicios personales, llámense honorarios, comisiones, precios, etc., tienen, como el salario, un carácter vital o alimenticio que exige su pago oportuno y la consiguiente protección del Estado".

La jurisdicción especial del trabajo fue establecida en el país siguiendo las orientaciones del moderno derecho social con el propósito de que las controversias laborales se resuelvan por jue-

ces especializados, dentro de procedimientos rápidos, fáciles y económicos para las partes, teniendo en cuenta la índole singular de la relación de trabajo.

Por el Decreto Legislativo número 0456 de 1956 se ha dispuesto que la jurisdicción especial del trabajo tenga, a partir del 2 de abril del presente año, el conocimiento privativo de todos los conflictos que surjan de la prestación de servicios personales de carácter privado, relativos a honorarios, remuneraciones o precios, no importa la denominación, cualquiera que sea la relación jurídica que determine tal prestación, de tal manera que aun cuando ésta tenga su origen en contrato distinto del llamado de trabajo, el reconocimiento y cobro de los respectivos servicios queda bajo la competencia exclusiva de la justicia laboral. De dicha fecha en adelante la justicia ordinaria carece de competencia para conocer de tales conflictos.

Para la Corte es indudable que la mencionada norma sobre cambio de jurisdicción, es de aplicación inmediata respecto de tales juicios, aún de los pendientes ante la justicia ordinaria a la fecha de la vigencia del decreto, o sea, que tal norma se aplica, no sólo a los que se promuevan después del 2 de abril de 1956 sino a los que se hubiesen iniciado antes de esta fecha y sobre los cuales no haya recaído todavía decisión definitiva de los jueces comunes. En consecuencia, los jueces ordinarios deberán enviar a los funcionarios correspondientes de la jurisdicción especial del trabajo, los juicios de que estuvieren conociendo conforme a la legislación anterior, en el estado en que se encuentren.

Las leyes relativas a la organización judicial y a la competencia de las diversas jurisdicciones hacen parte del derecho público, por lo que la ley nueva sobre la materia debe tener aplicación inmediata, aun respecto de los asuntos pendientes, a no ser que en la misma ley se disponga otra cosa.

El procesalista italiano Luis Mattirolo expone que "las leyes que regulan la **competencia** de las autoridades judiciales, así como las que se refieren a la sustancia del derecho controvertido y que, por otra parte, son por lo general atinentes al orden público, son de **inmediata aplicación a** los pleitos pendientes, y aún no resueltos, a menos que el legislador haya dispuesto expresamente lo contrario". (Luis Mattirolo, "Derecho Judicial Civil", Tomo I, número 125, pág. 94).

Louis Josserand afirma que las leyes relativas a la organización judicial y a la competencia de las diversas jurisdicciones son de orden público y, por lo tanto, se aplican de inmediato, sin que puedan suspenderse en consideración a intereses privados. Sólo si el proceso está ya fenecido, si la decisión ya se ha pronunciado, es imposible regresar sobre el pasado, y es en esta medida en donde propiamente se afirma el principio de la no retroactividad. (Luis Josserand, "Cours de Droit Civil Positif Francaise", Tomo I, número 82, pág. 62).

La Corte ha declarado que "las leyes que cambian la jurisdicción y competencia son de orden público y por consiguiente tienen un carácter absoluto, inmediato y obligatorio". (Sala de Negocios Generales, noviembre 17 de 1938, XLVIII, 543).

Y también ha dicho esta corporación:

"La facultad de administrar justicia es lo que se denomina jurisdicción; y cuando una norma legal atribuye ese poder a entidad distinta de la que antes tenía la competencia sobre cierta clase de asuntos, su aplicación no puede eludirse generalmente, pues no es aceptable afirmar que sólo por eso se violan situaciones procesales concretas y adquiridas, ya que los litigantes no tienen derecho a que el fallo lo profiera determinado juez. Ellos sólo tienen la prerrogativa de pedir y obtener que se les decidan sus solicitudes por medio de las instituciones procesales indicadas por el legislador.

"En materia de jurisdicción no se ve claro cuál es el derecho procesal adquirido que directamente se arrebate cuando el legislador dispone que un juicio sea fallado por otra autoridad distinta. Cuando la ley quiere que la jurisdicción y competencia se conserven en causas pendientes, lo dice expresamente, como lo hizo en el artículo 167 de la Ley 40 de 1907". (Sala de Negocios Generales, junio 19 de 1945, LIX, 1045).

El artículo 40 de la Ley 153 de 1887 establece que "las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación".

No se diga que la excepción consignada en la última parte de la norma transcrita, o sea, en cuanto dispone que "las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación", lleva a una

solución contraria a la que prohija la Corte. No. El artículo 40 de la Ley 153 de 1887 se refiere al tránsito de legislación "en lo concerniente a la sustanciación y ritualidad de los juicios" y no en cuanto a la jurisdicción y competencia, que es materia distinta.

En la legislación chilena, de donde tomó la nuestra las normas que regulan los efectos de la ley en el tiempo, se encuentra expresado textualmente el mismo principio establecido en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887. Autorizados expositores sostienen allí que esta disposición se refiere al procedimiento en sí mismo y no a la organización y competencia de los tribunales. Según el tratadista Manuel Egidio Ballesteros, citado por Arturo Alessandri Rodríguez, las leyes relativas a organización y atribuciones de los tribunales rigen desde su promulgación por ser de Derecho Público; y es indudable —concluye— que una ley de Derecho Público rige desde su vigencia, cesando desde entonces las facultades que ella deroga, y adquiriéndolas los funcionarios a quienes las transfieren, salvo que la misma ley disponga otra cosa. (Manuel Egilio Ballesteros, "Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales" —Santiago de Chile 1890—, Tomo II, pág. 149).

La legislación procesal, es verdad, comprende tanto las normas que regulan la jurisdicción y competencia de los distintos funcionarios ante quienes se adelantan los juicios, como las que establecen el procedimiento por el cual éstos se inician, desarrollan y realizan. Estas últimas son las que prescriben "la sustanciación y ritualidad de los juicios", y generalmente tienen carácter adjetivo.

"Las leyes referentes a la organización y funciones del poder judicial, o sea, a la jurisdicción y competencia, no pueden confundirse con las de procedimiento propiamente dicho", ha definido la doctrina de la Corte. (Sala de Negocios Generales: mayo 13 de 1935, XLII, 73; junio 5 de 1945, LIX, 1046, Casación Civil: octubre 8 de 1938, XLVII, 259).

Esta corporación, estudiando el alcance del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, había afirmado en providencia de 25 de mayo de 1926, que en él no se comprenden las "leyes que se refieren o versan sobre jurisdicción y competencia, ya porque algunas de éstas no son de simple procedimiento, es decir, adjetivas, sino que a veces tienen un carácter sustantivo, ya porque la jurisdicción y la competencia no miran propiamente con la sustanciación y ritualidad de los juicios". "Estos últimos conceptos de sustanciación y ritualidad, en la forma en que fueron empleados por el legislador de 1887, parten de la base de que el juez que está tramitando un juicio tiene jurisdicción, es competente para conocer de él, pero que cuando eso está sucediendo, viene una nueva ley que suprime un traslado o concede un término probatorio que antes no existía, y en esta situación, esa nueva ley sí se refiere a la sustanciación y ritualidad del juicio, y por lo mismo es de preferente aplicación; pero la facultad que tenía ese Juez para decidir, para sentenciar, la fijación del territorio dentro del cual ejerce su jurisdicción, no pueden pertenecer a lo que se conoce con el nombre de sustanciación y ritualidad de los juicios...". (Casación Penal, mayo 25 de 1926, XXXII, 302).

Al adoptarse por la Ley 105 de 1931 el Código Procesal Civil que actualmente nos rige, el artículo 1228 del nuevo estatuto reglamentó los problemas del tránsito de legislación que surgían con su vigencia, así:

"Las disposiciones de este Código se aplican a los juicios pendientes en el momento en que principie a regir, pero los términos no vencidos, los recursos interpuestos, y las tercerías e incidentes introducidos, se rigen por la ley aplicable al tiempo en que empezó el término, se interpuso el recurso, o se promovió la tercería o el incidente".

Y como el citado Código regula tanto la materia de la organización judicial como la del procedimiento civil, de las cuales tratan respectivamente sus libros I y II, la doctrina tuvo apoyo en el artículo 1228, para sostener como sostuvo que en el tránsito de la antigua ley sobre organización judicial a la nueva que modificó las bases y órbitas de la competencia, se conservaba la jurisdicción respecto de los juicios ya iniciados al comenzar su vigencia, en los casos expresamente exceptuados.

Pero bien se comprende que tal antecedente en nada sirve para sostener que, en el caso al examen actual de la Corte, las normas sobre cambio de jurisdicción en los asuntos de trabajo, no deben operar en los negocios en curso ante los jueces ordinarios, y que éstos conservan jurisdicción para seguir conociendo de ellos hasta finalizarlos.

Y la doctrina pertinente en nuestro derecho social es la que resulta del artículo 68 de la Ley 6ª de 1945, según el cual los negocios atribuídos a la jurisdicción especial del trabajo de que venían conociendo los jueces ordinarios debieron

pasar en el estado en que se hallaban, a los juzgados y tribunales de la justicia laboral. Doctrina que se acomoda a lo que atrás se deja expuesto en relación con el carácter de Derecho Público de las leyes sobre jurisdicción y competencia, y a la naturaleza de la legislación del trabajo inspirada esencialmente por consideraciones superiores de orden social.

De todo lo expuesto resulta que por virtud del artículo 1º del Decreto Legislativo número 0456, el presente negocio sobre reconocimiento de honorarios profesionales de carácter privado, es del conocimiento privativo de la jurisdicción especial del trabajo y en consecuencia, debe enviarse al Tribunal Supremo del Trabajo para que allí se decida en el fondo sobre el recurso de casación. Y así lo dispone la Sala.

Notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y ejecutoriada esta providencia, remítase al Tribunal Supremo del Trabajo.

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

SE REPONE EL AUTO ANTERIOR

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

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra)

El apoderado del demandante recurrente en el juicio ordinario de Víctor G. Valle O. contra María Ramos de Guete sobre pago de servicios profesionales, interpuso oportunamente el recurso de reposición contra el proveído de fecha 9 de abril último, que había dispuesto el envío del presente negocio al Tribunal Supremo del Trabajo para que éste decidiera en el fondo la demanda de casación, en cumplimiento del Decreto Legislativo número 0456 de 1956.

El memorialista expone algunas razones enderezadas a rectificar la doctrina sustentada por la Sala en la providencia recurrida, según la cual el Decreto Legislativo número 0456 de 1956 que atribuyó a la jurisdicción especial del trabajo el conocimiento de los juicios a que se refiere, correspondientes anteriormente a la jurisdicción ordinaria, debía tener aplicación inmediata como ley de orden público, respecto de negocios pendientes, ya que en el Decreto no se contenía norma expresa en contrario. El recurrente alude especialmente, en respaldo de sus puntos de vista, a los razonamientos contenidos en fallos de la Corte sobre la interpretación de los artículos 40 de la Ley 153 de 1887 y 1228 de la Ley 105 de 1931.

Sin necesidad de debatir ahora la cuestión **de jure condendo,** expuesta con nitidez en la providencia recurrida, la Sala habrá de resolver favorablemente la reposición interpuesta, por razones de **jure condito,** dando aplicación al reciente Decreto Legislativo número 0931 de 1956, dictado el 20 de abril último y publicado el 7 de mayo siguiente en el "Diario Oficial" (Nº 29227), al cual pertenecen las siguientes normas:

"**Artículo primero.** — La Jurisdicción Especial del Trabajo sólo conocerá de las demandas sobre reconocimiento y pago de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado, de que trata el artículo primero del Decreto extraordinario número 456 de 2 de marzo de 1956, que se instauren a partir del dos (2) de abril del presente año, fecha de iniciación de la vigencia del referido Decreto.

"Las demandas y juicios sobre los mismos asuntos, y los recursos extraordinarios que se hubieren propuesto en ellos, cuyo conocimiento haya avocado la justicia ordinaria con anterioridad al 2 de abril del presente año, continuarán al conocimiento de la misma justicia ordinaria, hasta su decisión definitiva".

"**Artículo cuarto**—El presente Decreto rige desde la fecha de su expedición y se entiende incorporado en el Decreto 456 de 1956, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 14 del Código Civil y 58 del Código de Régimen Político y Municipal".

En consecuencia, la Sala revoca el auto recurrido y dispone que el presente negocio continúe al conocimiento de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia hasta su decisión definitiva.

Notifíquese.

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

ACCION DE INCUMPLIMIENTO DE UNA PROMESA DE COMPRAVENTA

1.—Saber en definitiva cuál fue el plazo acordado para el cumplimiento del contrato promisorio de compraventa, es cuestión meramente de hecho, sometida por entero a los poderes discrecionales del sentenciador, cuyo juicio es inmodificable en casación mientras no se demuestre que pugna con la evidencia procesal, por manifiesto error de hecho, o que contradice la valoración legal de pruebas. al apreciar los medios aducidos en la instancia.

2.—Según el artículo 1546 del C. C., va envuelta en los contratos bilaterales la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, en conformidad con el 1609 y en los mismos contratos sinalagmáticos, ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos. Es claro entonces que para cada contratante el ejercicio de la acción exige, como base ineludible, que por su parte haya cumplido o allanádose a cumplir, en los términos del proplo artículo 1609, las obligaciones a su cargo. Si falta esa prueba, la absolución se predica.

3.—Contra fallo totalmente absolutorio no prospera la causal segunda de casación. (Ver G. J. LXXVIII, páginas 106 y 137 y LXXXI, pág. 723).

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

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez)

Según el documento suscrito el 3 de mayo de 1947, José Araque prometió vender y Rosario Pedroza de Bernal y Rafael Salamanca Medina prometieron comprar la casa número 50-44 de la carrera 18 de Bogotá, por los límites que allí aparecen. El precio se convino en la cantidad de $ 18.000, que los prometientes compradores habrían de pagar así: $ 5.000 en la fecha de celebración de la promesa; $ 5.000 el día de la escritura pública de compraventa; "y $ 8.000 —dice el documento— que pagarán al acreedor que reciba la misma casa materia de este contrato en calidad de hipoteca, constituída ésta por José Araque, con un plazo no menor de seis meses y con un interés no mayor del uno por ciento mensual, capital que los prometientes compradores pagarán al vencimiento de la obligación, y los intereses los pagarán por mensualidades anticipadas". Y dicen las cláusulas 5ª, 6ª y 7ª:

"**Quinta.**—De común acuerdo se ha señalado el plazo de sesenta días para hacer la escritura correspondiente, dentro de los cuales el promitente vendedor presentará los papeles correspondientes, como certificados de libertad de treinta años y demás que sean necesarios para que la transmisión de la propiedad sea completa y perfecta, advirtiendo que los gastos de la escritura son por cuenta de los compradores. — **Sexta.** El promitente vendedor hará entrega de la casa materia de este contrato en el transcurso de estos ocho días siguientes hasta el once del presente mes de mayo. — **Séptima.** Se deja establecido que si después de seis meses a que hace referencia este documento, los compradores no dieren cumplimiento perderán las arras del negocio que han anticipado según lo dispuesto en el artículo 1859 del C. C., o el vendedor las devolverá dobles".

Como la compraventa prometida no llegara a perfeccionarse, los prometientes compradores Rosario Pedroza de Bernal y Rafael Salamanca, en libelo del 29 de enero de 1953, que entró a conocimiento del Juez 6º Civil del Circuito de Bogotá, suplicaron lo siguiente:

I. "Que se condene al señor José Araque, mayor y vecino de Bogotá, a entregar a la señora Rosario Pedroza de Bernal y Rafael Salamanca Medina la cantidad de diez mil pesos moneda legal como valor de las arras dobladas fijadas en el contrato de promesa de venta, celebrado por José Araque, Rosario Pedroza de Bernal y Rafael

Salamanca Medina, según consta en documento de fecha 3 de mayo de 1947".

II. "Que se condene al señor José Araque a pagar los intereses de la cantidad de cinco mil pesos desde el 3 de mayo de 1947, hasta la fecha del pago".

III. "Que igualmente se condene al demandado a pagar los intereses devengados por la cantidad de cinco mil pesos correspondientes a las arras desde el día en que debía cumplirse la obligación de otorgar la escritura correspondiente o sea desde el día 3 de julio de 1947, hasta la fecha del pago".

IV. "Que se condene a pagar las costas del juicio".

El Juez del conocimiento, por sentencia del 7 de julio de 1954, absolvió plenamente al demandado y condenó en costas a la parte actora; proveído confirmado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 12 de julio de 1955, en fallo que es materia del presente recurso de casación ante la Corte.

Se invocan las causales 1ª y 2ª del artículo 520 del Código Judicial, a través de cargos que pasan a examinarse.

Primer cargo

"Acuso la sentencia proferida por el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en esta causa, por apreciación errónea y falta de apreciación de las pruebas traídas al proceso, con violación de los artículos 1602, 1618, 1620, 1769 del Código Civil, en relación con el artículo 609 del Código Judicial, errores de hecho y de derecho, que aparecen manifiestos en los autos e indujeron al sentenciador a conclusiones lógicamente desacertadas". Y agrega:

"Quiero anotar muy respetuosamnete a la H. Corte que no pretendo que haga un nuevo balance de la prueba. Lo que ocurre es que el Tribunal fundó su decisión, desestimando pruebas fundamentales, lo que vale decir que la estimación parcial de ellas, indujeron (sic) en error de hecho y de derecho, para concluir, como concluyó el sentenciador, violando manifiestamente la ley y la intención de los contratantes".

Estima que el Tribunal no solamente desquició el pacto sino que interpretó en forma arbitraria el contrato promisorio de compraventa; alude a las obligaciones que asumiere el prometiente vendedor, y dice:

"Si, pues, el Tribunal en la sentencia estima que tales estipulaciones y los términos prefijados allí, no obligaron al prometiente señor Araque, necesariamente apreció erróneamente esta prueba, si se tiene en cuenta que las estipulaciones de un contrato —cuando son claras y especiales— prefieren a las generales, que la intención y voluntad de los pactantes las respeta el legislador, y obligan al sentenciador a quien no le es dado, como sucede en esta causa, salvar toda la responsabilidad de la parte demandada, cuando existían obligaciones contractuales por tratarse de un contrato bilateral —y no unilateral— como lo aprecia el sentenciador".

Cita algunas doctrinas de la Corte que, en sentir del recurrente sirven para respaldar sus asertos, y parece concretar el cargo así:

"Queda, pues, demostrado, que el Tribunal desconoció las condiciones expresas del pacto de venta (sic), las interpretó erróneamente y las apreció en forma contradictoria, comoquiera que, conocido el acuerdo de voluntades de los contratantes, no le era dado desconocerlo porque era de forzoso cumplimiento y por consiguiente, no solamente se violó el artículo 1602 del Código Civil en forma directa, sino que se apreció indebidamente la promesa de contrato que sirve de base a la acción".

En seguida abunda en consideraciones demostrativas del criterio personal que el recurrente emplea no sólo para interpretar el contrato, sino también para entender el significado y alcance de las posiciones absueltas por el demandado Araque. Alega que el Tribunal dejó de apreciar esta prueba, y un paso más adelante expresa:

"El señor Araque aceptó la mayor parte de los hechos preguntados, pero les agregó otros distintos que, de acuerdo con la norma a que acabamos de referirnos (artículo 609 C. J.), debería haber probado. Y como el Tribunal, por una parte, tomó en cuenta esta prueba, y por otra excusó al confesante de la demostración de los hechos exculpativos para el incumplimiento de sus obligaciones, incurrió en error de hecho y de derecho, que están evidenciados en los autos".

Muestra además el acusador de la sentencia la forma como entiende que el demandado, al contestar el libelo, confesó los hechos de la demanda, y dice:

"El Tribunal, en la sentencia demandada, no tuvo en cuenta esa prueba, que tiene el carácter de plena, de acuerdo con el artículo 604, en relación con el 606 del Código Judicial, en relación

con el 1769 del Código Civil y naturalmente esta falta de apreciación lo indujo a concluir con desacierto en la decisión".

De donde concluye que "por apreciación errónea y por falta de apreciación de las pruebas, con violación de los artículos 1602, 1618, 1620, 1769 del Código Civil, en relación con los artículos 604, 606 y 609 del Código Judicial, incurrió (el Tribunal) en errores de hecho y de derecho, que aparecen de manifiesto en los autos, e indujeron al sentenciador a conclusiones contra la verdad procesal, debe infirmarse el fallo...".

Sobre la sujeta materia dijo el sentenciador en el fallo acusado:

"En la promesa de contrato, los futuros vendedor y comprador son acreedores de un hecho, de una mutua y recíproca obligación de hacer, cuyo incumplimiento sanciona el artículo 1610 del Código Civil facultando al acreedor cuyo deudor se ha constituído en mora, para pedir, a su elección, que se apremie a éste para la ejecución del hecho convenido, que se le autorice a él —el acreedor— para hacerlo ejecutar por un tercero, o que se le indemnicen los perjuicios provenientes de la infracción del contrato. Para el caso concreto de que la obligación debida sea la suscripción de un instrumento, el artículo 1º de la Ley 66 de 1945 autoriza también al acreedor para exigir que el juez lo otorgue a nombre del deudor.

"Puede, pues, el acreedor desistir de la ejecución del hecho convenido y solicitar la indemnización de perjuicios, que supone naturalmente la declaratoria de resolución del contrato de promesa que vincula a las partes. No obstante el carácter general de este principio que dilata el pago de la indemnización por incumplimiento hasta tanto desaparezca el vínculo contractual, cuando se ha estipulado arras como 'medio de volverse atrás', no es necesaria la resolución judicialmente declarada para demandar la indemnización de perjuicios, previamente tasados por acuerdo común de las partes.

"En efecto, 'si se vende con arras —dice el artículo 1859 del Código Civil— 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' ".

Alude en seguida el fallo a la doctrina de varios expositores franceses sobre el punto conducentes a saber si el pacto de arras peritenciales condiciona el contrato en forma suspensiva o resolutoria, y agrega:

"Unos y otros tratadistas aceptan que la cuestión, tratándose de la venta con arras, es compleja y miran con deferencia y respeto la opinión contraria.

"Esa complejidad no es igualmente intensa en cuanto al contrato de promesa de venta con arras, extremo en el cual la doctrina acepta con uniformidad que las arras desempeñan el papel de una condición resolutoria y son el precio de la indemnización debida al otro contratante, fijada de común acuerdo, por no verificarse el contrato prometido. Hay una resolución del contrato de promesa que podría llamarse automática y que depende de la voluntad de un contratante que en ejercicio de un derecho contractual desiste de ejecutarlo, sin que la otra parte pueda exigirle el cumplimiento: deberá limitarse a demandar el pago de las arras dobladas o a conservar para sí las que recibió, según se trata del prometiente comprador o del prometiente vendedor".

Más adelante expone:

"Cuando cada una de las partes imputa a la otra incumplimiento de las obligaciones contractuales derivada de la promesa de venta con arras, en realidad está afirmando que su contraparte por haber usado del derecho de retractarse debe perder las arras o devolverlas dobladas, y el actor tiene el deber procesal de demostrar que fue el demandado quien desistió del contrato y que él —el demandante— por su parte ejecutó la obligación convenida o estuvo dispuesto a ejecutarla, porque sólo mediante esta demostración se acreditará la mora del deudor en la ejecución del hecho prometido que lo hace incurrir en las sanciones previstas en el pacto de arras.

"El artículo 1610 del Código Civil que consagra las acciones del acreedor de una obligación de hacer requiere, para la eventual prosperidad de ellas, que el deudor se haya constituído en mora, y de acuerdo con el artículo 1609 del mismo estatuto 'en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos'.

"Sea que se trate de una obligación de hacer o de otra diversa, la mora del demandado es el elemento que habilita a quien con él estipuló obligaciones recíprocas para optar por una de las soluciones que en forma general y para todas las obligaciones emanadas de los contratos bilatera-

les brinda el artículo 1546 del Código Civil o las que de manera especial para las obligaciones de hacer ofrece el artículo 1610 ibidem.

"La mora en la ejecución de las obligaciones recíprocas imputable a un contratante da lugar, en principio, a que la convención se resuelva, automáticamente si existe pacto de arras, o mediante declaración judicial a falta de dicho pacto. Pero si las obligaciones recíprocas son simultáneas, la mora en la ejecución del hecho prometido que el artículo 1610 del Código Civil requiere como necesaria para que opere cualquiera de las tres soluciones que el mismo precepto consagra, no ocurre por el simple hecho de que uno de los que contrataron no haya cumplido su obligación. En este evento de obligaciones recíprocas y simultáneas tiene aplicación el precepto general del artículo 1609 del mismo estatuto que condiciona la mora del demandado al cumplimiento del actor. Consecuencialmente, quien con fundamento en un contrato bilateral del cual se derivan obligaciones de hacer pide la aplicación de alguna de las sanciones estatuídas por el artículo 1610 del Código Civil —en concordancia con el 1859 de la misma obra si se estipularon arras— tiene que acreditar en primer término que quien con él contrató no ejecutó su compromiso en el lugar y tiempo debidos y también que esta inejecución no puede entenderse purgada por su actitud —la del demandante— porque cumplió su deber contractual o se allanó a cumplirlo".

Sobre la cuestión de hecho dijo el sentenciador:

"En la cláusula 5ª de este convenio (promesa de compraventa entre José Araque y Rosario Pedroza de Bernal y Rafael Salamanca) legalmente formado y apto para producir efectos jurídicos, se fijó un plazo de sesenta días para la ejecución del hecho prometido. El prometiente vendedor, además de la obligación de traspasar el dominio del inmueble, contrajo las de entregarlo en una fecha determinada, facilitar el estudio de la titulación e hipotecarlo a un tercero para tomar para sí el dinero de mutuo y completar el precio. El plazo dentro del cual debía Araque comprometerse a la solución del crédito hipotecario no podía ser menos de seis meses y el interés de la suma mutuada no debería exceder del 1% mensual. Pero luego, en la cláusula 7ª del mismo convenio se dijo que 'si después de seis meses a que hace referencia este documento los compradores no dieren cumplimiento perderán las arras del negocio que han estipulado, según lo dispuesto por el artículo 1859 del Código Civil, o el vendedor las devolverá dobles'.

"Sobre cuál de las dos estipulaciones relacionadas con el plazo debía normar la conducta de los contratantes se ha trabado la controversia; sostienen los actores que el hecho prometido debía ejecutarse el 3 de julio de 1947, es decir, dentro de los sesenta días siguientes a la convención, como lo acordaron en la cláusula 5ª de ella, y el demandado afirma que tal plazo fue ampliado en la cláusula 7ª hasta el 3 de noviembre del mismo año.

"Han pedido los actores que el demandado sea condenado a restituírles las arras que recibió y se observa que la cláusula destinada especialmente a establecer esta eventual obligación habla claramente de un plazo de seis meses, transcurrido el cual los compradores, si desistían de ejecutar el hecho prometido las perderían, o el vendedor, las restituiría dobladas. Antes de transcurrir esos seis meses no podía, en consecuencia, presentarse el fenómeno jurídico de la mora del deudor, de indispensable ocurrencia para la prosperidad de la acción encaminada a hacer efectivas las estipulaciones del pacto de arras, por la simple razón de que no había expirado el plazo especialmente convenido al efecto.

"Las gestiones de los demandantes enderezadas a la ejecución del contrato antes del plazo convenido, aún teniéndolas por legalmente acreditadas, son inhábiles para deducir de ellas la mora del deudor y también para inferir que los demandantes se allanaron a cumplir la que les correspondía; el demandado no podía considerarse en estado de mora antes de vencerse el plazo de que disponía para ejecutar el hecho prometido, y la diligencia anticipada de los futuros compradores no acredita que cumplieron o estuvieron dispuestos a hacerlo en la forma y tiempo debidos'.

"Es, por tanto, superfluo estudiar si los demandantes lograron demostrar que el 3 de julio estuvieron dispuestos a otorgar la escritura pública de compraventa, acto jurídico que requería la presencia de comprador y vendedor, porque no lo hicieron en la oportunidad debida, y aun cuando Araque no hubiera hecho lo mismo en esa fecha, su abstención no lo colocó en estado de mora.

"Se observa que la parte actora pide la restitución de las arras porque el prometiente vendedor Araque no otorgó el 3 de julio de 1947 la escritura de traspaso del dominio del bien prometido en venta; la sola mención de la fecha que se

señala en el libelo para la ejecución del hecho prometido muestra la ausencia de uno de los elementos estructurales de la acción: la mora del demandado. La obligación debía cumplirse el día 3 de noviembre del mismo año de 1947 y no puede levantarse la súplica de devolución de las arras sobre un pretendido incumplimiento que sería necesario aceptar que había ocurrido antes del vencimiento del plazo.

"Es la que acaba de exponerse razón suficiente para aceptar como ineludible la necesidad jurídica de negar las súplicas de la demanda en cuanto se fundan en el incumplimiento del demandado de su obligación de otorgar la escritura pública de traspaso del dominio el día 3 de julio de 1947.

"Pero podrá decirse que el demandado tenía otras obligaciones de ejecución anterior a las de los compradores futuros, cuales eran la de entregarles la casa, la de facilitar los títulos del dominio para su estudio y la de gravar la finca con hipoteca para completar el precio. Es conveniente considerar por separado cada uno de estos deberes contractuales del prometiente vendedor. El de entregar la finca se previó en la cláusula 6ª del contrato en estos términos: 'El prometiente vendedor hará entrega de la casa materia de este contrato en el transcurso de estos ocho días siguientes, hasta el once del presente mes de mayo'. Esta obligación debía evidentemente cumplirse antes de las que a los futuros compradores correspondían, pero acontece que no está demostrado que Araque dejara de cumplirla. Apelaron los demandantes a la prueba de la confesión provocada del demandado y tal prueba no demuestra falta de éste en la ejecución del hecho convenido, sino su cumplimiento y la aceptación de los acreedores. Acepta Araque que cuando a la hora de las diez de la noche llegaron los demandantes a recibir la casa se la entregó reservando una parte de ella donde tenía agrupados los objetos que le pertenecían; si la señora Pedroza de Bernal y el señor Salamanca aceptaron la entrega en tales condiciones, si ocuparon el resto de la casa, aceptaron también que Araque cumplía así el deber de entregar. Si para los prometientes compradores la entrega hubiera sido imperfecta y por tanto también imperfecto el cumplimiento de la obligación, han debido abstenerse de recibir.

"La obligación consistente en entregar los títulos para su estudio quedó también comprendida en la ampliación del plazo que se convino en la cláusula 6ª del pacto. El estudio de los títulos era un antecedente necesario para que los compradores aceptaran el traspaso del dominio que el vendedor les haría y, si la ejecución de tal acto se pospuso, preciso es entender que también se aplazó la necesidad del estudio de la titulación del dominio de la finca, y que la obligación del prometiente vendedor de facilitar tal estudio mediante la entrega de los títulos, podía cumplirse después del 3 de julio de 1947, pero antes del 3 de noviembre de ese año.

"La otra obligación especial de Araque era de constituir la hipoteca y para cumplirla no se señaló ningún plazo distinto de los fijados en las cláusulas 5ª y 7ª del contrato. Si conforme a la última de tales estipulaciones el plazo se amplió hasta el 3 de noviembre, era con anterioridad a tal fecha que el prometiente vendedor debía constituir el gravamen hipotecario para garantizar el crédito que completaría el precio. Con el certificado del Registrador de instrumentos públicos y privados de Bogotá que obra al folio 5 del cuaderno 2 se demuestra que la hipoteca se constituyó el 6 de agosto de 1947, es decir, en tiempo oportuno".

Al final dice el sentenciador:

"En la contestación de la demanda al negar el hecho 8º de la misma el demandado, al referirse a la parte actora, afirmó: 'y por consiguiente dejó de cumplir lo pactado en la promesa mencionada'. También en el alegato de conclusión de primera instancia repite el demandado la afirmación de que los actores no cumplieron su obligación el 3 de noviembre de 1947 fecha que, como se ha visto, fue la definitivamente señalada para la trasmisión del dominio. En esta forma, sin nominarla, el demandado al invocar los hechos que la constituyen ha propuesto la excepción **non adimpleti contractus.** Para fundamentar su defensa un demandado no necesita calificar la excepción que invoca; le basta alegar los hechos de los cuales se desprende. Por otra parte, conforme al artículo 343 del Código Judicial '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 y alegarse'.

"La acción en este caso se funda por los demandantes en el hecho de que Araque no cumplió sus deberes contractuales antes del 3 de julio de 1947, o ese día. Pero está visto que el pla-

zo de cumplimiento de la promesa se dilató hasta el 3 de noviembre, fecha esta última que los actores para nada tienen en cuenta. Ningún hecho positivo invocan que muestre cómo la fecha prefijada —3 de noviembre— cumplieron su obligación o se allanaron a cumplirla. Contrariamente, niegan que tal fuera la fecha en que debía extenderse el contrato de compraventa, e implícitamente aceptan que no intentaron cumplirlo en esa ocasión. En tal petición 3ª del libelo piden la condena del demandado por no haber cumplido su obligación el 3 de julio de 1947 y a esa fecha refieren todos y cada uno de los hechos de la demanda. La posición asumida por la parte actora demostraría la excepción que el demandado invoca pero que no es necesario declarar, toda vez que, como ya se dijo, no ocurrió el fenómeno de la mora por parte de éste, elemento indispensable de la acción conforme al artículo 1610 del Código Civil".

Se considera:

La controversia estriba toda en saber cuál fue en definitiva el plazo acordado para el cumplimiento del contrato promisorio de compraventa. Trátase, entonces, de cuestión meramente de hecho, sometida por entero a los poderes discrecionales del sentenciador, cuyo juicio es inmodificable en casación mientras no se demuestre que pugna con la evidencia procesal, por manifiesto error de hecho, o que contradice la valoración legal de pruebas, al apreciar los medios aducidos en la instancia.

Ninguno de estos dos reparos está fundado en la acusación contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá. No omitió el sentenciador prueba alguna de claridad tan resplandeciente que fuese capaz de sustentar sin duda posible la solución contraria. No ha desatendido el significado obvio y natural de las palabras escritas en el documento de 3 de mayo de 1947 firmado por José Araque, como prometiente vendedor, y por Rosario Pedroza de Bernal y Rafael Salamanca Medina, como prometientes compradores, ni da por establecidos hechos cuya inexistencia aparezca manifiesta por ese u otros medios de prueba que ingresaran a los autos, como tampoco ha negado hechos que ostensiblemente se desprendan de las probanzas aportadas al debate. El Tribunal encuentra que el término para el cumplimiento de la promesa, señalado en sesenta días por la cláusula 5ª, se prorrogó en definitiva hasta el 3 de noviembre de 1947, día del vencimiento de seis meses a partir de la fecha del documento, y su juicio al respecto, lejos de ser contraevidente, halla amplio respaldo en la cláusula 7ª, donde aparece que si después de seis meses "los compradores no dieren cumplimiento perderán las arras del negocio que han anticipado según lo dispuesto en el artículo 1859 del Código Civil o el vendedor las devolverá dobladas".

Es suficiente la lectura de los párrafos trascritos del fallo acusado, para ver con claridad que el Tribunal no prescindió de las posiciones absueltas por el demandado, ni de los otros medios a que el recurrente alude según su criterio.

Los valoró el sentenciador sin desconocimiento de la tarifa legal. Tampoco olvidó las obligaciones asumidas por el prometiente vendedor, antes bien, las enumera todas, describe su trayectoria en derecho, y la absolución no se funda en el aserto erróneo que el recurrente le atribuye al fallador, de que la promesa de compraventa sea contrato unilateral, sino en no reunirse las condiciones de la acción, por no estar en mora el demandado, como presupuesto indispensable para la prosperidad de la súplica fundamental, tendiente a la devolución de las arras dobladas. No encontró el Tribunal demostración alguna de que los actores se allanaran a lo de su cargo en el tiempo hasta el cual se amplió el plazo para el cumplimiento de la promesa. Estima, sin que se haya probado lo contrario, que los demandantes implícitamente aceptaron el incumplimiento de sus obligaciones en 3 de noviembre de 1947, desde luego que al 3 de julio del mismo año "refieren todos y cada uno de los hechos de la demanda".

En tal virtud, la primera acusación no puede prosperar.

Segundo cargo

Con base en la propia causal 1ª, el recurrente acusa la sentencia "por ser ella violatoria directamente, por infracción directa y aplicación indebida de los artículos 1546 y 1609 del Código Civil", se lee en la demanda. Y agrega:

"El artículo 1546 del Código Civil, reza: 'En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado...".

"Es indudable, señores Magistrados, que el contrato recogido mediante la promesa de venta, es

bilateral y no unilateral, como lo estimó el Tribunal en la sentencia demandada, puesto que las obligaciones de un contratante se miran como equivalentes (sic) a las que el otro debe ejecutar, según los términos del contrato. Es decir, como lo ha estimado la H. Corte, que es ex tunc o sea que desde la fecha del pacto nacieron obligaciones correlativas para uno y otro contratante".

Se detiene a examinar las obligaciones que para las partes nacieran de la promesa de compraventa; afirma que los actores cumplieron su primera obligación, "o sea —dice— la de pagar la suma de $ 5.000 moneda legal, que efectuaron en el acto de suscribir la promesa, y no les fue posible dar cumplimiento a la segunda por cuanto que, el prometiente vendedor, ni entregó los papeles para su estudio, ni hipotecó el inmueble en la forma convenida, ni entregó la cosa, y en definitiva ni siquiera hizo extender la escritura en que constara la venta con el fin de que los prometientes compradores le pagaran el saldo del precio pactado, o sea la suma de $ 5.000 moneda legal. Sólo en esa fecha hubiera quedado constituído en mora, puesto que por condición expresa del contrato estaba obligado a pagar el saldo restante".

"El Tribunal —continúa— en la sentencia demandada desconoce las circunstancias de modo y tiempo como deberían cumplirse las mutuas convenciones (sic) del pacto bilateral, y ello es explicable: a) Porque no tuvo en cuenta la litis contestación para proferir un fallo ajustado a la ley; b) Porque no tuvo en cuenta la prueba de confesión judicial suscitada en esta causa con la contestación de la demanda, y porque, c) No tuvo en cuenta las posiciones absueltas por la parte demandada, de las cuales deduce, precisamente, el incumplimiento de sus obligaciones".

Insiste en la bilateralidad del contrato; en que el Tribunal debió examinar si las partes lo cumplieron **dando y dando**, según el artículo 1609 en armonía con el 1546 del Código Civil; comenta los apartes del fallo acerca de las obligaciones del prometiente vendedor en materia de entrega del objeto prometido, de los títulos de dominio, y en lo que respecta al deber de hipotecarlo por suma complementaria del precio, y concluye así:

"En definitiva, afirma el Tribunal **a quo**, sin respaldo alguno, que el plazo total de la obligación, por todos los aspectos, se prorrogó hasta el día 3 de noviembre de 1947. Pero sea de ello lo que fuere, y aún aceptando tal apreciación, es lo cierto que Araque en ningún tiempo hizo extender la escritura de venta a favor de mis representados, y por consiguiente, esto sí demuestra que incumplió el pacto en toda su integridad, como que sólo mediante la extensión de tal instrumento podría dejar cumplida siquiera parte de sus obligaciones. Por lo tanto, la interpretación del sentenciador resulta contradicha por la propia realidad de los hechos, y siendo esto así, la conclusión absolutoria a que llegó el fallo acusado, viola directamente el artículo 1546 en relación con el 1609 del Código Civil; disposiciones sustantivas que encajan dentro de la causal invocada en este capítulo".

Se considera:

El segundo cargo no es sino un modo de reproducir los mismos puntos de vista ya examinados en la primera acusación.

Ni siquiera ha insinuado el sentenciador que el contrato promisorio de compraventa sea unilateral o que escape al imperio de los artículos 1546 y 1609 del Código Civil. Es sólo que si según la primera de estas normas va envuelta en los contratos bilaterales la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, en conformidad con la segunda y en los mismos contratos sinalagmáticos, ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos. Es entonces claro que para cada contratante el ejercicio de la acción exige, como base ineludible, que por su parte haya cumplido o allanándose a cumplir, en los términos del propio artículo 1609, las obligaciones a su cargo. Si falta esa prueba, la absolución se predica.

Por ello y por cuanto viene dicho en el estudio del primer cargo, no prospera tampoco la segunda acusación.

Tercer cargo

Invoca el recurrente la causal 2ª de casación, "por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes", e insiste en las alegaciones presentadas en apoyo de los otros dos cargos. Pero como el fallo es enteramente absolutorio, por sustracción de materia no hay lugar a la causal 2ª.

Así, en sentencia del 12 de diciembre de 1955

(G. J. Tomo LXXXI, números 2160 y 2161, pág. 723) ha repetido una vez más la Sala:

"Es constante la doctrina de la Corte en el sentido de que la causal 2ª de casación no se configura cuando la sentencia acusada absuelve plenamente. La desestimación integral de la demanda desata el proceso en todas las materias sometidas a la decisión judicial y queda sin base la alegada incongruencia entre el fallo y las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. (V. entre otras muchas, sentencias de casación de 18 y 26 de marzo de 1954. G. J. Tomo LXXVIII, 2138-39, págs. 106 y 137)".

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 12 de julio de 1955 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

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.

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



PAGO POR CONSIGNACION. — INDEMNIZACION DE PERJUICIOS OCASIONADOS POR EL EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO DE LITIGAR. — EN ESTE CASO LA CULPA NO SE PRESUME; CORRESPONDE AL ACTOR PROBARLA EN EL JUICIO. — CASACION POR VIOLACION DEL DECRETO 243 DE 1951

1.—Según el artículo 1664 del C. C., lo que viene a dejar en firme e irrevocable el pago por consignación es o la aceptación por el acreedor, o la sentencia ejecutoriada que haya declarado suficiente la consignación; no mediando ni la una ni la otra, el deudor puede retirarla. En firme la sentencia que declara válido el pago por consignación, la obligación del deudor queda extinguida con las consecuencias a que alude el artículo 1663 ibidem, cesa entonces la mora del deudor en el cumplimiento de la obligación contractual, si ésta hubiera existido.

2.—La jurisprudencia ha aceptado que el abuso de los derechos, entre ellos el de litigar, da origen a la culpa aquiliana o extracontractual. (V. sentencias octubre 30 de 1935, marzo 24 de 1939, mayo 19 de 1941, mayo 27 y junio 22 de 1943, entre otras). Y ha hecho la diferenciación entre el acto intencional dirigido a causar un perjuicio — acto doloso— y la simple culpa como error de conducta consistente en no haber previsto las consecuencias de una actividad cuando han debido y podido ser previstas, error de conducta causado por la negligencia o imprudencia de los actos humanos. Esta culpa conlleva la indemnización de perjuicios cuando se han cumplido las exigencias doctrinarias y legales que la configuran, culpa que puede ser in comittendo o in omittendo, peor en todo caso no puede prescindirse al tratarla del factor subjetivo. La teoría del simple riesgo corrido no ha tenido aceptación en la jurisprudencia.

3.—Es bien sabido que tres elementos extremos constituyen el hecho ilícito generador de la responsabilidad extracontractual; culpa o dolo del autor, un daño o perjuicio y una relación de causalidad entre el hecho culposo o doloso y el daño. Son elementos que deben acreditarse debidamente, en tesis general; la no demostración de cualquiera de ellos hace inocua la acción.

4. — En tratándose de la responsabilidad extracontractual, el actor corre con la carga de la prueba de los extremos que configuran esa responsabilidad y de que antes se ha hecho mención. Sólo por vía de excepción se presume la culpa como es el caso de la responsabilidad por el hecho ajeno a que alude el artículo 2347 del C. C. Y se presume también, de manera excepcional, en el ejercicio de actividades peligrosas (artículo 2356). Pero no puede afirmarse que el ejercicio del derecho de litigar pueda constituir una actividad peligrosa en el sentido y alcance jurídico que se da a esa noción y que los doctrinantes y la jurisprudencia han deducido del contexto y ejemplos enumerativos traídos por el artículo 2356.

5.—Respecto al cargo en relación con las costas por errónea interpretación o falta de correcta aplicación del num. 1º, artículo 2º del Decreto Legislativo 243 de 1951, "ha sido doctrina invariable de la Corte no dar campo en casación a cuestiones relacionadas con costas; se ha estimado que esta es una cuestión adjetiva...". (Cas. febrero 23 de 1953, LXXIV, 48).

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

(Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse)

Se entra a resolver el recurso de casación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida por el Tribunal de Bogotá, fechada el treinta (30) de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954).

Antecedentes

Ante el Juzgado 6º del Circuito de Bogotá, el diez (10) de mayo de mil novecientos cincuenta y uno (1951), el señor **Manuel Szapiro**, por conducto de apoderado, pidió que se declarara resuelto por falta de pago de parte de precio el contrato de compraventa contenido en la escritura número 3442 de dos (2) de junio de mil novecientos cincuenta (1950), de la Notaría 2ª de este Circuito, solicitando la restitución del inmueble, la indemnización por perjuicios ocasionados por el incumplimiento, y la restitución de frutos.

Como hechos fundamentales de la acción se anotaron:

Por medio de la escritura atrás referida, Szapiro transfirió a título de venta a favor de los señores Hugo Treacchi y Gil Sánchez Borrero la casa de habitación, de construcción antigua, junto con el lote en donde se halla edificada, ubicada en esta ciudad, barrio de Chapinero, alinderada en la forma que se detalla en el título.

El vendedor hizo entrega real y material a los demandados desde la fecha de la escritura del inmueble objeto del contrato.

Según la cláusula 4ª de la escritura el vendedor recibió la suma de veinticinco mil pesos ($ 25.000.00) y el resto sería pagado así: "**Doce mil quinientos pesos** ($ 12.500.00) dentro del plazo de seis (6) meses contados desde hoy; y los **doce mil quinientos pesos** ($ 12.500.00) restantes, dentro del término de un (1) año contado también desde la presente fecha, reconociendo un interés del uno por ciento (1%) mensual sobre los saldos del capital debido, durante el plazo, pero si hubiere demora en el pago de alguno de los contados de la deuda, o de ambos, los compradores pagarán sobre toda ella, durante la demora, el interés del uno y medio (1½%) mensual.

"El plazo de los seis (6) meses para el pago de los primeros **doce mil quinientos pesos** ($ 12.500) se halla vencido hace más de cinco meses y hasta la fecha los demandados no han pagado la suma en cuestión, encontrándose por consiguiente en mora de efectuar el pago. Con ese incumplimiento se han causado graves perjuicios al vendedor".

El veintitrés (23) de agosto de mil novecientos cincuenta y uno (1951), les fue notificada la demanda a los demandados; y su apoderado en escrito del 27 de agosto solicitó del Juzgado se elevara la caución señalada al demandante para responder de los perjuicios ocasionados por el registro de la demanda; y como fundamento de su pedimento expuso: "...Pues se ha sacado del comercio (el bien objeto del contrato) con la respectiva inscripción de la demanda, por los años de la duración del juicio comprendidas las dos instancias y el recurso de casación que cualquiera de las partes interpusiera, ocasionando con ello los más cuantiosos perjuicios a mis mandantes, ya que ellos quedarían privados de la venta de tal bien, para lo cual están estudiando ya algunas ofertas de compra que se les han presentado, y no podrían tampoco adquirir créditos hipotecarios, cuando lo crean necesario para el ensanchamiento de la empresa, que ya tienen proyectado y aun contratado". Es bueno advertir, desde ahora, que el demandante no hizo efectivo el registro de la demanda, por no considerarlo necesario, y así lo manifestó expresamente.

La demanda fue contestada aceptando ser cierto que se estipuló el plazo de seis (6) meses para el pago de los primeros **doce mil quinientos pesos** ($ 12.500.00), el cual, dice, "no está vencido, sino extinguido por pago"; afirma que el plazo para el pago de los **doce mil quinientos pesos** ($ 12.500) se venció efectivamente el 1º de diciembre del año de 1950, y desde entonces los compradores ofrecieron pagarlos al vendedor, pero éste ha venido desde entonces eludiendo recibirlos; que los intereses han sido pagados puntualmente hasta el 1º de junio de 1951, y que la recepción de estos intereses ha operado una prórroga tácita para el pago de la primera cuota y que en vista de la renuencia a recibir el valor del primer contado, lo ofreció en pago por consignación el 27 de abril de 1951, añadiendo a los **doce mil quinientos pesos** ($ 12.500.00) de la primera cuota, los de la segunda, y los intereses causados desde el 1º de junio de 1951, al 18 de agosto del mismo año. Propuso las excepciones de validez del pago por consignación, pago efectivo, mora creditoris o **non adimpleti contractus**, y petición antes de tiempo.

Treacchi y Sánchez demandaron en reconvención a Manuel Szapiro anotando los siguientes hechos sintéticamente resumidos:

Los reconvinientes hicieron un cerramiento del lote litigioso y construyeron dentro de él un moderno edificio de dos pisos, para una fábrica denominada "Salón Moderno-Bizcochería" e instalaron allí todas las maquinarias y demás enseres para el funcionamiento de la fábrica, que les está produciendo una utilidad líquida de **ocho mil pesos**. Tales mejoras tuvieron un costo superior a **noventa y siete mil pesos** ($ 97.000.00).

Vencido el primer plazo de seis (6) meses, el señor Hugo Treacchi Mangili se presentó varias veces al acreedor contrademandado a pagarle la primera cuota de **doce mil quinientos pesos** ($ 12.500.00) pero éste eludió hábilmente aceptar el pago, exigiéndole los intereses ordinarios y expidiendo recibos sucesivos de tales intereses y ofreciéndole, entre tanto, la venta de un lote contiguo al inmueble litigioso que Treacchi y Sánchez Borrero no tenían interés en adquirir, prometiéndoles ampliar los plazos de pago de las cuotas debidas siempre que le compraran dicho lote.

Szapiro expidió a Treacchi los recibos de intereses que éste pagó durante los meses de diciembre de 1950 a mayo inclusive de 1951.

El doctor Jorge Uribe Truque como apoderado de Szapiro les dirigió a los compradores la carta que obra en autos en la que no exige el pago del precio del saldo absoluto sino el acuerdo amigable de las diferencias entre ellos "que no eran otras que el proyecto de contrato de compraventa del lote adyacente al inmueble cuestionado".

"En vista de las dificultades que entorpecían el pago del saldo insoluto de mis poderdantes y teniendo éstos informaciones fidedignas de la mala fe con que Szapiro actúa en sus negocios, presentaron el 27 de abril de 1951, una demanda de oferta de pago por consignación por el total de $ 25.000.00 y sus respectivos intereses.

"A pesar de las diligencias de pago por consignación que seguían su tramitación legal en el Juzgado 2º Civil de este Circuito, el señor Treacchi se presentó personalmente el 1º de junio de 1951, en que se vencía totalmente el plazo de la deuda, al almacén del contrademandado Szapiro para pagarle la suma total y en presencia de testigos le informaron allí que Szapiro hacía unos días se había ausentado con rumbo de los Estados Unidos.

"Treacchi, con todo, se entrevistó con la cónyuge de Szapiro y ella le manifestó que podía entenderse con el abogado doctor Uribe Truque, quien al llegar declaró que no recibía dinero en cheque y que le daba aviso de que ya había establecido demanda de resolución del contrato de compraventa por el no pago del saldo insoluto que se ofrecía a pagar".

El diez y ocho de agosto de mil novecientos cincuenta y uno (1951) Treacchi hizo el pago del capital e intereses consignándolo en el Juzgado 2º Civil del Circuito.

Los hechos décimosexto dicen literalmente:

"**Décimosexto.** — Mis poderdantes, mucho antes de la notificación de la demanda que hoy contesto, tenían ya contratada la construcción de otros locales anexos a la premencionada fábrica, frente a la carrera 13 de esta ciudad, previa la aprobación de planos y la obtención de la respectiva licencia, por ser necesaria e indispensable tal construcción para atender debidamente al pedido cada día más creciente de los productos de dicha fábrica".

"**Décimosexto** (sic)—La notificación de tal demanda ha entorpecido y entrabado hasta tal punto la ejecución de las mejoras de que trata el numeral que inmediatamente precede, que a pesar de la convicción que tienen del derecho que les asiste en esta emergencia, se han visto obligados a suspender la ejecución de todos estos proyectos, hasta la finalización del litigio, con motivo de lo cual han sufrido y continuarán sufriendo los más cuantiosos perjuicios pues es sabido que todo derecho por claro que sea se torna en incierto y litigioso cuando se halla deducido en justicia".

Sobre la base de estos hechos se solicita principalmente que se hagan las siguientes declaraciones:

1ª — "Que el contrademandado Szapiro está obligado a indemnizar a los reconvinientes todos los perjuicios que con motivo de lo expuesto han sufrido y seguirán sufriendo en la cuantía que resultare probada o que se acreditare en las respectivas diligencias subsiguientes de liquidación de perjuicios".

2ª — Que la hipoteca a que alude la escritura ya citada, está cancelada y en consecuencia se ordene la inscripción respectiva.

Formula subsidiariamente algunas súplicas para el evento hipotético de que prosperaran las declaraciones de la parte petitoria de la demanda principal.

Entre varias disposiciones civiles citadas como fundamento de la acción, invoca las contenidas en los artículos 2341, 2342 y 2356 —1º— del Código Civil.

El contrademandado contestó oponiéndose a que se hicieran las declaraciones principales. Admitió algunos hechos y negó otros y afirmó que expidió los recibos a que se refiere la contrademanda pero que los deudores no pagaron durante la mora el interés estipulado.

El doctor Uribe Truque, que es quien contesta la contrademanda como apoderado del señor Szapiro, admite que escribió la carta que se ha re-

lacionado antes, pero niega que tuviera el objeto que se le asigna en la reconvención. Acepta que manifestó a Treacchi que no tenía autorización para recibir en ese momento "por cuanto ya se había instaurado el juicio por resolución del contrato por incumplimiento de Treacchi y su socio en el pago oportuno de parte del precio, de acuerdo con lo estipulado en la cláusula 4ª del contrato."

Niega que se haya efectuado el pago al señor Szapiro; "únicamente se hizo una consignación a orden del Juzgado en las diligencias sobre oferta del pago".

Las sentencias de instancia

El Juzgado a quo falló:

"Primero. — Se declaran no probadas las excepciones propuestas por los demandados en la demanda principal y en su lugar, se absuelve a los mismos demandados por carencia de acción de la parte actora.

"Segundo.—Absuélvese al demandado Manuel Szapiro de los cargos formulados en contra suya en la demanda de reconvención, y

"Tercero.—Sin costas ni en la demanda principal ni en la de reconvención".

Ambas partes apelaron de ese fallo y el Tribunal desató el recurso por medio de la sentencia objeto de la casación que fue interpuesta, asimismo, por ambos contendores en el juicio.

En el fallo del Tribunal se confirma el del inferior y se revoca el numeral 3º "para condenar, como al efecto condena, a cada una de las partes en las costas causadas por su respectiva demanda en la primera instancia". En la parte motiva el Tribunal anota: "Se observa solamente la impropiedad del fallo en cuanto deniega la resolución por carencia de derecho del actor y al propio tiempo decide sobre las excepciones para declararlas no probadas. Mas como este pronunciamiento sobre las excepciones no incide en la suerte de la litis, el Tribunal se abstiene de reformar la sentencia por este concepto, en cuanto ello sería inocuo". El fallador anota que dentro del juicio demostraron los contrademandantes haber hecho el pago por consignación del saldo del precio y que, no existiendo la mora, supuesto esencial de la acción instaurada, ésta no podía prosperar.

El recurso

La parte actora acusa la sentencia por ser violatoria de la ley sustantiva por infracción directa y aplicación indebida de la misma, dentro de la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial. Estima que el fallador violó directamente los artículos 1930, 1546, 1609, 1617 y 1932 del C. C.

Fundamenta esta causal afirmando que el vendedor Szapiro cumplió plenamente sus obligaciones y que en ningún momento en su carácter de vendedor estuvo constituído en mora "sin que valga alegar para ponerlo en esta posición como lo pretenden los demandados y lo acepta indirectamente el Tribunal al sostener en su sentencia que está bien aplicado el artículo 1609 del C. C., que el demandante rehusó una vez vencido el primer plazo de seis meses que culminaron el 6 de diciembre de 1950, recibiendo el primer contado de **doce mil quinientos pesos** ($ 12.500.00) que se le estaban debiendo"; que en ningún momento los deudores trataron de cumplir esa obligación dentro del plazo y sólo se limitaron a pagar intereses sin abonar nada a capital; que si Szapiro se hubiera negado a recibir dentro del plazo los deudores hubieran ofrecido oportunamente el pago por consignación y no en la forma tardía en que lo hicieron el 27 de abril del año siguiente.

Así los deudores se pusieron en mora y el vendedor tenía por lo tanto derecho para pedir la resolución del contrato en la forma en que lo hizo; que no purga la mora de los compradores el hecho de que éstos pagaran intereses una vez vencido el plazo de seis meses porque ello no implica la prórroga tácita del plazo por parte del vendedor, porque para ello se necesitaría la voluntad expresa de éste para modificar lo estipulado en el contrato y afirma: "El pago de intereses, una vez vencido el plazo estipulado expresamente en un contrato, no implica necesariamente la prórroga tácita del plazo o término", refiriéndose al artículo 1551 del C. C.

El demandante se extiende sobre este tópico para fundamentar su tesis refiriéndose también al artículo 1930 del C. C. Concluye manifestando que al no reconocer la sentencia el derecho inequívoco del vendedor para la resolución del contrato, encontrándose los deudores en mora de cumplir sus obligaciones se violaron las disposiciones citadas. El segundo motivo de ataque lo hace consistir el recurrente en "violación de la ley sustantiva por aplicación indebida de la misma" y

dice "que esta causal es consecuencia de la anterior puesto que el Tribunal al considerar como prórroga tácita el plazo expreso estipulado en el contrato, aplicó indebidamente los artículos 1660, y 1551 del C. C., puesto que presume que los compradores no se constituyeron en mora por el único hecho de pagar intereses después de vencido el plazo e interpretando este hecho como una prórroga tácita de aquél.

Afirma el recurrente que no se puede decir que el vendedor se constituyó en mora rehusando recibir dentro del plazo que vencía el dos de diciembre de 1950, la parte o cuota que según el contrato debían abonarle los deudores, puesto que tal cosa no es cierta ni está probada en los autos; que "tan sólo se abstuvo de recibir el precio cuando los compradores el primero de junio de 1951, trataron de hacerlo, por cuanto que el plazo de seis meses para el pago de la primera cuota había vencido seis meses antes y por consiguiente no estaba obligado a recibirlo, porque ya sus deudores estaban en mora y él había optado por el derecho legal de pedir la resolución del contrato, lo que hizo en demanda del mismo año".

La Corte considera:

Para mejor entendimiento de la cuestión debatida, y para relievar la improcedencia de los ataques a la sentencia, es bueno precisar los siguientes hechos que constan en el expediente: La oferta de pago por consignación que se tramitó ante el Juzgado 2º del Circuito fue presentada el 27 de abril de 1951; y el 18 de mayo siguiente le fue notificado a Szapiro el auto de admisión y se le corrió el traslado correspondiente, es decir, con posterioridad a la presentación de la demanda de resolución del contrato.

Szapiro rechazó la oferta de pago alegando que éste era extemporáneo por estar vencido el plazo para efectuarlo. El 17 de julio del mismo año se autorizó la consignación que vino a relizarse el 18 de agosto siguiente según la diligencia cuya copia obra en el juicio. El 23 de agosto se le notificó al señor Szapiro y se le intimó para que recibiera esa consignación. El 4 de septiembre se realizó esa actuación. La consignación no fue aceptada.

Por providencia del Juzgado 2º del Circuito de fecha 4 de marzo de 1952, se declaró válido el pago por consignación; y el Tribunal Superior confirmó ese proveído en fallo del 9 de mayo de dicho año. El 12 de agosto siguiente, el apoderado de Szapiro recibió del Juzgado el título de depósito por la suma de $ 25.975.00 ordenado entregar por el Juzgado.

Las demostraciones a que se acaba de hacer referencia prueban que el fallo absolutorio a favor de los demandados tiene fundamento legal debido al pago por consignación efectuado por ellos y recibido por el demandante; ese es el fundamento claramente expuesto en la sentencia de primera instancia; pero no que hubiere carencia de acción, como observó el Tribunal, sino pago de precio en virtud de una sentencia que en juicio contradictorio declaró válido el pago efectuado judicialmente por Treacchi y Sánchez Borrero disponiendo, al mismo tiempo, la cancelación de la hipoteca que gravaba el inmueble según la estipulación consignada en la escritura número 3.442 ya relacionada.

Y a esta excepción se refiere también expresamente el apoderado del opositor cuando invoca como de pertinente aplicación los artículos 1656, 1663, 1665 del C. C. En efecto, el 1663 dice: "El efecto de la consignación válida es extinguir la obligación, hacer cesar, en consecuencia los intereses y eximir del peligro de la cosa al deudor, todo ello desde el día de la consignación". El 1664, no citado por el opositor, reza: "Mientras la consignación no haya sido aceptada por el acreedor o el pago declarado suficiente por sentencia que tenga la fuerza de cosa juzgada puede el deudor retirar la consignación; y retirada, se mirará como de ningún valor y efecto respecto del consignante y de sus codeudores y fiadores". Según este precepto lo que viene a dejar en firme e irrevocable el pago por consignación es o la aceptación por el acreedor, o la sentencia ejecutoriada que haya declarado suficiente la consignación; no mediando ni la una ni la otra, el deudor puede retirarla.

En firme la sentencia que declaró válido el pago por consignación, la obligación de los demandados quedó extinguida con las consecuencias a que alude el artículo 1663 antes inserto, habiendo cesado la mora de los deudores en el cumplimiento de la obligación contractual, si ésta hubiera existido.

La Corte no puede entrar a examinar las razones que el Juzgado y el Tribunal tuvieron para resolver favorablemente el pago por consignación; tiene que aceptar ese fallo como cosa juzgada, y atenerse a él para definir la demanda de casación de la parte actora. Y es así como se ve la improcedencia de las disposiciones citadas por el recurrente como violadas ante la vigencia de la

excepción perentoria demostrada por los demandados.

No se acepta el cargo.

Casación de la parte reconviniente en el juicio

El recurrente manifiesta: "Acuso la sentencia recurrida por la siguiente causal: Violación de la ley sustantiva proveniente de errores de hecho y de derecho que constan exidentemente en los autos que consisten en la falta de apreciación y apreciación errónea de unas pruebas".

Para fundamentar el cargo el recurrente inicia su trabajo con la transcripción del artículo 2341 del C. C. y después de algún análisis del precepto termina diciendo que la jurisprudencia de la Corte "ha llegado a la conclusión de que nuestra legislación civil contempla hechos generadores de responsabilidad civil sin que constituyan delitos". Inserta, asimismo el artículo 34 de la Ley 57 de 1887 que estima como equivalente del 1383 del C. C. francés. Trata de la división de la culpa in comittendo e in omittendo, como generadoras, ambas de la obligación de indemnizar perjuicios. Alude el artículo 2343 del C. C., como ejemplo de la culpa in omittendo; afirma que el artículo 2347 comprende hechos y omisiones generadores de responsabilidad civil que no constituyen delitos; y transcribe los artículos 2348 y 2350 del C. C., como tipos de culpa in comittendo; y esta parte del estudio lo termina así: "En tal virtud, la jurisprudencia y la doctrina han aceptado la teoría de que no solamente los delitos, ya dolosos ya culposos, originan la obligación de indemnizar perjuicios sino todo acto (culpa in committendo u omisión — culpa in omittendo) la genera"; refiriéndose a una cita del tratadista Fernando Vélez afirma que este expositor "presintió o conocía que el **ejercicio irregular** de un derecho nos lleva a la teoría moderna del 'abuso del ejercicio del derecho' que es —a juicio del recurrente—, la situación en que se colocó a Szapiro al incoar la acción de resolución de que se ha venido tratando, declarando que la contrademanda para la indemnización de perjuicios "es perfectamente justa y está legalmente fundamentada".

La demanda que una persona establece contra otra, dice el recurrente, y que no implique el ejercicio de un derecho, sino un abuso en su ejercicio, compromete la responsabilidad del demandante, y lo hace responsable de los perjuicios que se le sobrevengan con motivo de ella al demandado, por cuanto que no sólo es un hecho que ocasiona perjuicios al demandado, sino que, siguiendo la teoría tradicional de la culpa in omittendo, se enmarca totalmente dentro de los límites que configuran esta clase de culpa. En efecto, dicen los tratadistas mencionados (Henri y León Mazeaud) que la jurisprudencia ha aplicado sin cesar nuevas hipótesis al principio tan amplio de que quien, al abusar de su derecho, causa perjuicio a otro, tiene que repararlo. La jurisprudencia declara que todos los derechos son susceptibles de abuso, y llega hasta estimar que hay abuso no solamente en el hecho de ejercitar su propio derecho para perjudicar a otro, sino también en el hecho de servirse de su propio derecho, sin tener para ello un interés serio y legítimo...".

El recurrente dice que la absolución de sus comitentes por **carencia de acción** del demandante está perfectamente ejecutoriada. Y que no existía de parte de Szapiro ningún interés serio y legítimo que justificara su acción.

El autor de esta demanda transcribe largamente a los expositores Mazeaud, transcripciones que pueden resumirse en estos conceptos insertos en el escrito respectivo: "Beudant: El abuso del derecho designa todas las culpas, o dicho en otros términos todos los actos dolosos, las negligencias e imprudencias que una persona puede cometer al ejercitar un derecho". Más adelante se refiere a los artículos 273 y 274 del C. C., como ejemplos de consagraciones legales de indemnizaciones por consecuencia del abuso del derecho.

Aludiendo a los artículos 1º y 2º de la Ley 38 de 1945, manifiesta literalmente: "es de observarse que el demandante se acogió a estos últimos artículos en la demanda principal que dio origen al juicio de que vais a conocer, pero que luego prescindió de hacer uso del derecho que ellos consagran, como aparece acreditado en los autos. ¿Por qué solamente, en este caso procedió con cautela, por qué con ello actuó con la diligencia y cuidado de un buen padre de familia? ¿Por qué sus dudas y vacilaciones en ejercer este derecho que les brinda la Ley a los que disputan la propiedad de un inmueble? ¿No es ésta acaso una prueba del presentimiento que al demandante le inspiraba el ejercicio irregular de su actuación como demandante?"

En el desarrollo de la causal invocada del cuerpo del mismo cargo, el recurrente acusa la sentencia por dos motivos más: por error de derecho en la interpretación de la demanda de re-

convención y "por falta de correcta aplicación e interpretación errónea del artículo 2º, numeral 1º del Decreto Legislativo número 243 de 1951".

En cuanto a este primer motivo glosa el siguiente concepto del Tribunal en la parte motiva del fallo recurrido: "Considera el Tribunal que el Juzgado acertó al entrar al fondo de la litis derivada de la contrademanda. Producidos con anterioridad á ésta los hechos que le sirven de fundamento (iniciación temeraria de la demanda principal o sea ejercicio abusivo del derecho de litigar y perjuicio consecuencial generado inmediatamente por el forzado abandono del proyecto de construcción), y existiendo un nexo de causa a efecto entre la demanda principal y la de reconvención, no existía razón legal para condicionar la acción contenida en ésta a la existencia de un fallo previo y firme denegatorio de la resolución en aquélla".

Al fundamentar este nuevo ataque el recurrente manifiesta que "es de tal magnitud y volumen el error de derecho en que incurre el Tribunal al interpretar la demanda de reconvención, que basta la sola lectura de ella para venir en la conclusión de que la acción principal de indemnización de perjuicio no está condicionada a un fallo previo, sino que es independiente de la sentencia definitiva que viniera a desatar el litigio. No ocurre lo propio con la acción subsidiaria que así está condicionada a tal emergencia. Por lo tanto, insiste en acusar la sentencia recurrida por este grave error de derecho que de manera tan ostensible se destaca en los autos".

En otro párrafo dice que el Tribunal incurrió en craso error de hecho por falta de apreciación de algunas de las pruebas a que hace referencia y que por eso llegó a la conclusión errónea de que se trata de la acción del **in debitum** y no de perjuicios originados del abuso en el ejercicio de litigar en que incurrió el demandante.

Afirma, que debido a la interpretación errónea que hizo el Tribunal de la reconvención y a la falta de apreciación de las pruebas que cita, lo condujeron a la violación en la forma antes expuesta del numeral 1º del artículo 2º del Decreto Legislativo ya anotado. "Cuando quiera que condenó a mis poderdantes en las costas de primera instancia se abstuvo de condenar al demandante en las causadas en la segunda instancia".

Por último vuelve el recurrente a insistir en su ataque contra la sentencia porque el fallador bas: "Las relativas a la **mora creditoris en** que incurrió el demandante al negarse a recibir durante más de un año el insoluto del precio. En efecto, antes del vencimiento del plazo de la segunda cuota de DOCE MIL QUINIENTOS PESOS ($ 12.500.00), mis poderdantes se vieron obligados a hacer una oferta de pago por consignación, por la suma de VEINTICINCO MIL PESOS ($ 25.000.00) para comprender en ella la cuota anterior vencida de DOCE MIL QUINIENTOS PESOS ($ 12.500.00) que el demandante se negaba a recibir exigiendo y aceptando solamente el pago de los intereses (fls. 45 vto., 46 vto., cuaderno número 4º). Tramitando el juicio de oferta de pago el respectivo Juez dispuso que por hallarse fundamentada tal oferta se señalaba el día 18 de agosto de 1951, para extender el acta de pago (fls. 45 vto. del mismo cuaderno, 46 vto. in fine y 47 del citado cuaderno). Establecido el juicio de validez de dicho pago por consignación, el Tribunal Superior de este Distrito Judicial, en sentencia fechada el veintiuno de marzo de mil novecientos cincuenta y dos (21 de marzo de 1952) confirmó la sentencia de validez del Juez inferior que fue apelada por el demandante (fls. 9 vto. a 13 del cuaderno número 8), y Szapiro sólo recibió el valor de la consignación el doce (12) de agosto de mil novecientos cincuenta y dos (1952) (fls. 14 del cuaderno número 8).

"Después de presentada ante el Juez competente la demanda de oferta de pago por consignación, lo cual tuvo lugar el veintisiete (27) de abril de mil novecientos cincuenta y uno (1951) (fls. 44 del cuaderno número 4º), presentó Manuel Szapiro la demanda de resolución y restitución premencionada (fls. 6º vto. del cuaderno número 10) y resolvió hacerla notificar a mis poderdantes, cinco (5) días después de que éstos hicieron el pago por consignación, o sea el veintitrés (23) de agosto del año últimamente citado (fls. 7 vto. del cuaderno número 1º)".

Acuso la sentencia —agrega el recurrente— "por error de hecho consistente en la falta de apreciación de todas las pruebas premencionadas que demuestran la imprudencia y temeridad con que actuó el demandante al establecer las acciones resolutorias y restitutorias que dieron origen al juicio de que vais a conocer, así como también la falta de un interés serio y legítimo y del cuidado y diligencia en el ejercicio de tales acciones, todo lo cual configura el más rotundo y claro abuso en el ejercicio del derecho, o para decir lo menos el cuasi delito o culpa en que incurrió el demandante y que fundamenta y solidifica la demanda de reconvención".

El demandado recurrente dice que la petición de indemnización de perjuicios se limitó a solicitar los que se padecieron por lucro cesante por la suspensión de la edificación que iban a llevar a cabo y que esos perjuicios aparecen avaluados en la suma de $ 964.00 mensuales contados desde el 1º de enero de 1952, hasta la reanudación de los trabajos en la edificación suspendida.

Afirma el recurrente, que como "El Tribunal apreció erróneamente esa prueba del avalúo haciendo consideraciones hipotéticas sobre congelación de una suma que pudo haberse invertido con mejor provecho, acusa la sentencia recurrida por ese claro error de derecho que consta evidentemente en los autos, **ya que por otra parte está acreditada también la fecha en que tuvo lugar la reanudación de la edificación proyectada y la identificación de la obra suspendida con motivo de la iniciación de la demanda**". (Relieva la Corte).

Sigue el recurrente declarando que acusa la sentencia por error de hecho porque el fallador "no apreció tampoco la tenaz oposición que presentó el demandante a la oferta de pago por consignación y al juicio de validez de dicho pago, a pesar de que de ello hay prueba en los autos..."

Finalmente concluye el recurrente manifestando que el Tribunal "no sólo quebrantó todos los artículos citados en la demanda, sino el derecho que tienen los contrademandantes a ser indemnizados de los graves perjuicios que se les ocasionó, y los artículos 1627, 2356 —1º— del C. C., por falta de aplicación e interpretación errónea".

Se considera:

Se han transcrito numerosos apartes de la anterior demanda de casación y de su lectura se deduce que al recurrente le faltó orden en la presentación de los varios motivos de ataque que se han mencionado. Así se entra a hacer referencia de ellos.

Se admite que el fallador de primera instancia no entró claramente al estudio de la demanda de reconvención sobre la base del fundamento jurídico expuesto en ella; se limitó a negar la existencia de perjuicios sufridos por los contrademandantes por consecuencia de la acción resolutoria incoada por Szapiro; y el Tribunal en la sentencia recurrida fue excepcionalmente sintético al estudiar este aspecto de la cuestión; de manera por demás ligera, se limita a aceptar la afirmación del Juzgado **a quo** de no hallarse acreditado el perjuicio, y en forma casi incidental hace referencia a que por ese motivo no era aplicable el artículo 2341 del C. C. "por ausencia de uno de los presupuestos de la acción de resarcimiento de perjuicios".

Podría por este aspecto producirse un fallo de infirmación de la sentencia en cuanto el fallador no entra a estudiar en concreto y detenidamente la prueba presentada por el reconviniente para sostener la acción; pero haciendo ese estudio se llega también a la conclusión de la inoperancia de la demanda de reconvención, y por lo tanto, no sería el caso de llegar al pronunciamiento de casación de la sentencia.

El planteamiento doctrinario que hace el recurrente con cita de numerosos autores sobre la naturaleza de la culpa extracontractual como fuente de derechos, en líneas generales ha sido aceptado por la Corte Suprema en sus ya numerosas jurisprudencias al respecto, y las cuales se refieren concretamente al ejercicio abusivo de los derechos. Para el caso baste citar las doctrinas contenidas en las sentencias del 30 de octubre de 1935, que inició el estudio a fondo de este problema, la del 24 de marzo de 1939, mayo 19 de 1941, 27 de mayo de 1943, y 22 de junio de 1943 entre otras. La jurisprudencia, pues, ha aceptado que el abuso de los derechos, entre ellos el de litigar, da origen a la culpa aquiliana o extracontractual reglamentada en el título XXXIV, Libro 4º del C. C. Y ha hecho la diferenciación entre el acto intencional dirigido a causar un perjuicio —acto doloso— y la simple culpa como error de conducta consistente en no haber previsto las consecuencias de una actividad cuando han debido y podido ser previstas, error de conducta causado por la negligencia o imprudencia de los actos humanos. Esta culpa conlleva la indemnización de perjuicios cuando se han cumplido las exigencias doctrinarias y legales que la configuran, culpa que puede ser in comittendo o in omittendo, pero en todo caso no puede prescindirse al tratarla del factor subjetivo que la ha hecho posible. La teoría del simple riesgo corrido no ha tenido aceptación en la jurisprudencia.

Ripert en su atrayente tratado sobre "La Regla Moral de las Obligaciones Civiles" estudia en varios capítulos esta interesante cuestión del abuso de los derechos y acepta que "lo que es evidente es que podemos considerar como culpable no sólo al que hace el mal voluntariamente, sino también al que lo hace inconscientemente, por debilidad o por ligereza, y que, declarar culpable al que peque por omisión como al que peque por comisión, es también una idea moral".

Sobre el abuso del derecho de litigar, sustentáculo de la demanda de reconvención, como una especie de la culpa extracontractual, también se han expresado numerosos doctrinantes. Refiriéndose a este tópico, Colombo en su obra sobre Culpa Aquiliana expresa estos conceptos: "...Ante todo es indispensable tener en cuenta que cualquier habitante del país puede acudir a los estrados judiciales para hacer valer sus derechos, pero que esa atribución encuentra su justo límite (como no podía ser de otro modo), en la licitud y en la procedencia de las demandas. Todos tienen abiertas las puertas de los Tribunales y poco importa que sus reclamaciones sean la exteriorización de sus pasiones o la manifestación certera de la verdad; los Magistrados deben recibir y estudiar las peticiones interpuestas, para aceptarlas o rechazarlas en el instante procesalmente oportuno. Pero si cada uno —dice Acuña Anzoreña—, fuera libre de recurrir a las vías legales de utilizar a su favor el arsenal formidable del procedimiento sin preocuparse antes de hacerlo, de calcular la legitimidad de sus pretensiones y la honestidad de sus propósitos, indudablemente que se alteraría con ello el orden social, tanto más, sin duda que si se permitiera a cada uno hacerse justicia por su mano, porque bajo la forma disimulan (sic) de una garantía legal, podrían ocultarse las intenciones más aviesas o inconfesables".

En el "Curso de Derecho Civil" de Alexandri Rodríguez y Somarriva hablando del derecho de recurrir a los Tribunales de Justicia exponen: "El principio en esta materia es el siguiente: El ejercicio de las acciones judiciales o de los recursos que la ley franquea a los litigantes, no constituye abuso por sí solo aunque los Tribunales los rechacen. El hecho de que el Tribunal rechace una acción o una excepción no constituye, por ese solo hecho, un ejercicio abusivo del derecho de que se trata; así lo declara al respecto en uno de sus considerandos una sentencia de la Corte de apelación de Santiago; el ejercicio de las acciones judiciales y de los recursos legales es abusivo cuando se hace con culpa o dolo, cuando el litigante acude ante los Tribunales de Justicia por espíritu de venganza, para molestar por rencor, o cuando un litigante, con una temeridad y un espíritu tinterillesco extraordinarios, hace uso de todos los recursos para retardar la marcha del asunto".

Por su parte la Corte en el fallo de 1941 citado, se expresa así: "No siempre que se intente un pleito y el actor no triunfa, como sucede con frecuencia, puede decirse que hay abuso del derecho, porque si es evidente que el artículo 194 del C. J., está condicionado a que el ejercicio de la acción incoada sea serio y recto, también lo es que reemplazando en toda sociedad civilizada el derecho a la fuerza, está atribuído a los Jueces dar a cada uno lo que le corresponda, según las normas legales, y las diferencias entre los particulares se someten a la decisión de la autoridad competente, por cuanto es la diversidad de conceptos, los diferentes aspectos de una cuestión, las diferentes pruebas las que suscitan la controversia entre los particulares, que no pudiendo resolver éstos hace menester el imperio de la decisión judicial, toda vez que una de las partes no puede erigirse en juzgadora de la contraria".

En síntesis, pues, no hay lugar a discutir la aceptación doctrinaria expuesta por el recurrente en la demanda. Doctrinas que, vuelve a insistirse, han sido incorporadas a la jurisprudencia colombiana y que día por día, se actualizan ante la vigencia de nuevos determinantes sociales que continuamente ponen de manifiesto el carácter relativo de los derechos.

Viniendo al caso concreto que motiva este estudio, puede afirmarse que la realidad procesal está de acuerdo con las tesis doctrinarias expuestas por el recurrente? La contestación es negativa como pasa a examinarse.

Es bien sabido que tres elementos extremos constituyen el hecho ilícito generador de la responsabilidad extracontractual: Culpa o dolo del autor; un daño o perjuicio y una relación de causalidad entre el hecho culposo o doloso y el daño. Son elementos que deben acreditarse debidamente, en tesis general; la no demostración de cualquiera de ellos hace inocua la acción.

Culpa del actor

El contrademandante en el libelo respectivo la hace consistir en varios hechos que pretenden colocar a Szapiro en el trance de no haber querido recibir el resto del precio estipulado en la escritura y al vencimiento inmediato de los plazos. Así lo dice el hecho quinto de la demanda cuando se afirma que una vez vencido el primer plazo Treacchi Mangili se presentó donde Szapiro a pagarle el primer contado de doce mil quinientos pesos ($ 12.500.00) pero que éste "eludió hábilmente aceptar el pago exigiéndole los intereses ordinarios y expidiendo recibos sucesivos de tales intereses"; se dice allí que el interés de Sza-

piro era venderle a los compradores un lote contiguo al inmueble a que alude el título respectivo. No hay ninguna demostración que acredite la verdad de esa afirmación que ha sido negada rotundamente por Szapiro, quien evidentemente expidió los recibos a que hace referencia el contrademandante dejando en el recibo de intereses correspondientes a mayo de 1951, esta constancia: "Estos intereses al recibirlos no implican ninguna prórroga de plazo".

Se ha afirmado y así lo sostienen las providencias sobre pago por consignación, que el recibo de intereses implicaba una prórroga de plazo. La Corte no entra, y ya lo advirtió, a discutir la eficacia de los fallos pronunciados en aquella ocasión, pero anota que el motivo de la oposición hecha por el vendedor para no aceptar la oferta ni el pago por consignación fue el estimar que no por el hecho de haber recibido intereses, sus deudores no estaban en mora de cumplir con el pago del precio dentro de los plazos estipulados. Esta diferencia de concepto entre el vendedor y compradores fue dirimida por la justicia en los fallos que se han mencionado en esta providencia, con la anotación de que la oferta de pago se le notificó a Szapiro con posterioridad a la fecha de la presentación de la demanda resolutoria, e incoada esta acción el Juzgado **a quo** ordenó registrar la demanda, libró el despacho correspondiente pero el actor en el juicio —y ello está plenamente demostrado— no hizo verificar el registro a pesar de que el Juzgado no modificó el valor de la caución como lo solicitó la parte demandada. Es en este particular donde el propio recurrente reconoce, como se ha visto atrás, el celo, el cuidado, la previsión que tuvo el actor para no ocasionar ningún perjuicio a sus demandados. Y esta referencia a la prueba es indispensable hacerla porque se trata de cuestiones de hecho que para que puedan dar origen a un error de la misma naturaleza, deben aparecer manifiesta, evidentemente desvirtuadas. Con esa omisión intencionada del actor quedaron sin vigencia los posibles perjuicios a que aludió tan expresamente el demandado en el pedimento en que solicitó el aumento de la caución; que tenía la posibilidad de vender el inmueble, que para tal efecto tenía clientes a la vista o que necesitaba créditos hipotecarios para ampliar la construcción que ya tenía contratada. Con esta conducta del actor, llegó hasta la posibilidad de hacer ineficaz el resultado de la acción en el supuesto de que ésta le hubiera sido favorable.

Si el elemento de la previsibilidad es lo que configura la culpa, al actor no puede hacérsele responsable de consecuencias que no hubieran podido y debido prever. Los reconvinientes afirman que por razón de la demanda de resolución, "y mucho antes de su notificación tenían ya contratada la construcción de otros locales anexos a la fábrica en donde funcionaba la bizcochería; que los planos respectivos habían sido aprobados, se había otorgado la licencia respectiva, y que la construcción era necesaria para atender debidamente los pedidos cada día más crecientes de los productos de dicha fábrica". No es ni puede considerarse como un absurdo que dentro de una previsión normal Szapiro no hubiera podido prever que los demandados proyectaban la construcción del edificio de tres pisos que luego será objeto de un especial comentario. ¿Dónde aparece una sola prueba que demuestre que por la fecha de la presentación de la demanda de resolución Szapiro podía darse cuenta de la propuesta (es el término usado por el arquitecto Vargas Rubiano en su declaración) que Treacchi y socio le hicieron a los arquitectos para realizar esa fábrica?

En el hecho décimosexto de la contrademanda que se ha transcrito atrás, se pretendió concretar la culpa del actor. Se reconoce que Treacchi y socio tienen la convicción de que no le asiste derecho a Szapiro pero que "se han visto obligados a suspender la ejecución de todos los proyectos, **hasta la finalización del litigio** (subraya la Corte) con motivo de lo cual han sufrido y continuarán sufriendo los más cuantiosos perjuicios, pues es sabido que en todo derecho por claro que sea se torna en incierto y litigioso cuando se halla deducido en justicia".

Se ha visto que por el no registro de la demanda los demandados en el juicio principal quedaron gozando de la plenitud de sus derechos como propietarios, pudiendo vender el inmueble si era lo que se proponían o hipotecarlo para conseguir dineros para efectos de la construcción. Considera la Corte que en este aspecto no se alcanza a configurar la culpa de Szapiro que origine el abuso del derecho de litigar de que ha venido hablando el recurrente.

Es conveniente anotar que admitida en el juicio respectivo la oferta de pago, la consignación se verificó el 18 de agosto de 1951, y el 9 de mayo de 1952, el Tribunal confirmó la providencia del Juzgado en que se declaró válido el pago y se ordenó la cancelación de la hipoteca respectiva, cumpliéndose así los efectos señalados por

el artículo 1663 del C. C. Motivo de especial consideración por el recurrente es el hecho de que el apoderado de Szapiro, no obstante el poder que tenía para recibir, no hubiera querido aceptar el pago que se le hacía por cheque el 1º de junio de 1951. El abogado dio la razón de su actuación y en todo caso de ella no tenía por qué deducirse culpa a cargo del mandante.

Los perjuicios

Si el análisis anterior hecho para no admitir la existencia de la culpa no fuera suficiente, se examina a continuación si el perjuicio demandado está realmente demostrado en el proceso o si, por el contrario, la misma prueba ofrecida por Treacchi y socio niega tal demostración.

El recurrente dice en su demanda de casación que esos perjuicios se limitaron a solicitar la indemnización de lo que padecieron por lucro cesante por la suspensión obligada que la demanda de que se trata les impuso en la edificación que iban a llevar a efecto; y que tales perjuicios aparecen avaluados en la suma de $ 964.00 mensuales contados desde el día 1º de enero de 1952, "hasta la reanudación de los trabajos en la edificación suspendida". Que no solicitaron los perjuicios por daño emergente porque "logaron transigir amigablemente el contrato que habían celebrado con la sociedad Vargas Rubiano, Leiva y Compañía Limitada". Sobre estos particulares se observa:

Primero.—No existe en el expediente ninguna demostración que haya concretado el tan referido contrato con los nombrados arquitectos.

El doctor Vargas Rubiano citado antes, en su exposición se limita a decir que los señores Treacchi y Sánchez acordaron con la sociedad iniciar la construcción del segundo bloque tan pronto se terminara el bloque interior, y el distinguido arquitecto, haciendo de jurista, afirma que ellos les aconsejaron a Treacchi y Sánchez "esperar prudencialmente mientras terminaban las diferencias surgidas con el señor Manuel Szapiro, ya que mientras tanto carecían de una seguridad plena sobre el inmueble sobre el cual se debería levantar la nueva construcción". Por ninguna parte aparecen cuáles fueron las modalidades de ese contrato de construcción.

Es cierto que en autos obra una licencia de construcción a favor de Gil Sánchez expedida el 25 de octubre de 1950, para construir una edificación de **tres pisos.**

Segundo.—El lucro cesante anotado se contraería al valor del avalúo dicho cuando "se reanudara la edificación proyectada". Aquí se presenta una situación que hace que se estime que el abuso del derecho de litigar pueda encontrarse en otra parte distinta de Szapiro. En efecto, el avalúo del lucro cesante lo hicieron los peritos ante la información que se les dio de que la construcción proyectada y suspendida, dizque por culpa del actor en el juicio principal, era de tres pisos; y sobre esa eventualidad de la construcción y sobre su posible producido, porque no existe prueba de contrato alguno con los arquitectos, vuelve a decirse, se estimó ese perjuicio. Pero la tan decantada construcción de tres pisos vino a convertirse por obra de la culpa de Szapiro en una arrogante construcción de siete pisos en cemento armado que a la fecha de la inspección ocular practicada por el Tribunal —14 de octubre de 1953— se hallaba en avanzado estado de construcción, terminada su estructura de acuerdo con los planos que se tuvieron de presente. El personal que intervino en esa diligencia tuvo a la vista dos licencias para construcción expedidas por el Municipio: la una con fecha 26 de febrero de 1951 (?) y la otra con fecha 29 de mayo de 1953", que es la que sirve actualmente para adelantar la construcción del tramo frontal y en donde aparece como responsable de la construcción el doctor Mario Amico". Este arquitecto repreguntado en el acto de la diligencia sobre si los planos del tramo frontal que se estaba construyendo en ese momento fueron hechos por el deponente o por su oficina y en caso afirmativo poco más o menos cuándo se principiaron a hacer, contesta: "A fines de 1952, el señor Hugo Treacchi, me encargó de estudiarle los planos ya sobre las bases de lo que efectivamente hoy se está construyendo. Ya casi terminado el año de 1952, me comunicó que la construcción se demoraría por algunos inconvenientes que no me explicó cuáles eran. En los primeros días de abril me comunicó que ya se podían presentar en firme los planos y las diligencias que habían quedado interrumpidas".

Según la prueba producida en ese acto los trabajos preliminares de la construcción se iniciaron el 4 de mayo de 1953.

De acuerdo con estos hechos se puede formular este interrogante. ¿La supuesta culpa del señor Szapiro por el abuso del derecho de litigar

perjudicó a los señores Treacchi y Sánchez por no haber podido realizar, según ellos, una construcción de tres pisos que hubo de ser cambiada por la fábrica contemplada en la diligencia de inspección ocular?

Demostrado queda que no es exacto como lo afirma el recurrente que se tratara de la "reanudación de la edificación proyectada y que fue identificada como la obra suspendida con motivo de la iniciación de la demanda principal? Si Treachi y socio pudieron ordenar los planos de la nueva construcción y acometerla ante de que el presente negocio se hubiera resuelto definitivamente, es pueril, por lo menos, tratar de justificar la suspensión de la obra de tres pisos so pretexto de la acción de resolución. No es aventurado poder deducir que los contrademandantes juzgaron más de acuerdo con sus intereses económicos realizar la construcción en cemento armado de siete pisos y no la de tres que se había proyectado con la "Sociedad Vargas Rubiano, Leiva y Compañía Limitada". De consiguiente, el lucro cesante avaluado no pasa de ser una fantasía que no tiene realidad evidente en la verdad procesal.

La causa

"Para que haya responsabilidad, dicen algunos de los autores citados anteriormente por la Corte, no basta la existencia de un acto culposo o doloso y un daño. Es preciso, además, que éste sea la resultante o consecuencia de aquél. Ya se trate de la teoría de la responsabilidad subjetiva (que requiere el dolo o la culpa del autor), la relación de causalidad deberá existir entre el hecho doloso o culpable y el daño inferido, y en la teoría de la responsabilidad objetiva entre el simple hecho generador del riesgo y el daño causado a la víctima. La determinación de esa relación de causalidad es una cuestión de hecho que queda entregada a la apreciación de los tribunales de fondo".

No existiendo la culpa ni menos el perjuicio derivado de ella, como atrás se ha expuesto, sería ilógico tratar de indagar la relación de causalidad entre dos extremos que no existen.

No se ve en qué sentido hubiera sido violado el artículo 1627 del C. C., citado por el recurrente, que trata del pago de las obligaciones. En cuanto a la cita que hace del artículo 2356 como quebrantado por el fallador por falta de aplicación o interpretación errónea (sic) es necesario hacer algunas consideraciones al respecto:

En tratándose de la responsabilidad extracontractual, el actor corre con la carga de la prueba de los extremos que configuran esa responsabilidad y de que antes se ha hecho mención. Sólo por vía de excepción se presume la culpa como es el caso de la responsabilidad por el hecho ajeno a que alude el artículo 2347 del C. C. Y se presume también, de manera excepcional en el ejercicio de actividades peligrosas. A ésta se refiere el artículo 2356 invocado por el recurrente como violado. Pero la cita carece de eficacia porque no puede afirmarse que el ejercicio del derecho de litigar pueda constituir una actividad peligrosa en el sentido y alcance jurídico que se dá a esta noción y que los doctrinantes y la jurisprudencia han deducido del contexto y ejemplos enumerativos traídos por el artículo antes anotado.

Sobre estas nociones de la carga de la prueba, de la presunción de culpa, y de la teoría del riesgo corrido son muchas las páginas que se han escrito y que son del dominio de juristas tan eminentes como el autor de la demanda de reconvención.

Como se ha visto atrás otra de las glosas hechas a la sentencia consiste en afirmar que el fallador incurrió en error de derecho al interpretar la demanda de reconvención; para rechazar este cargo basta observar que el recurrente no advierte por qué manera esa interpretación errónea del fallador, si acaso la hubo, pudo influir en la parte resolutiva de la sentencia. Se insiste en que el Tribunal en su breve fallo estimó que la falta de la prueba de perjuicio "no permite la aplicación del artículo 2341 del C. C. por ausencia de uno de los presupuestos de la acción de resarcimiento de perjuicios".

Respecto al cargo en relación con las costas por errónea interpretación o falta de correcta aplicación del numeral 1º del artículo 2º del Decreto Legislativo número 243 de 1951, "ha sido doctrina invariable de la Corte no dar campo en casación a las cuestiones relacionadas con costas; se ha estimado que ésta es una cuestión adjetiva...". (Casación, febrero 23 de 1953).

Ninguna razón expone el recurrente que pueda hacer variar esta jurisprudencia.

Para concluir, la Corte estima, de acuerdo con lo expuesto, improcedentes los cargos formulados en la causal a que se refiere la contrademanda y, de consiguiente, se rechazan.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colom-

bia y por autoridad de la Ley, **NO CASA** la sentencia que ha sido objeto del doble recurso de casación.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL y en oportunidad devuélvase el negocio al Tribunal de su origen.

Ignacio Gómez Posse — Agustín Gómez Prada. Luis Felipe Latorre U. — José Joaquín Rodríguez. — Ernesto Melendro Lugo, Secretario.



EN EL JUICIO ORDINARIO DE DESLIN DE PUEDEN CONTROVERTIRSE LAS CUESTIONES REFERENTES A LA PRO PIEDAD DE LA ZONA DISPUTADA

1 — Si la sentencia no halla contradicción entre los títulos de una misma parte, el recurrente, que la acusa por error de hecho, debe probar que existe la pugna de manera inequívoca y manifiesta.

2 — Cuando un título determina el punto en que se cortan dos linderos —punto que no había señalado el primer título— no se trata de una modificación sino de una aclaración del título.

3 — Cuando los linderos entre dos fincas difieren, unos de otros, no hay error de hecho en aceptar el lindero señalado en los títulos de una de las fincas. (V. cas. octubre 19, 1931. XXXIX. 296).

4 — Son adjetivos los artículos 593 y 234 del C. J.

5 — La Corte reafirma la jurisprudencia según la cual en el juicio ordinario de deslinde puede discutirse sobre cualesquiera cuestiones tocantes a la propiedad de la zona disputada: nulidad y prelación de los títulos, usucapión, derecho a mejoras, etc. Ello no desnaturaliza la acción de deslinde; si la finalidad de ésta es señalar un lindero, a ello contribuye la controversia sobre el dominio; la usucapión refrenda o modifica la línea declarada en los títulos, determinando en todo caso la línea divisoria, y la economía procesal lo justifica para evitar un nuevo litigio. Consecuencialmente, la sentencia causa ejecutoria en relación con las cuestiones controvertidas.

6. — En el juicio ordinario de deslinde la posesión juega un doble papel: el de elemento ilustrativo en la tarea de señalar la línea, y el de factor definitivo para ello, si asume los caracteres de una usucapión.

7 — Las cuestiones sobre la propiedad en el juicio ordinario de deslinde, deben proponerse expresamente (cas. noviembre 30. 1946. LXI. 683), por tratarse de materia de fondo que va a discutirse en juicio cuyo objeto propio no es el de discutir sobre la propiedad. El opositor al deslinde verificado podrá plantearla al formular su demanda, y el demandado contrademandando o excepcionando.

Corte Suprema de Justicia. (Sala Plena de Casación Civil) Bogotá, mayo veinticuatro de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. JOSE J. GOMEZ R.)

La Corte decide sobre el recurso de casación introducido por la parte demandada contra el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, de fecha 7 de septiembre de 1953, proferido en juicio ordinario de Daniel Ocaziones contra Juan Francisco Solís López, con motivo de un deslinde.

CAPITULO I

Los Antecedentes

1 — El 24 de junio de 1950 Juan Francisco Solís López demandó ante el juez 3º Civil del Circuito de Bucaramanga, a Constantino Rueda y Daniel Ocaziones, para que fuera demarcada la línea que separa el inmueble llamado "La Chafarota", de propiedad en proindiviso del actor y de Emilio Suárez, de los fundos denominados "La Comba" y "La Estrella", de propiedad de los demandados, respectivamente, inmuebles todos ellos ubicados en el Municipio de Betulia del Departamento de Santander.

2 — Según la demanda, debía señalarse el lindero **oriental** de "La Chafarota", a la vez **occidental** de "La Comba" y "La Estrella".

3 — El 10 de septiembre de 1951 el Juzgado hizo la demarcación de dicho lindero, por "el filo arcifinio de la cuchilla denominada La Chafarota o Chafarote". El Juzgado dejó en posesión del fundo "La Chafarota", al demandante Juan Francisco Solís López.

4 — Convertido en ordinario el juicio, por oposición de Rueda y Ocaziones, el primero transigió el litigio con Solís y Suárez, en cuanto a "La Chafarota" y "La Comba", y fue fallado, en lo to-

cante a "La Chafarota" y "La Estrella", en sentencia de 22 de agosto de 1953, la cual señaló como lindero el cerro o cordillera de "La Paz", "en línea que de sur a norte va desde el boquerón que forma la quebrada "Carbonera" en la parte más alta del mencionado cerro de "El Marranito", en la misma cordillera".

La sentencia ordenó, además, la entrega a Daniel Ocaziones, de la zona de terreno comprendida entre la cordillera de "La Paz" y la chuchilla de "La Chafarota", zona que había sido entregada a Solís López en la diligencia de apeo.

Según este fallo, el lindero oriental de "La Chafarota" y occidental de "La Estrella", no es la cuchilla de "La Chafarota" o "Chafarote", sino la cordillera de "La Paz".

5. — Apelado el fallo por ambas partes, el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, dictó sentencia el 20 de abril de 1955. Fijó como lindero común de los dos predios — lindero que viene a ser el costado sur de "La Chafarota" y a la vez el costado norte de "La Estrella"— "una línea recta que partiendo del extremo norte del cerro o prominencia conocida con el nombre de El Marranito, situado en la cordillera de La Paz, se dirige a una ceiba grande que se encuentra en la orilla izquierda del río Chucurí. El trayecto o sector de esa línea, comprendido entre el extremo norte del cerro de El Marranito y el punto en que la línea indicada, trazada en dirección a la ceiba grande de la orilla izquierda del río Chucurí, corta el filo o cuchilla de Chafarote, es el lindero entre los predios de 'La Estrella' y 'La Chafarota' ".

Conservó, además, a Ocaziones en la posesión de la zona comprendida entre la cordillera de "La Paz" y la cuchilla "Chafarote" o "La Chafarota".

De acuerdo con esta sentencia, las dos fincas no colindan por oriente y occidente, sino por el sur y el norte, respectivamente, y el lindero no es la cuchilla de "La Chafarota" o "Chafarote", sino la cordillera de "La Paz". En consecuencia, la zona disputada corresponde a "La Estrella".

6. — Recurrió en casación el demandado en el juicio ordinario. Admitido, formalizado y replicado el recurso, la Corte procede a fallarlo.

CAPITULO II

La sentencia del recurso

7.—Sin un plano, ni un croquis siquiera de los fundos cuya línea divisoria común se ha discutido, y en presencia casi únicamente de los títulos de propiedad de los mismos, fue fallado este proceso, en el cual el lindero divisorio de las dos fincas resultó, al fin de cuentas, en dirección opuesta a la planteada en la demanda de deslinde y sostenida en el juicio ordinario por el copropietario de "La Chafarota".

A) **La diligencia de deslinde** acogió la alinderación que reza la escritura número 2623, de 19 de diciembre de 1947, de la Notaría Primera de Bucaramanga, por medio de la cual compraron los copropietarios de "La Chafarota", y en general todos los títulos de esta finca, desde 1875, alinderación totalmente arcifinia, consistente en el río Sogamoso, la cordillera de "La Paz" y la cuchilla de "La Chafarota" o "Chafarote": el río, al norte; la cordillera, al occidente, y la cuchilla, al sur y al oriente. Esta finca tiene, al decir de los peritos que intervinieron en la diligencia, la forma de una batea (f. 29 v. C. 2), esto es "bandeja" o "azafate", conforme al Diccionario, porque según aquéllos, la cuchilla de "La Chafarota" o "Chafarote", al desprenderse de la cordillera de "La Paz", que en el costado occidental del fundo, forma una pequeña curva hacia el sur, para seguir al norte paralelamente a la cordillera, hasta el río Sogamoso, trazando así los costados o linderos por el sur y el oriente.

Dichos títulos citan siempre los linderos arcifinios, el río, la cordillera de "La Paz" y la cuchilla de "La Chafarota" o "Chafarote", y mencionan los propietarios colindantes por los cuatro costados, incluído el sur, "promediando la cuchilla", como se expresan los mismos peritos, para significar que ésta se halla en medio del fundo de "La Chafarota" y de los predios que le son colindantes por el sur.

El Juez señaló en la diligencia de apeo, como lindero oriental de "La Chafarota" y al tiempo occidental de "La Estrella" y "La Comba", la nombrada cuchilla de "La Chafarota" o "Chafarote". De esta suerte, la zona del litigio, comprendida entre esta cuchilla y la cordillera de "La Paz", quedó incluída en el perímetro de "La Chafarota", y al actor Solís López le fue dejada en posesión en la misma diligencia.

B) **La sentencia de primera instancia** del juicio ordinario varió la línea —en relación con "La Chafarota" y "La Estrella"— pues en vez de ser la cuchilla de "La Chafarota" sus linderos oriental y occidental, respectivamente, señaló la cor-

dillera de "La Paz"; pero como ésta es larga, determinó la extensión del lindero, desde el boquerón que forma la quebrada "Carbonera" en la parte más alta de "La Paz", siguiendo al norte, hasta el extremo del cerro "El Marranito", en la misma cordillera de "La Paz".

El Juez prefirió a los títulos de "La Chafarota", que indican la cuchilla de este nombre como lindero oriental de esta misma finca, los de "La Estrella", que señalan como lindero occidental de este fundo la cordillera de "La Paz", y como lindero norte —a partir de 1905— una línea recta, del cerro "El Marranito" sobre esta cordillera, hacia el oriente, hasta una ceiba vieja, en la margen occidental del río "Chucurí". Así, la zona comprendida entre "La Paz", por el occidente; la cuchilla de "La Chafarota", por el sur, y la línea recta de "El Marranito" a la ceiba, por el norte, quedó haciendo parte de "La Estrella", y consecuencialmente, la sentencia ordenó se le hiciera entrega de ella al demandante Ocaziones, dueño de dicha finca.

C) El Tribunal, dando igualmente la prelación a los títulos de "La Estrella", reforma el fallo apelado y cambia la línea divisoria entre los dos inmuebles, ubicándola de oriente a occidente y no de sur a norte, como hizo el Juez **a quo**. Es decir, la traza al sur de "La Chafarota" y al norte de "La Estrella", y no al oriente de la primera y al occidente de la última, como hizo el Juez; pero, confirma la línea determinada en el fallo de primera instancia, que parte del cerro de "El Marranito", sobre "La Paz", y va a la ceiba grande sobre la margen izquierda del río Chucurí, cortando la cuchilla de 'La Chafarota" o "Chafarote", y confirma igualmente la entrega hecha de la zona a Ocaziones y la condena en costas proferida contra la parte demandada.

CAPITULO III

La casación. Causales y cargos.

Cuatro cargos formula el recurrente contra el fallo, tres con fundamento en la causal primera, y el último, con apoyo en la causal segunda de casación.

Primer cargo

8.—Consiste en que "por error de hecho y de derecho" la sentencia "dio mérito de plena prueba" a los títulos aducidos por el demandante Ocaziones, referentes a la finca de "La Estrella", prefiriéndolos a los del fundo de "La Chafarota".

A causa del "error de hecho y de derecho", la sentencia infringe el artículo 651 del C. J., por cuanto siendo contradictorios los títulos de "La Estrella", correspondientes a la época anterior a 1905, con los de la época posterior, debió desechar unos y otros, y acoger otras pruebas, o sean, los títulos de la finca de "La Chafarota". No habiendo procedido así, fueron quebrantados, además, los artículos 669 y 900 del C. C.

9.—La contradicción entre los títulos de la finca del actor, consistente en que los anteriores a 1905, al señalar el lindero norte, se refieren únicamente a una ceiba sobre la margen izquierda del río Chucurí, en dirección de oriente a occidente; en tanto que los posteriores a aquel año, llevan la línea, partiendo de la ceiba, hacia el occidente, al cerro "El Marranito", en la parte más alta de la Cordillera de "La Paz".

Se considera:

10.—El cargo referente a apreciación de pruebas, debe separar claramente el error de hecho, del error de derecho, porque sustancialmente son distintos, y en la técnica de la casación, conduciendo ambos al quebranto de la ley sustantiva, el último no puede configurarse sin la violación de un texto sobre pruebas. Por tanto, ha de afirmarse si es el error de hecho o es el derecho, el causante del irregular tratamiento dado a una prueba.

A veces, sin embargo, se estructuran ambos en relación con una misma prueba: el de hecho, ante todo y como soporte o causa del derecho. Mas, es menester, aún así, especificarlos, individualizarlos y demostrarlos separadamente. Este parece ser el caso del cargo formulado.

11.—La acusación de error de hecho en la apreciación de unos títulos, por no haberlos hallado contradictorios el sentenciador, exige que se demuestre la contradicción objetiva existente entre los respectivos textos o cláusulas de unos y de otros títulos. La comparación de éstos se convierte en tarea de interpretación, en la cual pueden entrar en juego diversos elementos del proceso, y entra ineludiblemente el criterio del juzgador, que en cuestiones de hecho es soberano.

Si la sentencia no halló contradicción, el recurrente ha de probar que el fallador sufrió un

error de hecho manifiesto en tal apreciación, es decir, que la pugna, que la contradicción, entre los títulos, es una verdad del proceso, que se impone al juez, de una manera cierta, inmodificable e incontrovertible, por ser el único resultado, la única conclusión que admite la actuación procesal a este respecto.

12.—El fallo enseña que los títulos de "La Estrella" posteriores a 1905, aclaran los anteriores, y cuando un título aclara otro, no está en pugna con éste. Así lo entendió el Tribunal, basándose en las cláusulas respectivas de las escrituras, concernientes a los linderos de dicha finca, y en otras constancias del juicio. Los títulos de la primera época señalan el lindero norte de **"La Estrella"**, de oriente a occidente, partiendo de la ceiba, en la margen izquierda del río "Chucurí". Los de la segunda época unen el punto de la ceiba, hacia occidente, con otro punto —el cerro de "El Marranito"— que ubican sobre la cordillera de "La Paz", la cual, según toda la titulación de dicha finca, es su lindero occidental, cerrando así el perímetro de la misma. En los títulos viejos existía señalado el extremo oriental del lindero norte de "La Estrella": la ceiba, en la orilla izquierda del río Chucurí; existía también la dirección o rumbo de ese lindero, partiendo de la ceiba: el occidente; existía, asimismo, el lindero occidental de la finca: la cordillera de "La Paz". En consecuencia, no faltaba en ellos sino el punto donde debía encontrarse el lindero norte, a partir de la ceiba, hacia el occidente, con el lindero occidental, o sea la nombrada cordillera de "La Paz", y ese punto lo precisaron los nuevos títulos, en el cerro de "El Marranito", en la mencionada cordillera. El sentenciador consideró que la determinación de tal extremo, disponiendo de los elementos para ello, no era una alteración ni una modificación de los linderos especificados en los primeros títulos, sino una simple aclaración o complemento de ellos a ese respecto, ya que bastaba observar y fijar el punto en donde necesariamente habrían de cortarse las dos líneas señaladas en los títulos anteriores, la una sobre la cordillera, y la otra, hacia occidente, partiendo de la ceiba.

En estas circunstancias, la interpretación de la sentencia no puede tacharse de error de hecho. El recurrente tenía que demostrar, no que el sentenciador cometió error, sino que el error es de tal magnitud que la contradicción entre los títulos es la única verdad que surge del proceso, de manera necesaria y a la vez incontrastable.

Se rechaza, por tanto el cargo.

Segundo cargo

13.—Consiste este cargo en haber incurrido el sentenciador en error de hecho, en la estimación de estas pruebas:

a) Las escrituras públicas números 2623, de 19 de diciembre de 1947, de la Notaría Primera de Bucaramanga; 1157, de 30 de noviembre de 1927, de la misma Notaría; 595, de 29 de septiembre de 1890, de la Notaría Segunda del mismo Circuito; 368, de 25 de octubre de 1875, de la Notaría de Girón, y 361, de 13 de julio de 1880, de la Notaría de Bucaramanga;

b) Los dictámenes periciales rendidos en la diligencia de deslinde y en la segunda instancia del juicio ordinario;

c) Las declaraciones de los testigos Luis E. Serrano Sanmiguel, José María Díaz, Metodio Acevedo, Martín Jaimes, José María Díaz Rondón y Víctor María Uribe.

A causa del error sufrido en la apreciación de las pruebas mencionadas, fueron infringidos: en relación con las escrituras públicas, los artículos 630 del C. J., 669 y 900 del C. C.; en cuanto a los conceptos periciales, los artículos 630 y 722 del C. J., y con respecto a las declaraciones de testigos, los artículos 697 del C. J. y 669 y 900 del C. C.

14.—El error de hecho en lo concerniente a los instrumentos públicos, consiste en haberlos desconocido y desestimado como prueba del lindero oriental de "La Chafarota", puesto que todos señalan invariablemente estos linderos arcifinios: el río Sagomoso, la cuchilla del "Chafarote" y la cordillera de "La Paz", siendo la cuchilla citada, el lindero sur y oriental de la finca llamada "La Chafarota".

El error de hecho en lo tocante al experticio que sirvió de base al deslinde, resulta de haber omitido la prueba que tal dictamen comporta, en relación con el lindero entre "La Estrella" y "La Chafarota", ya que los peritos identificaron "La Chafarota", por sus tres linderos arcifinios, el río, la cordillera de "La Paz" y la cuchilla de "Chafarote".

Y el error, en cuanto a las declaraciones, consiste, en no haberlas tomado en cuenta en la determinación del lindero oriental de "La Chafarota" y occidental de "La Estrella", que ellos sitúan en la cuchilla de "Chafarote" o "La Chafarota".

Se considera:

15.—Los títulos de propiedad del inmueble "La Chafarota", señalan uniformemente, como linderos, los dichos accidentes geográficos: el río Sogamoso, la cordillera de "La Paz" y la cuchilla de "Chafarote" o "La Chafarota"; y algunos de ellos, después de indicar los nombres de los propietarios colindantes, recalcan acerca de que los linderos "naturales" de la nombrada finca son, el río, la cordillera y la cuchilla. Al respecto no hay en la expresada titulación la menor discordancia.

Los peritos que intervinieron en la diligencia de apeo conceptuaron, teniendo a la vista las declaraciones recibidas y la escritura número 2623 de 19 de octubre de 1947, de la Notaría Primera de Bucaramanga, por la cual adquirió el demandado Solís López parte indivisa de "La Chafarota", que la línea divisoria entre esta finca, por una parte, y "La Comba" y "La Estrella", por otra, es la cuchilla "La Chafarota", porque ésta no es posible confundirla con ninguna otra.

Los testimonios de quienes depusieron en dicha diligencia y en la de inspección ocular de la segunda instancia, señalan también la cuchilla como lindero oriental de "La Chafarota".

16.—A los folios 25 a 28 del cuaderno 4º expone el sentenciador las distintas razones que lo llevaron a la conclusión de que no es la cuchilla el lindero entre "La Chafarota" y "La Estrella", sino la cordillera de "La Paz". En las premisas objetivas de tales razones no hay error de hecho y menos aún de tal entidad que imponga a la mente la conclusión contraria, de manera invencible.

La sentencia llega al resultado de que las dos fincas lindan, no por oriente ("La Chafarota"), ni por occidente ("La Estrella"), sino por el sur y el norte, respectivamente, interpretando los títulos de ambas propiedades.

En el estudio del cargo anterior se expuso que al aceptar la sentencia el señalamiento del costado norte del fundo del demandante Ocaziones, entre la ceiba, en la orilla izquierda del río "Chucurí", y el cerro de "El Marranito", no incurrió el sentenciador en error de hecho evidente en los autos.

17.—El fallo, en lo que respecta a los linderos "naturales" de "La Chafarota", niega que la cuchilla de "Chafarote", sea en **toda su extensión**, el lindero oriental de dicha finca, y se funda para ello en distintas razones:

Que el lindero occidental de "La Estrella" ha sido siempre la cordillera de "La Paz", y como dicho lindero se extiende hasta el cerro de "El Marranito", punto en donde se cortan los costados norte y occidental de "La Estrella", la cuchilla de "Chafarote" no puede ser lindero oriental de "La Chafarota", en toda su extensión, sino del punto en que el costado norte de "La Estrella" intercepta la cuchilla, en dirección al río Sogamoso;

Que los títulos de la finca de que es condómino Solís López, rezan que por oriente linda con la cuchilla "Chafarota", que sirven de lindero con tierras de Constantino y Timoleón Rueda, siendo así que si lindara con "La Estrella", mencionarían "La Estrella" o a su propietario Ocaziones y no a los Rueda, que jamás fueron dueños de este bien raíz;

Que es cierto que algunos títulos de "La Chafarota" dicen que por el sur limita con terrenos de Géo Von Langerke, posteriormente de Gustavo Wolkman, si bien en algunos de ellos agrega en seguida que no es posible apreciar si en realidad limita por el sur con tales tierras, y ello porque, trazado el costado norte de "La Estrella", como lo precisaron los títulos de este inmueble, posteriores a 1905, y lo acepta el fallo, al sur de "La Chafarota" no podía hallarse la propiedad de Langerke y Wolkman, sino la del demandante Ocaziones.

Que no es extraña la práctica de mencionar los linderos generales de un fundo, por señales arcifinias, simplemente para indicar de manera inequívoca, su localización, dejando a la relación pormenorizada de los predios colindantes la tarea de determinar y precisar la alinderación exacta;

Que los experticios se redujeron, el uno, a identificar el predio de "La Chafarota", conforme a los límites arcifinios, de acuerdo con la escritura última, mediante la cual Solís López y Suárez compraron "La Chafarota"; y el otro, a "transcribir las constancias de los títulos de una y otra finca", sin avanzar concepto ninguno sobre el problema, etc.

Tal forma de apreciar los títulos de "La Chafarota", no puede tildarse de error de hecho manifiesto. El sentenciador se movió en el campo de sus facultades, limitadas, en materia de hecho, sólo por la evidencia contraria, menospreciada

en sus juicios sobre la prueba. La Corte, además, ha declarado que "Cuando los linderos que separan dos fincas difieren unos de otros en las diversas escrituras de transmisión, no puede decirse que el Tribunal incurrió en error de hecho evidente, al aceptar los linderos de algunas de esas escrituras". (Cas. octubre 19, 1931. XXXIX, 296).

El salvamento de voto trae importantes razones, que el recurrente prohija, valederas, naturalmente, en el ámbito de las instancias, pero ineficaces en el de la casación, sin haber demostrado el recurrente que el Tribunal erró en materia de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas.

No es admisible el cargo.

Tercer cargo

18.—Se acusa la sentencia por violación de los artículos 593 y 234 del C. J. y 669 del C. C., "por cuanto que la primera de las disposiciones citadas dispone que toda decisión judicial se funde en un hecho plenamente probado según alguno de los medios especificados como pruebas en el Código Judicial, y la segunda, o sea el artículo 234, manda que cualquier duda se resuelva en favor del demandado, así sea en cuanto a la apreciación de los hechos o en cuanto a la aplicación del derecho".

La improcedencia del cargo es obvia, porque dos de los preceptos son adjetivos y el quebranto del último sólo puede producirse por contragolpe de la infracción de aquéllos. Si la decisión se funda en lo que se ha probado, y se afirma al recurrir en casación que no se ha probado, ello no podrá ser eficaz sino demostrando que el sentenciador incurrió en error de hecho, suponiendo una prueba que no existe o negando la presencia de la que existe; o bien, que negó u otorgó a una prueba el valor que tiene o que no tiene, de acuerdo con el derecho probatorio. Para esto último el artículo 593 es insuficiente porque es una norma de conducta a que el Juez debe ajustarse en la función de juzgar.

En cuanto al artículo 234, es verdad que prescribe resolver la duda en favor del demandado; pero, solamente el juzgador de instancia es quien puede decir si hay o no hay duda, en razón del poder que le asiste para apreciar la prueba: si con base en ésta da por establecido un hecho, en contra del reo, es porque no abriga duda sino certeza al respecto de esa prueba, posición mental que no se puede controvertir con apoyo en dicho precepto, sino mediante la demostración de errores de hecho o de derecho sufridos en la estimación de la prueba.

No procede, por tanto, este cargo.

Cuarto cargo

19.—Se invoca la causal segunda de casación, por cuanto la sentencia no se ocupa de la excepción de prescripción propuesta por el demandado Solís en el escrito de conclusión de la segunda instancia.

Se considera:

20.—Ciertamente, en el alegato de bien probado el mandatario del reo alegó la excepción de prescripción adquisitiva del dominio sobre la zona disputada (f. 8 C. 4º) lo cual requiere algunas consideraciones sobre las cuestiones de dominio dentro del juicio ordinario de deslinde.

1ª—El juicio ordinario de oposición al deslinde no cambia la finalidad de la acción del propietario, consagrada en el artículo 900 del C. C. y reglamentada en el título XXVI del libro 2º del C. J. Esa finalidad consiste en señalar con precisión sobre el terreno, un lindero que no está claro, motivo, por tanto, de desacuerdo entre los propietarios colindantes. Quien tiene un fundo tiene derecho de saber qué es lo que tiene, es decir, hasta dónde va su dominio. En principio, se trata de proyectar física y gráficamente los linderos escritos, sobre el suelo, y por esto, la línea debe corresponder exactamente a la verdad declarada en los títulos. Tal finalidad es la causa de la acción de deslinde, finalidad que subsiste en el juicio ordinario que sigue al especial, por la oposición de una de las partes. Sobre dicha finalidad la jurisprudencia de la Corte ha sido constante. (V., entre otras, casaciones de mayo 25 de 1937, XLV, 124; junio 21 de 1938, XLVI, 658; agosto 5 de 1938, XLVII, 48; julio 30 de 1943, LV, 608, y octubre 16 de 1943, LVI, 214).

2ª—En razón de esta finalidad le es extraña, en principio, a la acción de deslinde, la controversia sobre la propiedad. La propiedad existe de ambos lados de la línea; luego, el deslinde no tiene de suyo por qué ni para qué provocar discusión sobre el dominio. La acción de deslinde no tiene de reivindicatoria (V. cas. 25 de mayo, 1937, XLV, 121, y noviembre 30, 1946, LXI, 683), ni siquiera de petitoria de dominio, porque donde

se trata tan sólo de demarcar la existente, no se persigue ni restitución de bien alguno, ni declaración de propiedad, por la razón de que no hay nada qué restituir, ni nada cuya pertenencia sea necesario declarar. En general, todo se reduce a interpretar títulos sobre el terreno.

3ª—La posesión puede desempeñar un doble papel muy importante en el ejercicio de la acción de deslinde. En primer lugar, sirve de "elemento ilustrativo", de señal interpretativa de los títulos, como sirven otros elementos también para confirmar o rechazar la demarcación hecha en el juicio especial. En este sentido la doctrina admite siempre el influjo de la posesión. (V. cas. mayo 25, 1937. XLVI, 124).

En segundo lugar, la posesión puede pasar a ser factor determinante del deslinde, al configurar la usucapión de la zona disputada, caso en el cual la línea podrá estar ajustada o no a los títulos: si lo primero, la posesión habrá refrendado la línea verdadera, simplemente; si lo segundo, la habrá modificado. Mas, sea lo que fuere, la prescripción determina así sobre el suelo la línea divisoria definitiva. Pero, en este punto la doctrina no ha sido uniforme ya que unas veces se ha admitido la controversia de cuestiones de fondo, en el juicio ordinario de deslinde, y en otras se ha rechazado.

4ª—La primera jurisprudencia de la Corte no permitía discutir sobre la propiedad de la zona en litigio; ni alegar, por tanto, la usucapión en el proceso ordinario de deslinde. Así rezan las casaciones de agosto 30 de 1919 (XXVII, 273), octubre 6 del mismo año (XXVII, 321) y junio 9 de 1920 (XXVIII, 73).

Después, la doctrina entró en un período de frecuentes mudanzas, ya que casaciones de mayo 25 de 1937 (XLV, 124), agosto 5 de 1938 (XLVII, 48), octubre 16 de 1943 (LVI, 214), noviembre 30 de 1946 (LXI, 683), noviembre 20 de 1952 (LXXII, 689), y febrero 22 de 1955 (LXXIX, 502), admiten esa controversia, al paso que la niegan las de junio 21 de 1938 (XLVI, 655), de septiembre 10 y noviembre 12 de 1941 (LII, 54 y 515), de septiembre 29 de 1952 (LXXIII, 183) y noviembre 2 de 1954 (LXXIX, 8), si bien se acentúa a través de esta variada trayectoria la tesis de la admisibilidad del debate sobre la propiedad y de consiguiente sobre la usucapión del terreno comprendido entre las diferentes líneas de demarcación sostenidas por las partes, como lo demuestran las sentencias de noviembre 20 de 1952 (LXXII, 689) y febrero 22 de 1955 (LXXIX, 502), entre las más recientes y según las cuales puede controvertirse esa materia.

5ª—La Corte ha considerado de nuevo esta cuestión y pesado las razones en pro y en contra de una y otra tesis, y como consecuencia reitera la acogida en los fallos últimamente citados, unificando la doctrina en el sentido de que en el juicio ordinario de deslinde, originado en la oposición de cualquiera de los propietarios colindantes a la línea demarcada y previsto en los artículos 870 y 871 del C. J., puede controvertirse la propiedad del terreno disputado, y por lo mismo, las cuestiones relacionadas con ella.

Las razones, muy sencillas, se resumen así:

a) No desnaturaliza la acción de deslinde, la controversia del dominio. La primera no deja de ser lo que es, es decir, ejercicio del derecho de propiedad, para saber qué espacio comprende, ni deja de tener la finalidad que tiene: demarcar una línea divisoria. "Pero, no se ve una razón práctica —dice casación de 25 de mayo de 1937 (XLV, 124)— para que dentro del juicio ordinario que sigue al sumario, tradicionalmente llamado éste de apeo, pueda discutirse la titulación exhibida por las partes y que tienda a descartar la pertinencia y eficacia de los títulos o de algunos de ellos, o bien hechos en que haya consistido la posesión material que consume una prescripción ordinaria o extraordinaria".

b) No hay duda de que la finalidad del juicio de deslinde, es demarcar un lindero. Pero, la facultad de demarcar no es sino proyección necesaria del dominio, de modo que si éste cambia, por la usucapión, por ejemplo, llegando a cobijar más de lo que declaran los títulos, se comprende que la demarcación haya de variar también y que no pueda hablarse exactamente de una demarcación justa y verdadera, excluyendo la porción prescrita. Si la usucapión es modo de adquirir y opera sobre las cosas por virtud de la posesión, sin que sea menester que una sentencia la declare para que la propiedad ingrese al patrimonio del prescribiente —como la Corte lo ha declarado reiteradamente— (cas. junio 27 de 1923. XXX, 72; marzo 5 de 1954, LXXVII, 75; diciembre 2, 1954, LXXIX, 203, y febrero 28, 1955, LXXIX, 565) no hay razón para que se desconozcan sus efectos en el juicio de deslinde, si se plantea en él, porque hay un hecho innegable: que la usucapión ha variado el lindero y que realmente el lindero es uno —el nuevo— y entonces, ¿por qué y para

qué se pospone el debate de la prescripción para otro juicio?

c) Lo que se dice de la prescripción adquisitiva se puede afirmar de las controversias sobre el dominio en general de la zona en que coinciden las distintas pretensiones, v. gr. sobre un mejor derecho con apoyo en los títulos que cada colindante aporte; sobre el reconocimiento de frutos, mejoras y deterioros, en caso de que la línea que se fije sea desfavorable al poseedor de la faja de terreno disputada, etc.

d) El principio de la economía procesal que tantas soluciones prácticas ha producido, indica razonablemente llevar a dicho juicio todo género de cuestiones que puedan influir en la demarcación del lindero, porque de lo contrario habría que dejarlas para un nuevo juicio, con las múltiples cargas que todo proceso acarrea a las partes, cuyo interés no puede ser otro que el de definir cuanto antes sus desacuerdos.

e) Por el aspecto del trámite requerido para discutir sobre la propiedad, no hay óbice alguno, porque el juicio de oposición al deslinde es ordinario.

6ª—Natural es que al controvertirse estas cuestiones, la sentencia que se pronuncie tendrá los efectos de la cosa juzgada, según los cuales no podrían ser discutidas en un nuevo juicio entre las mismas partes. "De consiguiente —reza la casación de 30 de noviembre de 1946 (LXI, 683)— según esta doctrina, que la Corte reitera ahora, en el juicio ordinario de oposición bien puede proponerse a controversia, claro que de manera expresa, hechos referentes al dominio, como serían, la nulidad o ineficacia de un título, con el fin de descartarlo, o la simple posesión material, con el fin de obtener que prevalezca sobre los títulos. En estos casos la discusión sobre estos extremos, distintos del contenido especial de los títulos, versaría sobre el dominio, y su definición en la sentencia haría tránsito a cosa juzgada en juicio de reivindicación". Igual doctrina repitió la sentencia de esta Sala, de 22 de febrero de 1955 (LXXIX, 503).

7ª—Pero, debe tenerse en cuenta que toda cuestión sobre la propiedad debe proponerse **expresamente** (cas. nov. 30, 1946, LXI, 683), por tratarse de asuntos de fondo que van a discutirse en juicio cuya finalidad propia no es para ello. En la demanda de oposición podrá plantear el actor la prevalencia de los títulos, la usucapión, etc. (V. cas. mayo 25, 1937, XLV, 124; noviembre 30, 1946, LXI, 683). El demandado lo podrá contrademandando o excepcionando.

2ª.—En el caso presente la acusación es de incongruencia, por no haber resuelto el fallo sobre la usucapión alegada por Solís López.

De acuerdo con la doctrina expuesta, podía proponerla. Para el Tribunal, no, puesto que afirma:

"El hecho, sí, de que el demandante Ocaziones hubiera venido en posesión de la zona que aquí se discute, como se ha afirmado en el juicio por el demandante y tácitamente se ha aceptado por el demandado y como se desprende de la diligencia de inspección ocular practicada y de la circunstancia de haberles hecho el Juez a los demandados entrega de la zona disputada en el acto del deslinde, fuerza a no dudarlo la decisión adoptada por el Tribunal, pues si bien es cierto que no se trata aquí de cuestiones relacionadas con la posesión o el dominio y el presente juicio de deslinde es atributivo y no declarativo de la propiedad, como en muchas ocasiones lo ha dicho la H. Corte Suprema de Justicia, la posesión es sin duda un elemento que el juzgador puede utilizar también para el estudio que le permita fijar la línea divisoria de los predios en discusión".

De lo cual se sigue.

a) Que para el sentenciador las cuestiones sobre la propiedad no pueden controvertirse en el juicio de oposición al deslinde, y la posesión es simplemente un elemento que el Juez puede utilizar en el estudio y definición de la línea divisoria:

b) Que, en este sentido, la posesión favorece al titular de "La Estrella", por afirmarlo así éste mismo y consentirlo tácitamente el demandado, y desprenderse de la diligencia de apeo, la inspección ocular y la circunstancia de haberle entregado el Juez a Solís López la zona disputada, en el acto de deslinde; y

c) Que, como consecuencia de la tesis de no ser admisible en este juicio el debate sobre la propiedad, el sentenciador no mencionó siquiera la prescripción alegada por el reo.

Por tanto, el cargo de inconsonancia en principio es fundado, y sería suficiente para casar la sentencia si no fuera **que no existe en el juicio** la prueba de la posesión que la excepción propuesta demanda, de modo que la infirmación a nada llevaría, y es norma de la Corte abstenerse de pronunciar casaciones teóricas, siempre que la doctrina quede claramente definida.

Es evidente que no existe en los autos la prue-

ba requerida para usucapir. Los testigos de la diligencia de apeo (f. 72 C. 2º) declaran sobre los linderos y los puntos arcifinios referentes a ellos. Los de la inspección ocular (f. 10 y ss. C. 5º) hablan de haber poseído la zona los antecesores del demandado y poseerla éste actualmente.

Afirmar que se posee un bien, nada significa en orden a probar la posesión, que es ejecución de actos materiales de goce y de transformación, según el artículo 981 del C. C.; ni en orden a demostrar la usucapión, ya que la posesión ha de cubrir un espacio de tiempo determinado, del cual los testigos ninguna mención hacen. Por lo cual el proceso está muy lejos de ofrecer la prueba de este modo de adquirir, y de aquí que la casación a nada práctico podría conducir.

En consecuencia, no prospera el último cargo.

Resolución

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha siete (7) de septiembre de mil novecientos cincuenta y tres (1953), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en el juicio ordinario de Daniel Ocaziones contra Juan Francisco Solís López.

Sin costas.

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

Manuel Barrera Parra — José J. Gómez R. — Agustín Gómez Prada — Ignacio Gómez Posse. José Hernández Arbeláez — Luis Felipe Latorre U. — Julio Pardo Dávila — José Joaquín Rodríguez. — Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

SE ACLARA LA PARTE RESOLUTIVA DE LA SENTENCIA ANTERIOR

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena de Casación Civil.—Bogotá, junio catorce de mil novecientos cincuenta y seis.

Es el caso de aclarar la sentencia dictada por la Sala Plena de Casación Civil en el juicio ordinario de Daniel Ocaziones contra Juan Francisco Solís López, fechada el 24 de mayo de 1956, en el sentido de que el fallo recurrido y no casado lleva fecha veinte (20) de abril de mil novecientos cincuenta y cinco (1955) y no siete (7) de septiembre de mil novecientos cincuenta y tres (1953) como equivocadamente se dijo en dicha sentencia, sin que haya la menor duda acerca del fallo que fue objeto del recurso.

Se hace esta aclaración, de oficio, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 482 del C. J.

Notifíquese, cópiese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Manuel Barrera Parra — José J. Gómez R. — Agustín Gómez Prada — Ignacio Gómez Posse. José Hernández Arbeláez — Luis Felipe Latorre U. — Julio Pardo Dávila — José Joaquín Rodríguez. — Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

EL ADULTERIO DECLARADO EN SENTENCIA DE DIVORCIO QUOAD THORUM ET COHABITATIONEM, COMO CAUSAL DE INDIGNIDAD PARA RECIBIR ASIGNACION ABINTESTATO EN LA SUCECION DEL CONYUGE INOCENTE—ADUCCION DIRECTA DE LOS DOCUMENTOS PUBLICOS O AUTENTICOS, INCLUSO LOS PRODUCIDOS EN PAIS EXTRANJERO. — LA COSA JUZGADA COMPRENDE LA PARTE MOTIVA DEL FALLO.—UNA SENTENCIA DE DIVORCIO ECLESIASTICO NO REQUIERE EXEQUATUR, CUALQUIERA QUE SEA EL LUGAR DONDE SE PRONUNCIE

1 — Pueden presentarse de manera directa, en el término de pruebas, los documentos públicos o auténticos. Se reitera la doctrina de casación de junio 24 de 1954 (LXXVIII. 855). Esta regla es también aplicable a los producidos en país extranjero, siempre que vengan autenticados. (a. 1º Ley 39. 1933).

2 — a) El adulterio de cualquiera de los cónyuges, declarado por sentencia ejecutoriada en juicio de divorcio QUOAD THORUM ET COHABITATIONEM, es atentado grave contra el honor del cónyuge inocente, según el ordinal 2º del artículo 1025 del C. C., y es por tanto, causal de indignidad en el cónyuge culpable para recibir la herencia abintestado de aquél.

b) No hay razón plausible para sostener que el adulterio de la mujer es atentado grave contra el honor del marido, pero no el adulterio de éste contra el honor de la mujer. La obligación de guardarse fe (a. 176 C. C.) pesa por igual sobre ambos; el matrimonio es contrato bilateral, con una cabal, profunda y estricta equivalencia y conmutabilidad; la indivisibilidad del enlace impide que uno de los cónyuges adquiera o contraiga más derechos u obligaciones sustanciales que el otro; el hecho de haber desaparecido el delito de adulterio (el de la cónyuge), no significa que haya desaparecido el adulterio como atentado contra el honor de los cónyuges, sino que la ley los ha igualado en cuanto al cumplimiento y a la infracción del mismo deber.

c) La sentencia ejecutoriada que requiere el ordinal 2º del artículo 1025 del C. C., es, por lo general, de carácter penal; pero, constituyendo el adulterio probado en juicio de divorcio, atentado grave contra el honor del consorte inocente, basta el fallo de divorcio, ya que hoy no es punible el de ninguno de los cónyuges.

3 — Una sentencia de divorcio QUOAD THORUM ET COHABITATIONEM pronunciada por los Tribunales de la Iglesia Católica, en cualquier lugar de la tierra, no requiere exequatur para surtir sus efectos en Colombia, en razón de la competencia exclusiva ya dicha y ser la Iglesia sociedad universal.

4 — Una sentencia de separación de cuerpos, proferida por autoridades civiles extranjeras, en tratándose de matrimonio celebrado conforme al rito católico, no produce efectos en Colombia, dado que de conformidad con el artículo 19 del Concordato, las causas de separación quoad thorum, mensan et habitationem, de matrimonios católicos, han sido deferidas a la autoridad eclesiástica.

5 — a) La cosa juzgada cobija la motivación del fallo, cuando está íntimamente ligada a la parte resolutiva y es "como el alma y nervio de la sentencia", pues una y otra parte constituyen en tal caso un todo indivisible;

b) Se entiende por motivos del fallo las razones de hecho y de derecho sobre las cuales el Juez ha fundado su decisión;

c) En consecuencia, la parte resolutiva puede no estar sólo, para los efectos de la cosa juzgada, en el pasaje final del fallo, sino también en aquel o aquellos que contengan el objeto de la decisión judicial, cualquiera que sea la forma que asuman y el lugar que ocupen.

6 — a) El juicio del juzgador sobre la prueba de los hechos que han sido la base de la decisión, demuestra esos mismos hechos en un nuevo litigio, entre las mismas partes y auncuando se trate de obtener el reconocimiento o declaración de un efecto,

consecuencia o resultado distinto del que se persiguió en la primera litis, como lo destacan las casaciones de 31 de octubre de 1936 (XLIV. 461) y 27 de octubre de 1938 (XLVII. 330).

b) Se predica lo anterior de los hechos fundamentales, a cuya verdad en el proceso obedece de manera necesaria la decisión, porque la cosa juzgada sustancial reposa en lo que se resuelve, y sólo de manera indirecta sobre las motivaciones del fallo. La sentencia se aduce en un nuevo proceso, no como prueba documental de unos hechos, sino como prueba de haberse dictado una sentencia que contiene el juicio del juez sobre las pruebas aducidas para acreditarlos. Por esto, el punto de si lo probado una vez, queda probado por todas, entre unas mismas personas, no es en rigor asunto de prueba documental de los hechos, sino de cosa juzgada en relación con un fallo que da fe a esa prueba y que el pode rjurisdiccional calificó con audiencia de las partes que dispusieron de la oportunidad y los medios para probar y contraprobar.

c) Al admitirse los efectos indictos de la cosa juzgada, en lo que respecta a la motivación de los fallos, y concretamente a la prueba de los hechos, una nueva derivación de la cosa juzgada se cumple, ya que la importancia de cobijar con ella el juicio del juez sobre la prueba no resulta de que el fallo pueda aducirse con eficacia solamente en un nuevo juicio idéntico, sino también en otro, entre las mismas partes, y en el cual se trate de lograr el reconocimiento de una consecuencia distinta. Así ocurre, por ejemplo, en la citada sentencia de 27 de octubre de 1938 (XLVII. 330), no obstante la diversidad de acciones, de división de una comunidad, la una, y de oposición a la ejecución de la sentencia de división, la otra.

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

(Magistrado ponente: Dr. José J. Gómez R.)

Se decide sobre la casación interpuesta contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, fechada el 20 de agosto de 1954 y proferida en el juicio seguido por Gustavo Gómez a Helena Gutiérrez Montejo de Torres.

CAPITULO I

Los Antecedentes

1 — A Helena Gutiérrez Montejo de Torres le fue adjudicada la herencia de su hermana María Rafaela Gutiérrez de Gutiérrez, según consta en el juicio de sucesión protocolizado mediante escritura número 4262, de 25 de octubre de 1943, de la Notaría 4ª del Circuito de Bogotá. María Rafaela Gutiérrez de Gutiérrez, se hallaba casada con José Gutiérrez Céspedes; no dejó descendientes ni ascendientes, y el viudo no compareció en el juicio mortuorio, no obstante haber sabido la muerte de su esposa puesto que ocurrida ésta el 26 de abril de 1942, celebró nuevo matrimonio el 3 de junio del mismo año.

2 — Transcurridos varios años desde la protocolización del expediente el cónyuge sobreviviente vendió a Gustavo Gómez el 24 de junio de 1948, los derechos que pudieran corresponderle con motivo de la muerte de su esposa. La venta consta en instrumento público Nº 1476, otorgado en la Notaría 5ª del mismo Circuito; y por medio de la escritura Nº 5235, de 22 de agosto de 1950, de la misma Notaría, Gómez vendió los mismos derechos a Isaac Devis Echandía, Alfonso Devis Echandía y Dr. Hernando Devis Echandía.

3 — Antes de esta última venta, el 20 de agosto de 1948, el cesionario Gómez presentó demanda en el Juzgado 2º del Circuito de Bogotá, contra Helena Gutiérrez Montejo de Torres —que luego hizo extensiva, al corregirla, a Natalia Latorre de Gutiérrez— para que se le reconociera su calidad de cesionario del viudo y se declarase que éste era, como tal, heredero abintestato de María Rafaela Gutiérrez de Gutiérrez, con derecho a la totalidad de la herencia, dado que la adjudicataria era indigna de suceder a su hermana, o en subsidio, con derecho a la mitad de los bienes, concurriendo con ella.

4 — El juicio se trabó ante el silencio de la parte demandada, habiendo sido resuelto en primera instancia, por medio de sentencia de 8 de octubre de 1952, la cual, apelada por ambas partes, fue reformada por el Tribunal, así:

"Refórmase la sentencia de ocho de octubre de mil novecientos cincuenta y dos proferida por el Juez Segundo Civil de este Circuito, en los siguientes términos:

"1º — Declárase no probada la excepción perentoria de indignidad propuesta en esta segunda instancia por la parte demandada contra el señor José Gutiérrez Céspedes para heredar a su

legítima esposa María Rafaela Gutiérrez de Gutiérrez;

"2º — Declárase no probada la causal de indignidad de la señora Helena Gutiérrez de Torres para heredar a su hermana legítima María Rafaela Gutiérrez de Gutiérrez;

"3º — Como consecuencia de la primera declaración, reconócese a José Gutiérrez Céspedes en su condición de cónyuge sobreviviente, su calidad de heredero abintestado de María Rafaela Gutiérrez de Gutiérrez;

"4º — Reconócese como cesionarios de los derechos herenciales de José Gutiérrez Céspedes en la sucesión intestada de María Rafaela Gutiérrez de Gutiérrez a los señores Hernando Devis Echandía y Alfonso Devis Echandía en la proporción indicada en la escritura Nº 1.262 de 2 de marzo de 1953 de la Notaría Segunda de este Circuito y conforme a las escrituras públicas Nº 1476 de 24 de junio de 1948 de la Notaría Segunda de Bogotá y por la cual José Gutiérrez Céspedes transfirió a título de venta a Gustavo Gómez los expresados derechos herenciales y la Nº 5235 de 22 de agosto de 1950 por la cual Gustavo Gómez vendió estos mismos derechos herenciales a Isaac, Alfonso y Hernando Devis Echandía.

"5º — Hernando y Alfonso Devis Echandía en su calidad de cesionarios de José Gutiérrez tienen derecho a que se les adjudique la mitad líquida de la herencia de María Rafaela Gutiérrez de Gutiérrez en concurrencia con Helena Gutiérrez de Torres, en la otra mitad, sobre los siguientes bienes:

"Una casa alta y baja con sus almacenes, tiendas y accesorios distinguidos con los Nos. 14-28, 14-32, 14-36, 14-40, 14-42, 14-46 y 14-50 de la carrera 13 de esta ciudad y 12-59 de la calle 15, alinderado así: 'Por el norte, en parte con la sucesión de Octavio Sayer, en parte con la calle 15 en donde hay una puerta de entrada señalada con el número 12-59, y en parte con propiedad que fue de Carlos E. Putman; por el oriente, en parte con propiedad que fue de Carlos E. Putman; por el occidente, con Octavio Sayer; y por el sur, en parte con solar de la casa de Samuel Sayer y con casa que hoy es de Antonio Vargas Vila';

"Dos casas, una alta y otra baja que forman un solo cuerpo de edificio situadas en esta ciudad, en la calle 17 distinguidas con los números 8-57 y 8-59 y cuyos linderos generales son: "Por el sur, con casa de la señora Ana Zaldúa v. de Marroquín; por el oriente, con casa de la viuda e hijos de Guillermo Martínez M., con casa de León Maldonado Calvo y casa de Julio Manrique; por el norte, con la calle 17; y por el occidente, con casa de Emiliano Gutiérrez.

"Un derecho proindiviso equivalente a la cantidad de $ 33.082.29 y setenta y cinco centésimos de centavo, en el dominio y posesión de un local para almacén; con estantería, mostrador y demás accesorios, situado en el Barrio de la Catedral de esta ciudad, en la carrera 7ª sobre un avalúo de $ 45.000.00, distinguido con el Nº 12-98 de la carrera 7ª, antes 510, y cuyos linderos generales son: "Por el oriente, con casa de la señora Sofía Valenzuela de Child; por el sur, con tienda que fue del señor Tadeo Briceño; por el occidente, con la carrera 7ª, de por medio con almacén que fue del señor Fernando Barrera; y por el norte, calle 13 por medio, con casa de los señores Alvarez";

"Una casa situada en el Barrio de Chapinero de esta ciudad, en la fracción del Barrio del Mercado, en la calle 60 marcada antes con el número 53, hoy con el número 14-21 y cuyos linderos son: "Por el norte, con la antigua calle Santander, hoy calle 60; por el oriente, con el lote número 6 de la manzana C. que perteneció a Luis C. Guerrero; por el sur, con lote Nº 10 de la manzana C., que perteneció al señor Antonio Ramírez; y por el occidente, con el lote Nº 8 de la manzana C., que perteneció a los sucesores de Antonio Izquierdo.

"6º — Los señores Hernando y Alfonso Devis Echandía en su calidad de cesionarios de José Gutiérrez Céspedes, tienen derecho a que se les restituya por la demandada, con sus accesorios y frutos, la mitad de la herencia dejada por María Rafaela Gutiérrez de Gutiérrez;

"7º — Declárase que la partición y adjudicación verificadas en el juicio de sucesión de María Rafaela Gutiérrez de Gutiérrez, adelantada en el Juzgado Primero Cívil de este Circuito y protocolizada por escritura Nº 4262 de 25 de octubre de 1943 de la Notaría 4ª de Bogotá, no transmitieron el dominio que fueron objeto de ellas a la adjudicataria demandada Helena Gutiérrez de Torres, en cuanto a la mitad indivisa de tales bienes que corresponde a los cesionarios Hernando y Alfonso Devis Echandía.

"8º — Condénase a la demandada Helena Gutiérrez de Torres, a restituír o pagar a los cesionarios Hernando y Alfonso Devis Echandía los frutos percibidos de los bienes de la sucesión, o los que hubieren podido percibirse con mediana inteligencia y actividad si el demandante hubiera tenido en su poder los bienes de la sucesión de María Rafaela Gutiérrez de Gutiérrez, compu-

tados desde la delación de la herencia hasta la ejecutoria de esta sentencia, de acuerdo con la súplica décima subsidiaria, y hasta concurrencia de sus derechos o sea del cincuenta por ciento de dichos frutos.

"Parágrafo: — La regulación de los frutos o de su valor a cuyo pago se condena a la demandada, se hará mediante el procedimiento establecido en el artículo 553 del C. J., siendo entendido, que la demandada tendrá derecho a que se le abone la mitad de los gastos ordinarios que haya invertido en producirlos y de las expensas necesarias realizadas para la conservación de los bienes, en cuanto demuestren haberlos efectuado. En la misma forma se determinarán las bajas de la herencia de que trata el artículo 1016 del C. C., la mitad de cuyo valor deberá abonársele a la demandada, en cuanto pruebe haber sufragado tales gastos;

"9º — Se decreta una nueva partición de los bienes de la sucesión de María Rafaela Gutiérrez de Gutiérrez, teniendo en cuenta los derechos de los cesionarios Hernando y Alfonso Devis Echandía, al tenor de las declaraciones anteriores de este fallo;

"10º — Para la partición de que trata la declaración anterior se tendrá en cuenta el valor de los bienes dado en la respectiva diligencia de inventario y avalúo en el sucesorio de doña Rafaela Gutiérrez de Gutiérrez;

"11º — Decrétese la cancelación del registro de la partición y de la hijuela hechas en el juicio de sucesión de María Rafaela Gutiérrez de Gutiérrez seguido en el Juzgado Primero Civil de este Circuito y protocolizado por escritura Nº 4262 de 25 de octubre de 1943, de la Notaría Cuarta del Circuito de Bogotá;

"12º — Declárase que la venta hecha por la demandada Helena Gutiérrez de Torres a la señora Natalia Latorre de Gutiérrez del inmueble Nos. 8-57 y 8-59 de la calle 17 cuyos linderos se determinan en el ordinal b) de la declaración quinta de este fallo, no le transmitió a la señora Natalia Latorre de Gutiérrez el dominio de la mitad indivisa de tal inmueble, que corresponde a los cesionarios, si tal mitad no cupiere en la cuota herencial de la otra asignataria Helena Gutiérrez de Torres.

"13º — Condénase a la demandada Helena Gutiérrez de Torres a restituír a los cesionarios Hernando y Alfonso Devis Echandía la mitad del precio de la cosa vendida por dicha demandada a la señora Isabel Llano de Galvis mediante escritura pública Nº 2974 de 28 de octubre de 1942 de la Notaría 3ª de Bogotá, restitución que debe efectuar la demandada dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, junto con los intereses legales de dicha suma, desde la fecha de la venta hasta la ejecutoria de esta sentencia.

"14º — No se hace condenación en costas".

5 — La parte actora y la demandada Helena Gutiérrez de Torres recurrieron en casación; admitido el recurso, fundado y replicado en oportunidad, corresponde resolver sobre él.

Por razones de lógica, la Corte se refiere primeramente al recurso de la parte demandada.

CAPITULO II

Demanda de la parte demandada

Diez cargos formula la parte demandada, de los cuales los dos primeros dan lugar a la infirmación del fallo.

Primer cargo

1 — La causal de indignidad del cónyuge supérstite, propuesta por la parte demandada, es la estatuída en el ordinal 2º del artículo 1025 del C. C. Para demostrarla acudió a las sentencias de **separación de cuerpos** y de separación **quoad thorum, mensan et habitationem,** pronunciadas respectivamente, por el Tribunal Civil de Primera Instancia del Departamento del Sena y el Juez Sinodal de la Arquidiócesis de París.

La primera fue aducida directamente en el término probatorio de la segunda instancia, y la segunda, protocolizada en la Notaría 2ª de Bogotá, mediante escrituras Nos.. 1164 de 12 de septiembre de 1929 y 397 de 10 de abril de 1930, fue llevada en copia que de estos instrumentos solicitó el sentenciador a petición de la parte demandada.

El fallo dice al respecto:

"Ahora bien:

"Todos los documentos públicos, excepto escrituras, deben presentarse al juicio, cuando no se acompañan con la demanda, su contestación o excepciones dilatorias, mediante copias pedidas en tiempo y decretadas por despacho comisorio (art. 636 del C. J.). Y las copias de las sentencias pronunciadas por los Tribunales franceses —civil y eclesiástico— fueron traídas por la parte demandada en esta segunda instancia, y su admisión como pruebas fue rechazada en forma expresa por el actor". (fl. 137 C. Nº 13).

3 — El recurrente acusa el fallo por razón del concepto expresado, según el cual no son admisibles como pruebas los documentos públicos que no habiendo sido aducidos con la demanda o su contestación o con los memoriales de excepciones, no los pide el Juez al funcionario correspondiente, para que, a costa del interesado, expida u ordene expedir copia del instrumento, y lo remita por conducto del Registrador, si fuere el caso, con la infracción, por indebida aplicación o errónea interpretación, del artículo 636 del C. J., que sólo se refiere a los documentos otorgados en Colombia; del artículo 657 ib., que consagra una presunción de conformarse los documentos otorgados en país extranjero, a las leyes de éste, por no haberlo aplicado, y del artículo 327 ib., por haber negado a las dichas sentencias el valor probatorio que tienen, a pesar del auto ejecutoriado que manda tenerlas como prueba.

4 — El demandante sostiene en la respuesta dada al libelo del recurso, que el artículo 636 del C. J., al exigir que de los documentos públicos debe solicitarse copia, por medio del juez, al respectivo funcionario, no tiene otra excepción que la escritura pública, cuya aducción puede ser directa en el término de pruebas, y para apoyar su tesis cita la sentencia de la Sala de Unica Instancia de 25 de julio de 1939 (XLVIII. 354) y las casaciones de 7 de julio de 1943 (LV. 571), 24 de julio de 1950 (LXVII. 451) y de 5 de septiembre de 1953 (LXXVI 272).

Se considera:

El cargo impone resolver estos puntos:

I — Los documentos públicos o auténticos, distintos de las escrituras públicas, pueden ser presentados en el término de pruebas, en forma directa?

II — En caso de ser admisibles los documentos públicos presentados directamente en tal oportunidad, se exceptúan de esta regla los otorgados en país extranjero?

I

5 — El punto relacionado con la presentación directa en juicio de los documentos públicos o auténticos, fuera de las oportunidades determinadas en el artículo 636 del C. J., ha sufrido en la jurisprudencia nacional una trayectoria que comprende desde la negación rotunda hasta la aceptación absoluta, de la facultad de presentar directamente cualesquiera documentos públicos. Ese proceso fue registrado en fallo de casación de 24 de junio de 1954 (LXXVII, 855 y ss.). A las sentencias citadas por el opositor al recurso de la parte demandada, en las cuales se consagra la primera tesis, pueden agregarse las siguientes que este último fallo menciona: fallo de la Sala Civil de Unica Instancia, de 20 de octubre de 1937 (XLV. 948); auto de la Sala de Negocios Generales, de 21 de marzo de 1938 (XLVI, 354); de la misma Sala, fallo de 3 de junio de 1939 (XLVIII, 523); fallo de la Sala de Negocios Generales, de 26 de julio de 1945 (LIX. 1082) y casación de 31 de octubre de 1950 (LXIX. 230).

Mas, la doctrina que estas sentencias traen fue revaluada por la Corte en providencia de la Sala de Negocios Generales, de 17 de abril de 1953 (LXXIV. 795) y en la citada casación de 24 de junio de 1954 (LXXVII. 855) Según estas decisiones, los documentos públicos o auténticos de todas clases, pueden ser presentados de manera directa, en el término probatorio, debiendo ser estimados como pruebas, pues por ser públicos no han de ser menos que los privados, los cuales se tienen por reconocidos si la parte contra quien se presentan no formula contra ellos tacha de falsedad. En estas sentencias se exponen las razones que la Corporación tuvo —y que subsisten— para consagrar dicha doctrina.

Se infiere de lo expuesto que la protesta de la contraparte, de haber sido aducidos los documentos públicos o auténticos irregularmente, esto es, en forma directa, en el tiempo para probar, es intrascendente en lo que respecta a la admisión de la prueba. Otra cosa será su apreciación y valoración legal en la sentencia.

II

6 — Se debe saber ahora si la doctrina expresada sobre presentación directa de los documentos públicos o auténticos, entre los cuales figuran las sentencias y las actuaciones judiciales en general, según lo tiene declarado la Corte (casación de 5 de septiembre de 1953. LXXVI. 272), es aplicable a los producidos fuera de Colombia, o si su ingreso al juicio se rige por normas especiales.

De conformidad con el artículo 657 del C. J. (art. 1º Ley 39 de 1933), los instrumentos públicos y los documentos privados extendidos en país extranjero y de que se quiera hacer uso en Colombia, deben estar autenticados por el respectivo agente consular o diplomático de la República o en su defecto, por el de una nación amiga, y así

autenticados se presume que se conforman con la ley del lugar de su otorgamiento. Por tanto, se pueden presentar con la demanda, la contestación de la demanda o los memoriales de excepciones —pues todo ello es usarlos— según la previsión general del artículo 636 del Código Judicial, o directamente, según la doctrina jurisprudencial expuesta.

No habría razón para registrar normas disparas en donde hay igualdad de hechos. El documento público, cualquiera que sea el lugar de su origen, encierra en sí una presunción de autenticidad; pero, si es otorgado fuera del país, para que tal presunción opere en Colombia, es menester que sea autenticado por un funcionario diplomático o consular del país, o por el de una nación amiga.

Cumplida esta formalidad, uno y otro se colocan en un mismo plano, en lo que respecta al uso general que de él pueden hacer los interesados, uso en el cual no podría hacerse distingo en lo que atañe a su aducción directa en juicio, como no puede hacerse tampoco en lo atinente al derecho de contraprobar o de redargüirlo de falso, que asiste a la parte contra quien se presenta. En providencia de 26 de agosto de 1940 (L. 214), dijo la Sala de Negocios Generales que "de acuerdo con el artículo 657, modificado por el 1º de la ley 39 de 1933, la autentificación es requisito indispensable cuando se quiere hacer uso ante los tribunales colombianos de instrumentos públicos o documentos privados extendidos en el extranjero. Si tal requisito deja de cumplirse, el respectivo documento carecería en juicio de fuerza probatoria".

7 — Lo cual no significa que la parte interesada en esta especie de pruebas, no pueda demandar del Juez, si lo prefiere, que solicite las copias de los documentos públicos a las autoridades extranjeras, de acuerdo con las normas que rigen las relaciones de los Estados y en aplicación del ordenamiento general del artículo 636, que, si bien se refiere especialmente a los documentos auténticos producidos en el país, no habría razón bastante para no aplicarlo a los otorgados en otro, cuando la parte quiera acogerse a él, porque carezca de las copias auténticas, o los respectivos funcionarios o entidades no las expidan a su solicitud particular, o por otra causa.

8 — Aplicando lo expuesto al caso de autos, resulta:

1º — La aducción directa efectuada por la demandada Helena Gutiérrez Montejo de Torres, durante el término de pruebas del segundo grado del juicio, de los documentos originados en los juicios seguidos ante las autoridades civiles francesas y que figuran en el cuaderno 13º, se ajustó a las disposiciones legales sobre producción de las pruebas. De la misma manera, los documentos originados en el proceso canónico, tramitado ante el Tribunal eclesiástico de París, ingresaron legalmente al juicio, de conformidad con los artículos 636 y 657 del C. J.

2º — De consiguiente, al desestimar el sentenciador las copias expresadas, por ese solo hecho y por la manifestación de la parte actora, opuesta a la admisión de algunas de ellas,quebrantó, por indebida aplicación, el artículo 636 del Código Judicial, ya que este precepto, en armonía con otras disposiciones del mismo Código, no excluye la forma de ingreso directo, como lo tiene aceptado la Corte; y por infracción directa, el artículo 657 ib., puesto que de tales documentos, una vez autenticados, pueden las partes hacer uso, sin excluír el que consiste en llevarlos en forma directa al proceso.

Es de advertir, para terminar lo referente a este cargo, y rectificar la afirmación de la sentencia, de haber sido presentados todos los documentos de manera directa, que el fallo eclesiástico, protocolizado en una Notaría de Bogotá, ingresó al proceso en las copias notariales pedidas por el sentenciador a solicitud de la parte demandada.

Pero, no basta esta acusación para infirmar el fallo, porque éste tiene otro apoyo: el de que las sentencias citadas no demuestran el estado de indignidad del consorte sobreviviente, por cuanto el fallo no prueba sino el hecho de haber sido proferido y la resolución o decisión, pero no los motivos de la misma providencia.

Segundo cargo

9 — Según el fallo, no está probada la indignidad del marido, por no haber sido acreditado el divorcio, ni el adulterio, ni ser el adulterio del consorte causal de indignidad, según el ordinal 2º del artículo 1025 del C. C.

10 — El recurrente sostiene que la indignidad del esposo de la causante está acreditada tal como lo exige ese precepto, por medio de la sentencia proferida por el Tribunal eclesiástico de la Arquidiócesis de París, de fecha 18 de julio de 1929, y de la sentencia de separación de cuerpos, del Tribunal de Primera Instancia del Departamento del Sena, de 22 de mayo de 1930.

Y acusa la sentencia:

I — De error manifiesto de hecho, por no ha-

ber visto que las sentencias aducidas son de divorcio; o de derecho, por indebida apreciación de los mismos fallos, por desconocerles tal sentido o carácter; y

II — De errores de hecho y de derecho en la apreciación de las mencionadas sentencias, en cuanto éstas demuestran atentados graves contra la vida, el honor y los bienes de la cónyuge, errores en que incurrrió el Tribunal debido a la tesis de que "las sentencias proferidas por otros jueces sólo prueban el hecho de haberse dictado, y lo resolutivo de las mismas; pero no pueden admitirse como prueba de los hechos enunciados en la parte motiva de las mismas".

Con motivo de estos errores, y aún de manera directa, quebranta la sentencia los artículos 473 y 474 del C. J., sobre la cosa juzgada y sus efectos, y a causa de todo, el ordinal 2º del artículo 1525 del C. C.

I — Las sentencias aducidas

11 — Dice el fallo recurrido:

"No prospera la excepción de indignidad propuesta contra José Gutiérrez Céspedes porque, auncuando de las actuaciones judiciales surtidas ante los tribunales de París, pudiera deducirse que el nombrado Gutiérrez Céspedes se hizo responsable de hechos que autorizarían el divorcio, es lo cierto que éste no se tramitó ni existe, por lo tanto, **sentencia firme** de divorcio, sino una providencia de simple separación de cuerpos cuyos efectos jurídicos no son equiparables a los de éste, a pesar de tratarse de una separación de cuerpos, a términos de la sentencia relacionada en el numeral 2º de las pruebas de la demandada".

12 — Dan cuenta los autos de una sentencia de separación "quoad thorum, mensam et habitationem", pronunciada por el juez Sinodal de la Arquidiócesis de París, (f. 144 C. 13º); y de un fallo de separación de cuerpos, dictado por el Tribunal de Primera instancia del Departamento del Sena (f. 49 ib.).

La sentencia recurrida sostiene que auncuando pudiera deducirse de estos fallos que el marido se hizo responsable de hechos que causen el divorcio, "es lo cierto que **éste no se tramitó** ni existe, por lo tanto, **sentencia firme de divorcio,** sino una providencia de **simple separación de cuerpos,** cuyos efectos jurídicos no son equiparables a los de éste, a pesar de tratarse de una separación de cuerpos".

13 — En presencia de la sentencia eclesiástica, especialmente, implica manifiesto error de hecho, afirmar que no se tramitó un juicio de divorcio, ni existe por tanto, sentencia firme de divorcio:

a) Porque ese fallo es de divorcio **quoad thorum et cohabitationem,** con carácter perpetuo, por la causa, pero, imperfecto desde luego, porque no disuelve el vínculo, siendo el único divorcio que decreta la jurisdicción eclesiástica y el único que admite la ley colombiana;

b) Porque la sentencia misma habla del trámite a que fue sometida la demanda del representante legal de la cónyuge, para obtener la separación de cuerpos o divorcio;

c) Y porque la sentencia está ejecutoriada, además, según lo declaró el mismo Tribunal en providencia de 12 de noviembre de 1929, protocolizada mediante el instrumento Nº 397, de 10 de abril de 1930, de la Notaría Tercera del Circuito de Bogotá.

Al hallar el sentenciador una providencia de separación de cuerpos, con efectos que estima no equiparables a los de una decisión de divorcio, erró manifiestamente de hecho, porque los términos de la sentencia eclesiástica son los términos inequívocos y obvios necesarios para pronunciar una sentencia de divorcio no vincular, o una sentencia de separación de cuerpos, que da lo mismo. Sentencia de divorcio es la que decreta la separación de cuerpos, la que suspende la vida común de los casados, según los artículos 153 y siguientes del C. C., en tratándose del matrimonio civil; y sentencia de divorcio es también la que pronuncia la potestad eclesiástica, para los matrimonios católicos, de acuerdo con el artículo 17 del Concordato. Mas en uno y otro caso, como antes se expuso, se trata de divorcio que no disuelve el vínculo.

El hecho de que la sentencia del Tribunal eclesiástico no emplee la palabra **divorcio,** para basar en ello la afirmación de que no se probó una sentencia de divorcio, implica igualmente error de hecho, porque, no hay palabras sacramentales, y convertirlas en sacramentales para sujetar a ellas el acto, la figura o el fenómeno jurídico, es error de hecho, ya que así se deja ver lo que realmente hay en el fondo de la voluntad de los órganos jurisdiccionales o de los hombres. Porque, si es verdad que el fallo en referencia no usa tal vocablo, todas sus palabras, expresiones y razonamientos configuran material y objetivamente una sentencia de divorcio, de lecho, mesa y habitación, el único, se repite, que la Iglesia

pronuncia de acuerdo con su doctrina, el único que contempla la ley colombiana, según los artículos 152 y 153 del C. C. y el único que, considerado como atentado grave contra el honor de los cónyuges, funda, según se expone adelante, la causal de indignidad mencionada en el ordinal 2º del artículo 1025 del C. C.

Pero, tampoco es suficiente este error para la casación, porque queda pendiente la segunda parte del cargo, sobre el rechazo que sufrió la sentencia eclesiástica, a causa de la tesis del sentenciador sobre los efectos de la cosa juzgada.

14 — Es necesario advertir en este punto que el recurso, en cuanto ataca la desestimación de las dos sentencias de divorcio carece de materia en lo referente a la del Tribunal del Departamento del Sena, porque está desprovista del exequatur, y además, no puede producir efectos en Colombia, dado que de conformidad con el artículo 19 del Concordato, las causas de separación de cuerpos quoad thorum, mensam et habitationem, de matrimonios católicos, naturalmente, han sido deferidas a la autoridad eclesiástica, de tal forma que para que un fallo de divorcio de un matrimonio celebrado católicamente, produzca efectos en Colombia, ha de ser proferido por la autoridad eclesiástica, según aquel texto concordatario, y el artículo 19 del C. C., además, que somete a los colombianos fuera del país al estatuto personal. Por ello, en el estudio del presente cargo, la Corte se ha referido sólo a la sentencia de origen eclesiástico.

15 — Dice el fallo:

"Es verdad que en las copias de las sentencias traídas a esta segunda instancia, se halla en sus motivaciones de que el adulterio de don José Gutiérrez Céspedes se halla probado, pero no se trajo copia de las pruebas en que se basa esa conclusión. Sabido es que las sentencias proferidas por otros jueces sólo prueban el hecho de haberse dictado, y lo resolutivo de las mismas; pero no pueden admitirse como prueba de los hechos enunciados en la parte motiva de las mismas. De lo contrario se privaría al Juez de la causa de la soberanía que tiene para apreciar esos elementos de prueba. De manera que esas sentencias no prueban el adulterio del marido, el que por otra parte, como atrás se vio, no es suficiente causal para declararlo indigno, según la apreciación de Fernando Vélez".

Según este concepto, la sentencia aducida no prueba el adulterio y desde luego ninguno de los hechos que tal fallo da por acreditados, pues no demuestra sino el hecho de haber sido proferida "y lo resolutivo de la misma".

16 — A este respecto dice la parte demandada recurrente:

"Por qué el sentenciador desconoció esta causal de indignidad? Porque para él una sentencia no prueba sino lo dicho en la parte resolutiva.

"Esa apreciación es errónea en derecho y viola de manera directa los artículos 473 y 474 del Código Judicial que establecen el principio de que la sentencia firme dada en materia contenciosa tiene la fuerza de cosa juzgada.

"Esos textos legales que acabo de citar sólo exigen para que un fallo cause estado que se trate de hacerlo valer entre las mismas partes, sobre el mismo objeto y por la misma causa.

"Se dictaron en Francia aquellas sentencias en litigio promovido por la representante de Rafaela Gutiérrez de Gutiérrez contra su marido. En este pleito litigan las mismas personas, puesto que la indignidad se alega por la señora Helena Gutiérrez de Torres en la misma calidad en que está demandada o sea como heredera de Rafaela Gutiérrez.

"La causa y el objeto son los mismos, porque allá se trataba de demostrar que José Gutiérrez debía ser separado de su mujer o divorciado de ella por su conducta abominable, esa conducta es la misma en que se está apoyando la excepción de indignidad.

"Los hechos que se adujeron entonces y se tuvieron por probados son inmodificables; tienen el sello de la verdad; no pueden volverse a controvertir entre las mismas partes y forman con el derecho emanado de ellos, o sea la parte resolutiva del fallo, un todo indisoluble; la vida de la parte resolutiva la recibe de la parte motiva; ésta es como la savia de la parte dispositiva; el alcance, los contornos, la configuración y trascendencia de la parte resolutiva de un fallo no pueden apreciarse sino leyendo la parte motiva, que es como la premisa del fallo o por hablar en términos escolásticos, la sentencia es la conclusión; en la parte motiva están la mayor, la menor y, lo que es más importante, la consecuencia, que es cosa sustancialmente distinta de la conclusión. Por eso la cosa juzgada debe apreciarse a través de los extremos superpuestos contemplados en los artículos 473 y 474 del Código Judicial, y como la identidad de causa o de asunto no puede establecerse sino leyendo la totalidad del fallo, quebrantó directamente el sentenciador de este pleito los mencionados artículos al sostener la inverosímil tesis de que las sentencias sólo prueban lo que se dice en la parte resolutiva. No sólo prue-

ba lo que dice en la decisión ni ésta sola es la que obliga a las partes. La obligatoriedad del fallo la enseña el antiquísimo adagio que se expresa así:

"**Tantum iudicatum quantum disputatum vel quantum disputari debat.**

"No podría saberse qué se discutió en el pleito si no se considerara la parte motiva y no se relacionara con la dispositiva.

"Con la peregrina tesis contraria no podría entablarse un recurso de casación, porque a los abogados y a la Corte no les interesaría conocer los motivos del fallo acusado sino la parte resolutiva. Habráse visto!

"La violación de aquellos artículos del código judicial (473 y 474), la violación de los artículos 636 y 657 del mismo código, por los conceptos que indiqué arriba cuando traté de la manera de administrar las pruebas consistentes en instrumentos públicos extranjeros, y los manifiestos errores de hecho así como los errores de derecho en la apreciación de las pruebas constitutivas de la injuria, agravio o atentado contra la vida, el honor y los bienes de la señora Rafaela Gutiérrez, por la conducta execrable de su marido, llevaron de la mano al sentenciador a violar el numeral segundo del artículo 1025 del Código Civil, puesto que a pesar de estar demostrados los presupuestos de ese texto legal, el sentenciador se negó a reconocer la indignidad configurada en ese texto.

"Sólo me resta, para cerrar este capítulo recordar lo que la Suprema Corte de Justicia dijo en sentencia de 27 de octubre de 1936 publicada en el tomo 41 página 216 de la Gaceta Judicial, tratando de la cosa juzgada, o sea que:

"'Por el aspecto del objeto, consistente en la relación jurídica sobre la cual versa la decisión judicial, el criterio para identificarlo es éste: cuando el derecho ha sido confirmado o negado en un pleito, la identidad de objeto se evidencia si en el nuevo proceso se controvierte el mismo derecho, aun cuando ello se haga para lograr el reconocimiento de una consecuencia que no fue discutida en el primer juicio'.

"Este modo de apreciar uno de los aspectos de la cosa juzgada fue reproducido en el tomo 47 de la jurisprudencia de la Corte, número 1942 octubre 27 to. XLVII. 330, y nos sirve para evitar que alguien piense que una cosa es discutir sobre causales de indignidad. No hay tal; los hechos jurígenos no pueden volverse a controvertir y de ellos surgirán todas las emanaciones jurídicas a que haya lugar".

17 — Se plantea el problema de los efectos de la cosa juzgada, en cuanto a la motivación de los fallos, problema que ha sido uno de los más debatidos en el Derecho Procesal y se relaciona íntimamente con la obligación de los jueces, de motivar sus decisiones, según lo prescribe no sólo la ley procesal (a. 471 C. J.), sino también la Carta fundamental (a. 163).

La sentencia pronunciada por el Tribunal eclesiástico decretó la separación o divorcio **quoad thorum, mensan et habitationem,** por causa de adulterio comprobado del marido, y admitió, además, estas circunstancias: la "antigua perseverante indiferencia (del marido) ante los deberes del hogar y las necesidades de su mujer"; "sus pasiones sus violencias y sus abandonos", por los cuales "ha hecho siempre dolorosa y aun peligrosa la vida común para su mujer", y "la incapacidad notoria del marido para administrar útilmente la fortuna de la mujer, que es manifiesta y ha quedado establecida".

Se inquiere si tal sentencia prueba el divorcio y si prueba el adulterio del marido.

18 — Dos cuestiones deben considerarse:

1ª — Comprende la autoridad de la cosa juzgada los motivos del fallo?

2ª — Los hechos que la sentencia estima probados, deben también estimarse así en otro proceso, entre las mismas partes?

1ª Cuestión

19 — La voluntad de la ley no se manifestaba entre los romanos, sino a través de la decisión, es decir, en la parte dispositiva de la sentencia, razón por la cual la cosa juzgada comprendía sólo esa parte y nada más.

La tesis contraria se impuso más tarde, dando la preeminencia, según palabras de Chiovenda, al "elemento lógico del proceso y al silogismo que es el esqueleto de la sentencia, más que a la afirmación de la voluntad que se deriva de la conclusión". Savigny fue en su tiempo quizá el más decidido partidario de esta tesis, seguida luego por la generalidad de los juristas.

Se observa ahora un empeño revaluador de esta tesis, pero sin resultados definitivos, como puede verse en el autor citado ("Principios de Derecho Procesal" t. 2º Parágrafo 78. p. 415. Trad. de José Casais y Santalo); en Calamandrei ("Estudios sobre el Proceso Civil". p. 588 y ss. Trad. de Santiago Mentís Melendo); en Ugo Rocco ("Derecho Procesal Civil". p. 362 y ss. Trad. de Felipe de J. Tena). Niegan que la cosa juzgada

se proyecte sobre los elementos del fallo, Jaime Goldschmidt ("Derecho Procesal Civil". Parágrafo 63. p. 389. Trad. de Leonardo Prieto Castro); W. Kisch ("Elementos de Derecho Procesal Civil". Parágrafo 53. p. 260. Trad. L. Prieto C.), entre otros. Afirman lo contrario, Eduardo Pallares, en su "Diccionario de Derecho Procesal" (p. 123), y Ugo Rocco, quien hace una importante distinción entre las premisas lógicas y "las resoluciones integrantes" del fallo.

Dice:

"Los resultados a que hemos llegado en la resolución del problema de la esencia y fundamento jurídico de la cosa juzgada, constituyen el punto de partida para pasar a otras investigaciones, referentes a los límites, subjetivos y objetivos, de la autoridad de la cosa juzgada.

"Este problema, singularmente arduo y complejo, no ha tenido hasta hoy en la doctrina, soluciones de carácter general, que permitan reducir a un concepto único y fundamental la disciplina de las innumerables controversias que en la teoría y en la práctica del proceso civil, se agitan día a día.

"..... .....

"Vengamos ahora al problema de los límites objetivos de la cosa juzgada:

"Hemos visto que la cosa juzgada, precisamente por ser tal, no pudiendo juzgarse de nuevo, constituye un obstáculo y un límite frente a las decisiones posteriores de los órganos jurisdiccionales.

"Esta influencia puede llegar hasta el punto de excluír la posibilidad de un nuevo juicio, y, por ende, de una nueva sentencia, sobre el tema de la relación jurídica que ha sido ya declarada, y esto ocurre cuando el objeto de la sentencia dictada y el objeto de la acción ejercitada de nuevo, vienen a coincidir por completo.

"Pero puede también importar únicamente una limitación en la órbita de las posteriores decisiones pedidas a los órganos jurisdiccionales, y esto se verifica cuando el objeto de la sentencia pronunciada no coincide completamente con el objeto de la acción ejercitada de nuevo, sino que se verifica tan sólo una coincidencia parcial.

"En tal caso, todo lo que hay de común entre el objeto de la primera acción y el objeto de la segunda, y por lo tanto, entre el objeto de la sentencia dictada y el de la sentencia por dictar, escapa a una nueva decisión del juez ante quien se promovió la segunda acción.

"El problema de los límites objetivos se presenta singularmente interesante en relación con tres aspectos particulares:

"a) Relativamente a la cuestión de si se forma la cosa juzgada única y exclusivamente sobre la parte resolutiva de la sentencia, o también sobre la parte que constituye sus considerandos.

"Quien trató primero esta cuestión fue Savigny, el cual sostuvo que la cosa juzgada comprende también los motivos de la sentencia. La doctrina ha estado muy dividida en este particular, pero la opinión que por lo general ha prevalecido, es la de que la cosa juzgada se forma únicamente con respecto a la parte resolutiva, porque sólo en esta parte se da a conocer la decisión del juez.

"Sin embargo, tal solución ha sufrido ciertas restricciones, juzgándose por algunos que, puesto que los motivos constituyen la base de la sentencia y la razón justificativa de la decisión judicial, no es posible prescindir de ellos por completo.

"Nosotros opinamos que para resolver el problema es necesario precisar antes qué se entiende por motivos de la sentencia.

"Si por tales se entienden únicamente las premisas lógicas que por sí mismas no constituyen resoluciones autónomas de cuestiones de hecho o de derecho, resulta evidente que la cosa juzgada no puede extenderse a los motivos.

"Si, por el contrario, por motivos de la sentencia entendemos no sólo las premisas lógicas, sino también las resoluciones integrales de las cuestiones, aunque sólo tiendan a resolver la cuestión principal sobre la cual se polariza la actividad del juez, entonces la cosa juzgada puede comprender aún los llamados motivos.

"Creemos, pues, que no puede establecerse una regla absoluta que valga para todos los casos, sino que es menester observar cada uno para ver si la decisión contenida en la parte dispositiva puede, por la naturaleza de la relación o por otras razones, abarcar eventualmente hasta los considerandos" (ob. cit. p. 349 y 362).

20 — No ha sido extraña la jurisprudencia de la Corte a este problema:

A) Casación de 21 de marzo de 1916:

"La cosa juzgada se halla por lo general en la parte dispositiva de la sentencia; los motivos de ésta carecen de fuerza de fallo, son simples elementos de convicción del juez, que pudiendo ser erróneos en ocasiones, no afectan sin embargo la decisión misma. Pero cuando los motivos son, no ya simples móviles de la determinación del juez, sino que se ligan íntimamente al dispositivo, y

son como el alma y nervio de la sentencia, constituyen entonces un todo con la parte resolutiva, y participan de la fuerza que ésta tenga. Numerosos son los casos en que sin conexionar los motivos determinantes de un fallo con la parte resolutiva, ésta sería incomprensible e inejecutable". (XXV. 250).

Esta doctrina fue reproducida en fallo de casación de fecha 9 de julio de 1928 (XXXV. 550).

B) Casación de 31 de agosto de 1918:

"El fallo implícito de una cuestión dada que se ha formulado en una controversia judicial, sólo ocurre cuando la cuestión no resuelta de modo expreso se relaciona directamente con lo dispositivo expreso del fallo y con los motivos y razones consignados en los considerandos del mismo". (XVII. 62).

C) Casación de 31 de octubre de 1936:

"La fuerza de la cosa juzgada no dimana sino de la parte resolutiva de la sentencia, pero ello no significa que para analizar el alcance de aquélla haya de tenerse en cuenta solamente la forma de ésta. Se entiende por parte resolutiva de una sentencia, a este respecto, no el pasaje del fallo colocado en determinado lugar, sino lo que ha sido objeto de la decisión judicial, cualquiera que sea la forma que revista y el puesto que ocupe en la sentencia. De ahí que la fuerza de la cosa juzgada abarque lo mismo lo que ha sido fallado expresamente como lo que ha sido decidido implícitamente. Sólo que esta decisión implícita debe ser de tal naturaleza que ella necesariamente esté comprendida por lo que fue objeto de la resolución expresa". (XLIV. 461).

D) Casación de 27 de octubre de 1938:

"Si la excepción de cosa juzgada para que sea procedente sólo se relaciona con la parte resolutiva o dispositiva del fallo y no con la motiva, es, sin embargo, de tenerse en cuenta que el criterio formal o de estructuración de la sentencia sirve para determinar en estos casos qué corresponde a la parte motiva de ella y qué a la decisión. La decisión o resolución de una sentencia comprende, para los fines dichos, todo lo que ha sido materia de la decisión judicial definitiva y firme, sea cualquiera la forma que revista y el lugar que ocupe en la sentencia. Para los referidos efectos se denominan motivos de la sentencia las razones de hecho y de derecho sobre las cuales el Juez ha apoyado la solución del litigio y que sirven de medios de control de la decisión adoptada, sin que contengan esta decisión". (XLVII. 330).

21 — De estas doctrinas se sigue:

1º — Que cuando los motivos del fallo están íntimamente ligados a la parte resolutiva y son "como el alma y nervio de la sentencia", constituyen un todo con dicha parte y participan de la fuerza de ésta;

2º — Que se entiende por motivos, las razones de hecho y de derecho sobre las cuales el Juez ha apoyado la solución de la litis;

3º — Que, en consecuencia, la parte resolutiva puede no estar sólo, para los efectos de la cosa juzgada, en el pasaje final del fallo, sino también en aquel o aquellos que contengan el objeto de la decisión judicial, cualquiera que sea la forma que asuman y el lugar que ocupen; y

4º — Que la fuerza de una sentencia comprende no sólo aquello que se decide de manera expresa, sino también de modo implícito o virtual; así sea para lograr en la nueva litis el reconocimiento de una consecuencia no contemplada en de la acción.

Se inclina, por tanto, la jurisprudencia nacional a aceptar la tesis que pone bajo la autoridad de la cosa juzgada, los motivos o elementos de la sentencia, si bien la tesis así enunciada no puede tener un sentido absoluto.

2ª cuestión

Visto que, la motivación puede quedar protegida por la autoridad de la cosa juzgada, débese saber si comprende el juicio del Juez sobre la prueba, juicio que está forzado a formular puesto que debe motivar la decisión.

22 — Uno de los elementos más importantes de los que componen la sentencia, es la prueba, o mejor, el juicio del juez sobre la prueba de los hechos: v. gr. en una litis de reivindicación, la prueba de la propiedad del actor, de la posesión del demandado o de la identidad de la cosa; en un litigio sobre petición de herencia, la prueba del carácter de heredero del demandante; en un juicio de nulidad del matrimonio, la prueba del enlace o del hecho generador de la nulidad; en uno de divorcio, la prueba del hecho causante, etc. Tal juicio no es la decisión, pero sí es su fundamento, su premisa necesaria en materia de hecho, ya que con frecuencia se tratará de hechos constitutivos en la acción.

Juzgada esa prueba como buena y suficiente en el respectivo proceso, debe respetarse tal pronunciamiento del Juez, o puede modificarse en otra litis, entre las mismas partes? O empleando las palabras de un notable autor, la cuestión es la siguiente: "Si estos juicios históricos sobre hechos concretos, pueden ser arrancados del razo-

namiento en que se encuentran incluídos, y utilizados en sí mismos, por su exclusivo valor de juicios históricos, en un proceso diverso, en el que se discuta de nuevo la verdad de aquellos mismos hechos a los que se refieren esos juicios". (Calamandrei. "Estudios sobre el Proceso Civil". Trad. de Santiago Mentís Melendo. p. 588). Este autor demuestra que la doctrina jurisprudencial viene aceptando entre las mismas partes, y aún entre partes distintas, la sentencia pronunciada en litigio anterior, como prueba de los hechos que el juez halló acreditados entonces y sirvieron de fundamento a su decisión, y después de analizar varios casos de su experiencia personal, agrega:

"De esta decisión parece, pues, poderse derivar este principio: que cuando en la motivación de una sentencia se encuentran enunciados juicios de hecho atinentes a las circunstancias concretas de la causa, estos juicios históricos deben, en virtud de la cosa juzgada, valer como verdades de hecho y de derecho en un nuevo proceso que se abra entre las mismas partes sobre una causa diversa, en la cual las mismas circunstancias aparezcan con trascendencia en relación a fines jurídicos diversos". (ob. cit. p. 956).

23 — Se ha hablado en la doctrina general, para explicar estos fenómenos, de los efectos indirectos o reflejos de la cosa juzgada, tanto en lo subjetivo como en lo objetivo, de suerte que la inmutabilidad del fallo proteja igualmente los motivos, los elementos o juicios sobre cuestiones de hecho o de derecho que lo integran, de la misma manera que la decisión misma.

Una corriente doctrinaria discute esta concepción niega tales efectos y concluye que la sentencia no prueba, por sí sola, en otro juicio, ni aún entre las mismas personas, los hechos que el fallo considera debidamente comprobados, o acepta a lo sumo, que es mero elemento de prueba que el Juez del nuevo proceso puede valorar libremente. (V. ob. cit. p. 592 y ss.).

Los efectos de la sentencia en un nuevo proceso, entre los mismos litigantes y en lo que respecta a la prueba de los hechos admitidos, encuentran, sin duda, un mejor acomodo en las teorías clásicas de la **presunción absoluta de la verdad de la decisión** de Pothier (res judicata pro veritate habetur), a que ha hecho referencia la Corte en algunos fallos (XLIX. 103 y LVIII. 537), o de la **ficción de la verdad y justicia de la sentencia,** de Savigny, puesto que apenas se trata de proyecciones naturales de la verdad presumida o ficta del fallo, contemplado en su integridad. Revaluadas aquéllas por el acopio de nuevas teorías, no pierde terreno, sin embargo, la tesis de la secuela indirecta del fallo, en lo atinente a los hechos demostrados según el mismo.

Mas, si en el agotamiento del derecho de acción y la consecuencial extinción de la potestad jurisdiccional del Estado (Ugo Rocco), está, para una teoría muy en boga, a veces invocada por la Corte (LXIV. 85), el fundamento de la cosa juzgada, no se ve la razón para que tal agotamiento se realice en forma fragmentaria, esto es, para desatar el nudo, pero no para resolver sobre la prueba, apoyo esencial del desenlace. O en la necesidad de que los procesos no se reabran indefinidamente, para seguridad de las relaciones jurídicas (teoría romana avivada por Chiovenda, para mencionar otra muy generalizada, que también cita la Corte. LXII. 396), esa necesidad exige que el debate sobre la prueba quede igualmente cerrado entre unas mismas partes, porque la carga de probar pesa sobre actor y reo y constituye la parte más delicada y áspera de la lucha forense.

El derecho consagra ciertas figuras encaminadas a dar firmeza a los vínculos humanos, figuras que al realizarse clausuran etapas de incertidumbre e inseguridad. Tales son, v. gr. en el campo procesal, la preclusión, y en el derecho sustancial, la prescripción y la cosa juzgada. En la compleja materia de esta última, esa finalidad se cumple mejor, sin duda, mediante los efectos relativos a la motivación de los fallos, en lo que atañe al juicio sobre la prueba de los hechos relacionados con la decisión, a resoluciones conducentes a esta misma y a cualesquiera cuestiones vinculadas a la parte decisoria, elementos éstos integrantes de la sentencia que, como ejercicio de la función jurisdiccional, ha de aparecer una e indivisible.

24 — Siendo así que según la doctrina de la Corporación, los motivos del fallo son las razones de hecho y de derecho sobre las cuales descansa la resolución; que la parte motiva forma un todo con la parte resolutiva, cuando aquélla es "como el alma y nervio" de la sentencia, y la decisión puede hallarse en una y otra parte, pues no depende del lugar ni de la forma que le haya correspondido, constituyendo de esta suerte la decisión y los motivos una sola estructura, ya que éstos no pueden faltar en la sentencia, por imperativo mandato constitucional y legal, es bastante obvio que la inmutabilidad de la sentencia puede comprender no sólo la resolución del fondo, sino también los motivos o fundamentos de ella, y por tanto, las cuestiones de hecho, cuya presen-

cia en el juicio obedece al correspondiente régimen probatorio.

Así, pues, la Corte considera que el **juicio del juzgador** sobre la prueba de los hechos que han sido la base de la decisión, demuestra esos mismos hechos en un nuevo litigio, entre las mismas partes y auncuando se trate de obtener el reconocimiento o declaración de un efecto, consecuencia o resultado distinto del que se persiguió en la primera litis, como lo destacan las casaciones de 31 de octubre de 1936 (XLIV 461) y 27 de octubre de 1938 (XLVII. 330).

Se predica lo anterior de los hechos fundamentales, a cuya verdad en el proceso obedece de manera necesaria la decisión, porque la cosa juzgada sustancial reposa en lo que se resuelve, y sólo de manera indirecta sobre las motivaciones del fallo. La sentencia se aduce en un nuevo proceso, no como prueba documental de unos hechos, sino como prueba de haberse dictado una sentencia que contiene el juicio del juez sobre las pruebas aducidas para acreditarlos. Por esto, el punto de si lo probado una vez, queda probado por todas, entre unas mismas personas, no es en rigor asunto de prueba documental de los hechos, sino de cosa juzgada en relación con un fallo que da fe de esa prueba. En otras palabras: la sentencia no es en puridad de verdad el documento que prueba los hechos, sino el documento que acredita que se profirió un fallo, en el cual el poder jurisdiccional calificó la prueba entonces aducida, y ello debe bastar entre unas mismas partes, ya que tuvieron la oportunidad y los medios para probar y contraprobar en relación con unos mismos hechos.

Por lo mismo, es evidente que la inmutabilidad del fallo al respecto no dimana directamente de la prueba suministrada en el primer pleito, sino del juicio del juzgador de ese primer pleito, sobre la prueba, esto es, de la función misma jurisdiccional del Estado. Y, por tratarse de materia ligada, directa o indirectamente a la decisión, se explica que la fuerza de la cosa juzgada se proyecte sobre dicha materia.

Se comprende que al admitirse los efectos indirectos, en lo que respecta a la motivación de los fallos, y concretamente a la prueba de los hechos, una nueva derivación de la cosa juzgada se cumple, ya que la importancia de cobijar con ella el juicio del juez sobre la prueba no resulta de que el fallo pueda aducirse con eficacia solamente en un nuevo juicio idéntico, sino también en otro, entre las mismas partes, y en el cual se trate de lograr el reconocimiento de una consecuencia distinta. Así ocurre, por ejemplo, en la citada sentencia de 27 de octubre de 1938 (XLVII. 330). no obstante la diversidad de acciones, de división de una comunidad, la una, y de oposición a la ejecución de la sentencia de división, la otra.

25 — No por ser indirecto el efecto, al comprender el juicio del juez sobre la prueba, deja de concurrir la triple identidad subjetiva, objetiva y causal, con que los artículos 473 y 474 del C. J. estructuran la cosa juzgada. Concurren así en autos, pues se trata de unas mismas partes, ya que ahora obran sus causahabientes. Se trata de una misma causa, o sea la conducta del marido, generadora entonces de un divorcio, y ahora de una consecuencia distinta; y del mismo objeto, o sea el reconocimiento judicial de esa misma conducta, si bien con un efecto diverso en el presente juicio.

26 — Por tanto, al desechar la sentencia del recurso, el fallo eclesiástico aducido para demostrar la causal de indignidad del marido, por cuanto estima el Tribunal que la sentencia pronunciada por otro juez sólo demuestra el hecho de haber sido dictada "y lo resolutivo" de la misma, infringió el Tribunal los artículos 473 y 474 del C. J., por haber negado a dicho fallo eclesiástico uno de los efectos de la cosa juzgada, o sea, el relacionado con los hechos que la misma sentencia considera que fueron acreditados en el juicio canónico de divorcio. Lo cual es suficiente para infirmar la sentencia recurrida, sin que sea necesario estudiar los demás cargos de la misma demanda, ni la del actor-recurrente, por sustracción de materia, a fin de que en fallo de instancia sean enjuiciados los hechos que no enjuició el sentenciador a causa de su tesis, y que demuestran, según la demanda, la causal de indignidad del marido.

CAPITULO III

Sentencia de instancia

Se desestima la sentencia del Tribunal Civil de primera instancia del Departamento del Sena (París), por las razones antes aducidas en el presente fallo.

La causal de indignidad

La causal invocada por la parte demandada es la prevista en el ordinal 2º del artículo 1025 del C. C., que es de este tenor:

"Son indignos de suceder al difunto como herederos o legatarios:

"... ... ...

"2º El que cometió atentado grave contra la vida, el honor o los bienes de la persona de cuya sucesión se trata, o de su cónyuge o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes legítimos, con tal que dicho atentado se pruebe por sentencia ejecutoriada".

Dos puntos principales comprende dicho texto, a saber: 1º la naturaleza de los actos constitutivos de indignidad; y 2º la clase de sentencia previa requerida.

1º

27 — Es la conducta del asignatario la causal del estado de indignidad, en cualquiera de los casos contemplados en los artículos 1025 y siguientes del C. C. Se trata simplemente de juzgar esa conducta, porque para la ley —que ante todo es ordenamiento ético— no se aviene con la justicia que debe informar las relaciones humanas, el que quien se ha comportado mal a la luz de esas disposiciones, reciba bienes del causante, en razón de una voluntad presunta que así carece de asiento.

Esa conducta, para los efectos de que aquí se trata, puede afectar la vida, el honor o los bienes de la persona a quien se sucede; o la vida, el honor o los bienes de su consorte o de sus ascendientes o descendientes legítimos (ord. 2º a. 1025 C. C.); y el acto o los actos constitutivos de esa conducta, deben asumir caracteres de gravedad, y hallarse declarados o reconocidos en una sentencia ejecutoriada.

La existencia de tales actos, esto es, su prueba ante las autoridades del Estado, debe aparecer de la sentencia ejecutoriada; pero la gravedad de los hechos es asunto que compete calificar al juez que conoce de la demanda de indignidad, si bien en la generalidad de los casos aparecerá de la propia sentencia previamente pronunciada.

28 — Se pregunta: el adulterio de uno de los cónyuges, es atentado grave contra el honor del otro cónyuge?

No se ha vacilado en considerar atentado grave contra el honor del esposo, el hecho del tercero que lo comete, de modo que es indudable que éste es indigno de suceder al consorte agraviado. (V. Claro Solar. "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado" to. 13 Nº 99 p. 91).

Con muchísima razón más se considera como atentado grave de la mujer contra el honor del marido. Esto es axiomático. Vélez dice que "en nuestro Código se suprimió el artículo 994 del chileno, según el cual el cónyuge divorciado no tendrá parte alguna en la herencia abintestato de su mujer o marido, si hubiere dado motivo al divorcio por su culpa. A pesar de esta supresión, si los maltratamientos de obra, o el adulterio de la mujer u otra causa de divorcio, se consideran como un atentado grave contra la vida o el honor del cónyuge inocente, en la sucesión de éste, **el culpado será indigno de suceder,** según el número 2º del artículo 1025". ("Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano" tº 4º Nº 281). Y en otro lugar, comentando el ordinal 2º del artículo 1025: "Refiriéndonos a esos casos, notaremos que las causas de divorcio, aunque éste no se decrete, si por ellas se condena a su autor, como por **adulterio,** amancebamiento y maltratamientos de obra, **pueden ser motivos de indignidad,** pues constituyen **atentado grave** o contra la vida o contra el honor del ofendido". (Ob. cit. tº 4º Nº 77 y subraya la Corte).

29 — La tesis de que el adulterio de la mujer es atentado grave contra el honor del marido, y no lo es igualmente el adulterio del marido contra el honor de la mujer, no tiene fundamento plausible, por estas razones:

1ª — Los cónyuges tienen una misma obligación de guardarse fe (art. 176 C. C.). Esta obligación tiene su causa en la misma naturaleza del matrimonio, en una de sus propiedades esenciales, la unidad, y en la vida en común, indispensable para la realización de los fines de la unión conyugal; y por esto tal obligación recae sobre ambos consortes, por igual. El hecho de que el artículo 154 ib. no erija el adulterio del marido en causal de divorcio, no significa, como es obvio, que el deber de fidelidad no pese sobre él como sobre la cónyuge.

2ª — Se ha considerado el matrimonio como un contrato bilateral, que impone, por tanto, obligaciones a ambas partes, en una profunda, cabal y estricta equivalencia y conmutabilidad. No se ha formulado a esta regla la excepción en favor del marido, respecto de la expresada obligación, porque la indivisibilidad del matrimonio no permite que uno de los esposos adquiera o contraiga más derechos u obligaciones sustanciales que el otro.

3ª — El canon 1129 del Código de Derecho Canónico que rige en Colombia, según el artículo 19 del Concordato, la celebración del enlace de los católicos y las causales de nulidad y de divorcio, al consagrar el adulterio como motivo de se-

paración **quoad thorum et cohabitationem,** no distingue: el del hombre como el de la mujer da lugar al divorcio. La Comisión Revisora del C. C. de 1939, guiada por el mismo criterio de justicia, propuso una norma igual.

4ª — El C. P. de 1890 castigaba el adulterio, pero sólo el de la mujer. El C. P. vigente no lo castiga, lo cual no quiere decir que haya desaparecido aquella obligación, sino que la ley ha igualado a los cónyuges, en cuanto la infracción del mismo deber no se proyecta en el campo penal. El honor del marido, por lo demás, no dejará de sentirse agraviado por no tener ahora acción de adulterio contra la mujer.

5ª — El honor conyugal tiene su raíz en la mencionada obligación recíproca de guardarse fe, la cual recae **por igual sobre ambos cónyuges;** en tratándose de obligación sustancial, ninguno puede sustraerse a ella, ni hacerla gravitar más fuertemente sobre el otro. **El honor así originado,** no es honor marital sino honor conyugal; y no es, por tanto, patrimonio exclusivo del marido sino patrimonio de cada uno de los cónyuges, susceptible, en consecuencia, de ser ofendido lo mismo el del uno como el del otro.

La tendencia a radicar el honor conyugal sólo en el marido, procede, por lo menos en parte, del desnivel jurídico en que siempre han vivido el hombre y la mujer. Así, se sancionaba sólo a la cónyuge que faltaba a su marido. Pero, el hecho de haber sido abolida esta norma no significa que haya desaparecido la idea de un honor conyugal. Sería inequitativo a todas luces que en esta hora de reivindicaciones femeninas, en que se le reconoce a la mujer casada la ciudadanía, el derecho al sufragio y la plena capacidad civil, se le negase el derecho a tener un patrimonio moral fincado en el deber mutuo de los esposos de guardarse fe y sensible a los agravios de su consorte, y que merced a ideas ya recogidas, haya de seguir distinguiéndose entre el adulterio de la mujer, para declararla indigna de heredar a su consorte, y el adulterio de éste, para conservarlo digno de heredar a su mujer.

6ª — El ordinal 2º del artículo 1025, al hablar de atentado grave contra el honor, no dá pávulo a distinguir para referirlo sólo al del esposo. Se trata de deducir en juicio una consecuencia de orden patrimonial, que consiste en que el cónyuge que haya herido gravemente el honor de su consorte, se hace indigno de recibir herencia o legado del último; sería aberrante pronunciar una diferenciación económica, una nueva posición preferencial del varón con base en un distingo que, como se ha visto, contraría la naturaleza y los fines de la unión conyugal.

7ª — Por otra parte, el concepto de quienes comprenden únicamente en aquella norma el adulterio de la mujer, puede provenir, además, de la circunstancia de que, exigiendo el ordinal 2º una sentencia —que en su sentir es de condena criminal— y siendo así que el anterior Código del ramo no castigaba sino el adulterio de la cónyuge, sólo el de ésta caería entonces, en el campo de dicha causal de indignidad, ya que contra el marido no podía pronunciarse una condena por adulterio. Mas, eliminado del Código Penal ese delito, no puede inferirse que ha desaparecido el motivo de indignidad por atentado de la esposa contra el honor del esposo, sino que subsiste sobre una base de reciprocidad razonable y equitativa. Porque entre que haya desaparecido el atentado contra el honor del esposo, por haber desaparecido el delito de la mujer, o que se haya extendido al honor de los dos, es preferible lo último, por todo concepto.

8ª — Se ha tratado de sacar partido en contra, de la circunstancia de que al ser adoptado el código de Chile, por la Nación, fue suprimido el artículo 994, según el cual "el cónyuge divorciado no tendrá parte alguna en la herencia abintestato de la mujer o del marido, si hubiese dado motivo al divorcio por su culpa". Esto quiere decir, simplemente, que el cónyuge culpable de divorcio recibe abintestato la herencia de su consorte. Pero no significa que por ello haya quedado excluído el divorcio como causal de indignidad, cuando es causado por hechos comprendidos en el ordinal 2º del artículo 1025, caso en el cual los interesados en su exclusión pueden demandarla.

El artículo 1173 del C. Chileno, que desconoce al cónyuge culpable de divorcio, el derecho a recibir porción conyugal, guarda armonía con el artículo 994 del mismo Código, que le niega derecho a recibir, abintestato, la herencia del consorte difunto. Son dos normas que juegan en orden a una misma idea de equidad. Suprimido en el código colombiano este último precepto, es evidente la inconsonancia entre la supresión del uno y la vigencia del otro, pues no se explica suficientemente que el esposo responsable sea indigno de recibir porción conyugal —que es asignación alimenticia— y no de recibir herencia; o sea que, careciendo de lo suficiente para vivir, se le priva de con qué vivir; pero teniendo con qué vivir, se le autoriza para que aumente lo que tiene. Esta falta de equilibrio o paralelismo acentúa la interpretación expuesta, en virtud de la cual por

el hecho de haber sido suprimido en Colombia el artículo 994 del C. C. chileno, no han desaparecido las causales de indignidad —inclusive el adulterio— por hechos imputables al cónyuge sobreviviente, hombre o mujer. Si por el divorcio causado por cualesquiera causas imputables al marido —inclusive el adulterio, según la legislación canónica— pierde el marido la porción conyugal, por qué no ha de perder la herencia, si el hecho causante de divorcio pertenece a los atentados que contempla el ordinal 2º del artículo 1025?

2º

30 — Qué especie de sentencia exige el ordinal 2º?

Casación de 17 de mayo de 1946 (XL. 460) pide una sentencia penal. En cambio, casaciones de 8 y 30 de julio de 1948 (LXIV. 488 y 680), la exigen previa, pero no la especifican.

Como norma general, la doctrina de la primera casación citada, se acomoda a la necesidad de que atentados graves contra la vida, el honor o los bienes, deben ser demostrados por sentencia ejecutoriada de los jueces del crimen.

Pero, en relación con el adulterio, la situación cambia, a causa de que no siendo hoy punible, ni siquiera el de la mujer, no puede darse un fallo penal al respecto. Si éste fuera indispensable para configurar la indignidad de la esposa, o del tercero, jamás podría hoy probarse aquélla, y entonces. siempre recibiría la herencia del marido la mujer culpable o su cómplice, quedando de esta suerte eliminada una de las causales más graves de indignidad, por atentados contra el honor, que contempla el ordinal 2º del artículo 1025. Pero, el arte de interpretar las leyes no tiene por objeto consagrar absurdos tales.

El hecho de haber sido punible el adulterio de la cónyuge, se prestó sin duda a requerir necesariamente la sentencia de las autoridades del crimen, y como el marido no podía ser condenado por el mismo hecho, la mujer no podía gozar de un honor que pudiese ser ofendido por la falta de su consorte, con el corolario de perder la herencia.

Lo razonable, por tanto, es ver en la eliminación del delito, por adulterio de la mujer, no la cancelación de su acto como generador de indignidad, sino la carga de probarlo por el único medio que hoy queda, porque la desaparición del delito no destruye el atentado grave contra el honor del marido, reconociendo que puede haberlo también contra la cónyuge, por los motivos expuestos, y a tal destrucción equivaldría —desde luego incluído el adulterio de la cónyuge— la exigencia de una posible sentencia condenatoria de carácter penal.

III — El caso de autos

31 — La sentencia del Tribunal eclesiástico decretó el divorcio **quoad thorum, mensan et habitationem**, a causa del adulterio del marido. La providencia eclesiástica declara que este hecho aparece acreditado plenamente, "tanto por la confesión del demandado como por las deposiciones formales de los testigos oídos". La parte resolutiva, al declarar "que hay lugar a dar derecho a la doble solicitud presentada"; que "la separación de cuerpos debe ser efectiva y perpetua"; que "la separación de bienes debe llevarse a cabo dentro de los límites y según las reglas prescritas por el derecho civil local", no dice, ciertamente, de manera explícita, la causa de haberlo decretado así. La causa se halla expuesta en la parte motiva y siendo ésta "el alma y nervio" de la decisión, hace parte integrante de ésta, de conformidad con la doctrina de que se ha hecho mérito.

Auncuando esto solo basta para los efectos del presente fallo, no sobra recordar que el del Tribunal eclesiástico llama la atención sobre estas circunstancias:

a) "La perseverante indiferencia del marido ante los deberes del hogar y las necesidades de su mujer";

b) El hecho de que "las pasiones, violencias y abandonos del esposo", hicieron "siempre dolorosa y peligrosa la vida común" para la mujer; y

c) La incapacidad notoria y manifiesta del varón para administrar los bienes de la esposa, en época en que el marido era el único administrador de la sociedad conyugal y de los bienes de la cónyuge y representante legal de ésta.

32 — Teniendo en cuenta el adulterio cometido en la forma acreditada por la sentencia ejecutoriada de divorcio **quoad thorum et cohabitationem**, proferida con antelación al presente proceso de indignidad, por la autoridad eclesiástica, única competente para conocer de las causas de separación o divorcio de matrimonios católicos, según el artículo 19 del Concordato, y que el hecho expresado es un atentado grave del marido José Gutiérrez Céspedes, contra el honor de su

esposa María Rafaela Gutiérrez de Gutiérrez, de conformidad con el ordinal 2º del artículo 1025 del C. C., se habrá de declarar probada la indignidad del marido, alegada por la parte demandada, cuyo interés jurídico para ello es evidente.

La doctrina consagrada en este fallo, según la cual tal hecho, en la mujer como en el marido, constituye causa de indignidad, se apoya, como quedó expuesto y lo ordena el ordinal 2º del artículo 1025, en el requisito esencial de que sobre su ocurrencia exista sentencia ejecutoriada, pronunciada por autoridad competente, que es la eclesiástica, para los matrimonios católicos, y la secular, para los contraídos civilmente.

33 — Con respecto a la declaración de indignidad de Helena Montejo de Torres, hermana de María Rafaela Gutiérrez y adjudicataria de los bienes de ésta, declaración impetrada en el libelo inicial del presente litigio, habiendo desistido del recurso la parte actora, en lo tocante a dicha declaración (v. f. 9 C. de la Corte), la absolución de la demandada Helena Montejo de Torres, comprenderá, por tal razón, lo concerniente a la indignidad pedida respecto de la misma.

III — El punto del exequatur

34 — Se ha afirmado que no puede producir efectos en Colombia la citada sentencia del Tribunal eclesiástico, por tratarse de una sentencia pronunciada en país extranjero, respecto de la cual no se probó el exequatur, y hasta se ha dicho que fue negado.

La sentencia de origen eclesiástico, por la cual se decreta el divorcio, así sea por Tribunales que actúan fuera del país, no requiere el exequatur, para que produzca efectos en Colombia:

1º El C. J., cuando exige esta formalidad, se refiere a las "sentencias de los Tribunales extranjeros", según denominación que lleva el Cap. 2º Título XV del Libro 2º, y de acuerdo con el artículo 556, a los fallos procedentes de los Estados, es decir, a las sentencias pronunciadas por los jueces de países extranjeros y no por los jueces eclesiásticos, que ejercen su jurisdicción entre otros países, puesto que la Iglesia no es un país, ni un Estado, sino una sociedad universal que ejerce su soberanía espiritual en el mundo.

2º Cuando la Iglesia juzga en virtud de la jurisdicción que el artículo 19 del Concordato le reconoce, para conocer de las causas de separación o divorcio, es indiferente el lugar en donde el Tribunal eclesiástico desempeñe sus funciones. Dicho texto, al deferir a la Iglesia esas causas, no limitó, en el espacio, el ámbito de su jurisdicción. Los Tribunales eclesiásticos, en Colombia, no son Tribunales del Estado; son de la Iglesia; sin embargo, no se ha exigido nunca el exequatur a las sentencias dictadas por ellos. Del mismo modo, no habría razón para requerirlo de una sentencia pronunciada por la misma potestad en París. Es la misma Iglesia universal. El trámite de una causa matrimonial puede llegar a Roma, siguiendo la jerarquía de los Tribunales eclesiásticos. Habría razón en pedir el exequiatur para una decisión de la Santa Sede?

3º Una sentencia como la de que se trata, versa sobre una materia claramente deferida por el Estado a la Iglesia, según el citado artículo 19 del Concordato. Por tanto: a) la Iglesia es la única potestad competente para conocer —tanto en Colombia como en el extranjero— de juicios de divorcio, por las causales contempladas en la legislación canónica, en relación con matrimonios celebrados conforme al rito católico; b) los colombianos casados católicamente, están obligados, aunque se hallen fuera del país, a acudir a dicha jurisdicción, en razón del estatuto personal que les obliga (art. 19 C. C.), así sea sólo para que la decisión produzca efectos en Colombia; y c) los fallos de la Iglesia sobre esta materia, están ya autorizados, aceptados y reconocidos de antemano por el Estado, en razón de haber deferido las causas de divorcio a la potestad eclesiástica, de modo que el exequatur carece de objeto y de fin.

Corre publicada en la Gaceta Judicial, tº LXVII p. 130, la decisión de la Sala de casación de la Corte, fechada el 27 de marzo de 1950, decisión que recayó a la solicitud de exequatur precisamente para la misma sentencia eclesiástica que decretó el divorcio de los esposos José Gutiérrez Céspedes y María Rafaela Gutiérrez de Gutiérrez, fechada el 18 de julio de 1929. Dicho fallo de la Corte declaró que "no es el caso de decidir sobre el exequatur solicitado", y auncuando no entró a estudiar la cuestión desde el ángulo contemplado en la presente sentencia, sí dijo que es el "juez del conocimiento del respectivo negocio en que se exhiba 'como prueba' esa resolución jurisdiccional eclesiástica, a quien compete en su oportunidad la calificación de su valor demostrativo, con sujeción a lo pactado en el Concordato vigente", lo cual significa que implícitamente la Sala de Casación consideró que no era menester el exequatur.

La Corte reitera esa jurisprudencia, como apoyo en las razones antes aducidas, y agrega que la sentencia de divorcio eclesiástico aparece inscri-

ta en el Registro Público (f. 147 C. 13), como lo disponen los artículos 17 y 18 de la ley 57 y 51 de la ley 153 de 1887, para que produzca sus efectos civiles.

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 veinte (20) de agosto de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario iniciado por Gustavo Gómez contra Helena Gutiérrez Montejo de Torres, y como Tribunal de instancia declara probada la excepción de indignidad de José Gutiérrez para heredar a su esposa María Rafaela Gutiérrez de Gutiérrez, y absuelve, en consecuencia, a Helena Gutiérrez de Torres, de los cargos de la demanda.

Se absuelve igualmente a Natalia Latorre de Gutiérrez.

Sin costas en el recurso ni en las instancias.

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

Manuel Barrera Parra — **José J. Gómez R.** — **José Hernández Arbeláez** — **Ricardo Hinestrosa Daza**, conjuez. — **Ernesto Melendro Lugo**, Secretario.

ALCANCE DEL ARTICULO 1º DEL DECRETO Nº 1219 DE 1955, SOBRE FUNCIONAMIENTO DE LAS SALAS DE CASACION CIVIL

1 — El artículo 1º del Decreto Nº 1219 de 1955, estatuye simplemente la manera de proceder para que la Sala Plena de Casación Civil intervenga en los negocios de casación, pero en manera alguna para restarle jurisdicción a cada una de las Salas en que está dividida. Por tanto, la sentencia dictada por una de ellas, no pierde la plenitud de su vigor por la circunstancia de que en opinión de alguno de los litigantes contenga nuevas doctrinas, ni tampoco puede entenderse que exista una especie de recurso para que la Sala Plena de Casación Civil, reconsidere, reponga o revise el fallo ya proferido por una de las Salas, recurso de que, por lo demás, se podría echar mano en cualquier tiempo, en relación con todas las sentencias dictadas desde cuando funcionan las dos Salas de Casación, si en concepto de la parte agraviada el fallo contiene modificación de jurisprudencia anterior o doctrina sobre puntos nuevos.

2 — No ha lugar a la intervención de la Sala Plena de casación en los negocios fallados por cualquiera de las Salas en que está dividida, por el hecho de no haber sido sometidos a la Sala conjunta, y no hay por tanto, recurso para ante la Sala falladora o la Plena de Casación, invocando el artículo 1º del Decreto Nº 1219 de 1955 y alegando que la sentencia pronunciada es un "proyecto" de fallo, por contener jurisprudencia distinta o contraria a la existente o sobre puntos nuevos, a juicio de parte interesada.

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

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.)

El doctor Hernando Devis Echandía se dirige a la Sala de Casación Civil que dictó la sentencia de 6 de abril del año en curso, en el juicio de Gustavo Gómez contra Helena Gutiérrez Montejo de Torres, solicitando que dicha sentencia sea sometida, como simple proyecto que en su concepto es, a la Sala Plena de Casación Civil, por cuanto contiene modificación de jurisprudencia anterior y doctrina sobre puntos nuevos.

Como fundamento de su solicitud invoca la norma consagrada en el artículo 1º del Decreto extraordinario Nº 1219 de 1955, que dice:

"Artículo 1º — Para el fallo de los recursos de casación en materia civil, a partir del 1º de mayo de 1955, continuarán funcionando dos Salas independientes en la Corte Suprema de Justicia, cada una de ellas integrada por cuatro magistrados.

"Sin embargo, cuando en concepto de la Sala respectiva, o al menos de dos de sus miembros, un proyecto de sentencia aprobado por ella implique modificación de jurisprudencia anterior, o constituya doctrina sobre puntos nuevos, el fallo será pronunciado por ambas Salas.

"Convocada para tales efectos, la Sala conjunta deberá resolver primeramente si el proyecto significa la modificación de jurisprudencia o la doctrina a que se refiere el inciso anterior".

No obstante haber sido elevada la solicitud en referencia a la Sala que conoció del recurso de casación en dicho negocio, la Sala Plena de Casación Civil, teniendo en cuenta que hace poco se presentó un caso semejante en la Sala A), lo que da a entender que el proceder puede generalizarse, con el propósito de que la Sala Plena intervenga en asuntos ya sentenciados por las respectivas Salas, aprovecha la oportunidad que le brinda tal solicitud, para señalar la manera como se debe aplicar la disposición del citado Decreto.

En sentir de la Corte, el artículo 1º del Decreto Nº 1219 de 1955, estatuye simplemente la manera de proceder para que la Sala Plena de Casación Civil intervenga en los negocios de casación, pero en manera alguna para restarle jurisdicción a cada una de las Salas en que está dividida. Por tanto, la sentencia dictada por una de ellas, no pierde la plenitud de su vigor por la circunstancia de que en opinión de alguno de los litigantes contenga nuevas doctrinas, ni tampoco puede entenderse que exista una especie de recurso para que la Sala Plena de Casación Civil,

reconsidere, reponga o revise el fallo ya proferido por una de las Salas, recurso de que, por lo demás, se podría echar mano en cualquier tiempo, en relación con todas las sentencias dictadas desde cuando funcionan las dos Salas de Casación, si en concepto de la parte agraviada el fallo contiene modificación de jurisprudencia anterior o doctrina sobre puntos nuevos.

El procedimiento que consagra dicho texto comprende dos etapas:

Una primera, en la respectiva Sala que conoce del negocio, cuando aprobado un proyecto de sentencia por ella, en concepto de los Magistrados que la integran, o al menos de dos de sus miembros, el proyecto aprobado modifica una jurisprudencia vigente o sienta doctrina sobre puntos nuevos, etapa en la cual se resuelve llevar el asunto al estudio de la Sala conjunta.

Una segunda etapa ante la Sala Plena, en la cual ésta debe resolver previamente si en efecto el proyecto implica o no modificación de jurisprudencia anterior o doctrina por primera vez consagrada. Sólo en caso de que se resuelva afirmativamente esta cuestión el negocio queda a la consideración de la Sala Plena de Casación.

De lo cual se infiere que cuando el negocio ha sido fallado por una de las Salas, ésta no consideró del caso llevarlo a la Plena, sin que se haya instituído —se repite— un nuevo recurso para provocar la intervención de la Sala conjunta, a fin de que la casación sea de nuevo fallada por ésta, so pretexto de que la sentencia modifica jurisprudencia ya establecida o adopta doctrina sobre puntos nuevos.

La autonomía de cada Sala para llevar o no un proyecto a la Plena, aparece sin lugar a la menor duda de los términos tanto del Decreto anterior Nº 1857 de 1951, como del actual: el primero decía: "...salvo que a juicio de la correspondiente Sala...", y el actual reza: "...sin embargo, cuando en concepto de la Sala respectiva, o al menos de dos de sus miembros..."

En el evento de que por el concepto de la respectiva Sala o dos de sus miembros se lleve a la Sala conjunta un negocio, lo que a ésta se presenta es un "proyecto" de sentencia y no una sentencia, y salta a la vista cuán diferente de ello sería llevarle ya un fallo pronunciado, sin que valga en contrario el darle el nombre de "proyecto" a algo que no lo admite ni formal ni sustancialmente. De otra suerte, con solo tildar de "proyectos" las sentencias dictadas por la Sala A) o B), alegando que contienen las aludidas innovaciones, se renovarían o exhumarían procesos legalmente concluídos.

Ya la Corte tuvo ocasión de pronunciarse en este particular, como se dijo al principio de esta providencia, y fue con motivo del fallo dictado por la Sala de Casación Civil A), en el juicio de Sara Isabel Sierra contra Carlota v. de Barbosa, fallo respecto del cual se pidió igualmente la intervención de la Sala Plena por tratarse de un simple "proyecto", dado que contenía variación de doctrina anterior, a juicio del solicitante. La Sala decidió la petición en el mismo sentido de la presente resolución.

En virtud de lo expuesto, la Sala Plena de Casación,

RESUELVE:

Que no ha lugar a su intervención en los negocios en que cualquiera de las dos Salas de Casación Civil dicte sentencia, por el hecho de no haberlos sometido a la Sala Plena de Casación, y no hay, por tanto, recurso para ante la Sala falladora o la Plena de Casación, invocando el artículo 1º del Decreto Nº 1219 de 1955 y alegando que la sentencia pronunciada es un "proyecto" de fallo, por contener jurisprudencia distinta o contraria a la existente o sobre puntos nuevos, a juicio de parte interesada.

Cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

Manuel Barrera Parra — José J. Gómez R. — Agustín Gómez Prada — Ignacio Gómez Posse — Luis Felipe Latorre — José Hernández Arbeláez José Joaquín Rodríguez — Ricardo Hinestrosa Daza, Conjuez — **Ernesto Melendro Lugo,** Secretario.

LA SALA PLENA DE CASACION CIVIL REAFIRMA SU DOCTRINA SOBRE EL ARTICULO 1º DEL DECRETO Nº 1219 DE 1955

1.—No está previsto en la ley que la Sala falladora o la Plena de Casación Civil certifique o conceptúe sobre si el fallo contiene o no nuevas doctrinas, y menos aún acerca de si las existentes pasaron o no inadvertidas para la Sala sentenciadora en el momento de fallar. Una y otra cosa son extrañas a la órbita de las atribuciones de las Salas, y la última, además, atañe al ámbito de las deliberaciones, de suyo reservadas.

2.—Si un proyecto de fallo no fue llevado a la Sala Plena de casación civil es porque ni la Sala del conocimiento, ni siquiera dos de sus miembros consideraron que concurría el caso del artículo 1º del Decreto 1219 de 1955, en virtud de la facultad que el mismo Decreto confiere a la Sala, facultad respecto de la cual es autónoma, según los términos del texto y cuyo ejercicio no puede causar derecho a favor de las partes para reclamar contra la sentencia que la Sala dicte sin llevar el proyecto a la Plena de Casación Civil.

3.—Lo anterior es incuestionable aun en el supuesto de que la Sala llegue a equivocarse en la apreciación de las doctrinas anteriores, porque cada una de las Salas en que está dividida la conjunta de Casación Civil, tiene la plenitud de la jurisdicción para juzgar de los recursos extraordinarios de casación. El Decreto sólo estatuye un procedimiento, cuyo impulso inicial depende exclusiva y soberanamente de la Sala que conoce del negocio, y no una norma que aniquile la jurisdicción en cuyo ejercicio se dicta la sentencia sin contar con la Plena, por no haber considerado que era el caso de hacerlo.

4.—La labor estimativa de si se trata o no de doctrinas sobre puntos nuevos, o modificativas de las existentes, es de la autónoma y privativa incumbencia de la Sala del conocimiento, de modo que ésta, al fallar sin la intervención de la Plena, lo hace siempre en virtud de una jurisdicción que no desaparece ni siquiera en el supuesto de que la Sala se equivoque en la apreciación de aquellos puntos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena de Casación Civil.—Bogotá, junio veintisiete de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.)

La Sala resuelve sobre el memorial por medio del cual se reclama contra el auto de veinticinco de mayo, proferido por la Sala Plena de Casación Civil.

En tal providencia se dijo que contra la sentencia definitiva dictada en este juicio con fecha 6 de abril último, no hay recurso alguno para ante la Sala falladora, ni para ante la Plena de Casación Civil. Y como en anterior memorial se insiste en que se lleve la expresada sentencia a la Sala conjunta, como proyecto que es, en opinión del peticionario, la Sala Plena no encuentra razón eficaz contra las expuestas en el proveído en referencia.

Por otra parte, no está previsto en la ley que la Sala falladora o la Plena de Casación Civil certifique o conceptúe, como lo pretende el autor del memorial, sobre si el fallo contiene o no nuevas doctrinas, y menos aún acerca de si las existentes pasaron o no inadvertidas para la Sala sentenciadora en el momento de fallar. Una y otra cosa son extrañas a la órbita de las atribuciones de las Salas, y la última, además, atañe al ámbito de las deliberaciones, de suyo reservadas.

Es obvio que si el proyecto no pasó a la Sala Plena, fue porque ni la Sala falladora, ni siquiera dos de sus miembros consideraron que concurrían las circunstancias previstas al efecto en el artículo 1º del Decreto número 1219, y ello en virtud de la facultad que este mismo Decreto confiere a la Sala, respecto de la cual es autónoma, según los propios términos del texto y cuyo ejercicio no puede causar de ninguna manera derecho a favor de las partes, para reclamar contra la sentencia que la Sala dicte sin llevar el proyecto a la Plena de Casación Civil.

Lo cual es incuestionable aun en el supuesto de que la Sala llegue a equivocarse en la apreciación de las doctrinas anteriores, o que pasen éstas inadvertidas —como en este caso alcanza a sugerirlo el reclamante, a pesar de que en más de un pasaje del fallo se citan las doctrinas referentes a distintas cuestiones controvertidas— porque cada una de las Salas en que está dividida la conjunta de Casación Civil, tiene la plenitud de la jurisdicción para juzgar de los recursos extraordinarios de casación. El Decreto sólo estatuye un procedimiento, cuyo impulso inicial depende exclusiva y soberanamente de la Sala que conoce del negocio, y no una norma que aniquile la jurisdicción en cuyo ejercicio se dicta la sentencia sin contar con la Plena, por no haber considerado que era el caso de hacerlo.

No sobra repetir que la labor estimativa de si se trata o no de doctrinas sobre puntos nuevos, o modificativas de las existentes, es de la autónoma y privativa incumbencia de la Sala del conocimiento, de modo que ésta, al fallar sin la intervención de la Plena, lo hace siempre en virtud de una jurisdicción que no desaparece ni siquiera en el supuesto de que la Sala se equivoque en la apreciación de aquellos puntos.

Debe tenerse presente que, dentro de la soberanía que asiste a la Sala para apreciar si se trata o no de consagrar nuevas doctrinas, ocurre frecuentemente que una jurisprudencia, al parecer nueva, no es sino aplicación de la existente, con las diferencias nacidas de las peculiaridades de los distintos casos.

Para terminar, la Corte no puede propiciar la inusitada pretensión del peticionario. La letra y el sentido del Decreto, así como los principios generales de Derecho Procesal, están muy lejos de acogerla, y las sentencias dictadas por las dos Salas de Casación Civil, desde cuando funcionan separadamente y las que hayan de dictar en lo venidero, reclaman la firmeza propia de los fallos definitivos, que no pueden convertirse por el simple querer de la parte en ellos agraviada, en meros "proyectos de sentencia".

Así queda resuelta, por tanto, la solicitud a que se ha hecho referencia.

Cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Manuel Barrera Parra — José J. Gómez R. — Agustín Gómez Prada — Ignacio Gómez Posse. José Hernández Arbeláez — Luis Felipe Latorre U. — José Joaquín Rodríguez — Ricardo Hinestrosa Daza, Conjuez. — **Ernesto Melendro Lugo,** Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SE RESUELVE LA SOLICITUD DE ACLARACION DE LA SENTENCIA ANTERIOR

Cuando se cede un derecho hereditario que es objeto de controversia judicial, y del juicio resulta que el cedente es declarado indigno de suceder al causante, los efectos de esta sentencia, respecto del cesionario, se resuelven de acuerdo con las normas que rigen la cesión de los derechos litigiosos, y en especial la del artículo 1969 del C. C., según la cual la cesión de un derecho de tal especie, no comprende sino "el evento incierto de la litis".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil B)—Bogotá, julio diez y nueve de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.)

Pide la parte que instauró el juicio ordinario fallado por sentencia de 6 de abril último, que ésta sea aclarada en cuanto a los efectos, respecto de la misma parte, de la declaración de indignidad del cónyuge para recibir la herencia de la esposa fallecida.

El punto en referencia quedó resuelto en la sentencia al ser negadas las peticiones del actor, puesto que entre ellas figuró la relativa a restitución de bienes adjudicados en la mortuoria de la esposa a la hermana legítima de ésta. Para ver lo improcedente de la petición de que hoy se trata, basta considerar que si la Sala aclara el fallo en el sentido que se le solicita, resultaría reformando su propia sentencia definitiva, con quebranto del artículo 482 del C. J., según el cual "la sentencia no es revocable ni reformable por el mismo Juez o Tribunal que la ha pronunciado".

La Sala aprovecha la oportunidad que le ofrece la referida solicitud, para rectificar la infundada afirmación del peticionario, según la cual el Tribunal apoyó su sentencia en la norma del artículo 1033 del C. C., considerando que por ser los cesionarios terceros de buena fe no podía producir contra ellos efecto alguno la indignidad del marido cedente, razón por la cual el fallo de segunda instancia condenó a la demandada, adjudicataria y poseedora de la herencia, a restituir la mitad del patrimonio hereditario.

No es así, puesto que al negar el Tribunal la declaración de indignidad del marido y ordenar a la adjudicataria de la herencia su restitución, en parte, lo hizo, simplemente, por la razón de que no fue probado el cargo de indignidad, según la propia sentencia, pero no porque no pase la indignidad —que no fue declarada por el Tribunal— contra los cesionarios demandantes.

Sucede que el Tribunal estimó del caso hacer preliminarmente algunas consideraciones doctrinarias sobre el tema de la indignidad, como puede verse a los folios 133 y siguientes del cuaderno 11º; pero, al concretar los motivos de la decisión, no se sirvió de ellas, como puede comprobarse a los folios 142 y siguientes, por la antedicha razón de haber sido negada la declaración de indignidad. Por este motivo no se puede afirmar —como sí lo hace el memorialista— que, habiendo sido uno de los soportes del fallo el concepto del Tribunal, de que la indignidad no afecta a los actores, causahabientes universales del marido, por ser terceros de buena fe, el punto era intocable por la Corte, por no haber sido atacado en casación por la parte demandada.

No se necesita dilucidar si el artículo 1033 cobija o no a los cesionarios o causahabientes a título universal, porque no es ese el precepto llamado a definir los efectos de la cesión, cuando al hacerla ya el derecho era materia de una controversia judicial.

Lo que los Devis Echandía compraron a Gustavo Gómez fue un derecho litigioso, de cuya existencia tuvieron cabal conocimiento: el abogado, porque fue el mandatario del cesionario Gómez, con anterioridad a la cesión, en el juicio de petición de herencia incoado contra la hermana adjudicataria, juicio que estaba en curso cuando ocurrió la cesión hecha a él y a los demás Devis Echandía; y todos ellos, en razón de las declaraciones contenidas en las cláusulas primera y segunda de la escritura de cesión, que es la otorgada con el número 5235, de 22 de agosto de 1950, de la Notaría Segunda del Circuito de Bogotá (f. 40, C. 11º).

Si la venta se hizo, según la cláusula primera, "al tenor del juicio que se adelanta de petición de herencia por el mismo Gómez, como cesionario de José Gutiérrez Céspedes contra la mencionada Helena Gutiérrez de Torres en el Juzgado 2º del Circuito de Bogotá", lo enajenado fue un derecho litigioso, según la noción que de éste consagra el artículo 1969 del C. C., es decir, "el evento incierto de la litis", de modo que al serle desfavorable a los cesionarios la sentencia, no podían escudarse en el artículo 1033 para evitar los efectos naturales de haber adquirido "el evento de la litis".

Queda así resuelto el memorial a que se hizo referencia.

Cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Manuel Barrera Parra — José J. Gómez R.— José Hernández Arbeláez — Ricardo Hinestrosa Daza, Conjuez — **Ernesto Melendro Lugo,** Srio.

NOTA DE LA RELATORIA.—En el momento de darse a la publicidad el presente número de la GACETA JUDICIAL, se encuentra pendiente de resolución un memorial de reposición del auto inserto arriba. En dicho memorial la misma parte demandante pide se aclare la sentencia de que se viene tratando de acuerdo su solicitud. Una vez que sea resuelto el mencionado recurso, el auto por el cual sea decidido, se publicará en los próximos números de la GACETA JUDICIAL.

ACCION DE NULIDAD DE UNA CONFESION JUDICIAL DE PATERNIDAD.—REQUISITOS DE ESTA CLASE DE RECONOCIMIENTO DE LA FILIACION NATURAL.—TECNICA DE CASACION

Las exigencias establecidas por los artículos 68 y 69 de la ley 153 de 1887 en cuanto disponen que el supuesto padre "sea citado personalmente ante el Juez a declarar bajo juramento si cree serlo, expresándose en la citación el objeto de ella", y que "si el demandado compareciere y se hubiera repetido una vez la citación, expresándose el objeto de ella, se mirará como reconocida la paternidad", no contiene una simple ritualidad cuya inobservancia no conlleva la nulidad de lo actuado en esas condiciones. Tales ordenaciones que tienen un carácter imperativo, dicen relación a la validez misma de la notificación del "demandado" para que comparezca a absolver el cuestionario escrito que se le ha formulado, tanto más cuanto que se trata de un acto de trascendental importancia en la vida civil: el reconocimiento de una filiación natural. De esa citación debe el presunto padre tener un concreto conocimiento sobre el objeto que se persigue a fin de que pueda medir las graves consecuencias de todo orden que implica la manifestación juratoria que la ley le exige o en caso de su negativa a comparecer con la declaratoria de confesión. Y tanto en la providencia que ordene la citación como en su notificación personal, deben quedar las indubitables constancias de haberse cumplido con los requisitos de rigor.

Fácil es suponer a qué no se prestarían los preceptos que se han citado, si en su desarrollo práctico no se cumplieran a cabalidad las ordenaciones que ellos contienen.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse)

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal de Bogotá, el 12 de noviembre de 1954, en el ordinario instaurado por **Dioselina Forero de Niño,** sobrina legítima de **Ernesto Forero Torres** contra **Rosalbina Ramírez** y **Ana Isabel Ramírez,** ésta menor de edad, representada por su madre natural María Leonarda Ramírez, juicio ordinario en el que se tramitó y falló la demanda de reconvención de que adelante se hará mención.

Antecedentes

La demanda principal contiene las siguientes súplicas principales:

"Primera.—Que la providencia dictada por el Juzgado del Circuito de Chocontá el día 21 de septiembre de 1946, en las diligencias sobre filiación natural, adelantadas en dicha oficina, por la señora María Leonarda Ramírez, en representación de las hoy demandadas, contra el señor Ernesto Forero Torres, y por medio de la cual se le declaró confeso en las posiciones a él solicitadas, no tiene valor alguno, por haber sido dictada contra una persona que en dicha fecha era absolutamente incapaz para comparecer en juicio, y no haberse cumplido las formalidades legales ordenadas para esta clase de diligencias.

"Segunda.—Que la providencia dictada por el Juzgado del Circuito que se acaba de anotar, aún en el caso de haberse dictado contra persona capaz de comparecer en juicio y con los requisitos legales, no constituye prueba de estado civil de las demandadas en relación con el señor Ernesto Forero Torres".

En la súplica tercera se pide que como consecuencia de las declaraciones anteriores se declare sin valor alguno la providencia del Juzgado 6º del Circuito de Bogotá, de 9 de octubre de 1948, en que se reconoció a las demandadas como herederas del señor Ernesto Forero Torres en su condición de hijas naturales, por no haberse presentado prueba de su estado civil con relación al causante.

Por la cuarta se pidió que se ordenara tomar

nota de la sentencia en el juicio de sucesión referido. Por la quinta se solicitó la condenación en costas.

Como hechos se apuntaron los siguientes:

"1º—La señora María Leonarda Ramírez, por medio de apoderado legalmente constituído y en representación de las demandadas, solicitó ante el Juzgado del Circuito de Chocontá, el día once (11) de mayo de mil novecientos cuarenta y seis (1946), se citara a Ernesto Forero Torres, para que bajo la gravedad del juramento, reconociera a las hoy demandadas, como a sus hijas naturales.

"2º—Como Ernesto Forero Torres, no compareciera al Juzgado del Circuito de Chocontá, a declarar bajo juramento si reconocía a las demandadas como a sus hijas naturales, después de habérsele notificado personalmente en los días diez y ocho (18) de mayo y ocho (8) de junio de mil novecientos cuarenta y seis (1946), fue declarado de plano confeso de ser el padre natural de las demandadas, en providencia que lleva fecha veintiuno (21) de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis (1946).

"3º—Ernesto Forero Torres, en las fechas en que se le notificó para que compareciera al Juzgado del Circuito de Chocontá a declarar bajo juramento si reconocía a las demandadas como a sus hijas naturales, así como en la fecha en que se le declaró confeso en dicha petición, era absolutamente incapaz de comparecer en juicio, encontrándose en estado de demencia incurable, científicamente declarada y reconocida judicialmente.

"4º — María Leonarda Ramírez en representación de las demandadas y **únicamente** con base en la declaración de confeso hecha por el Juzgado del Circuito de Chocontá, contra Ernesto Forero Torres, en la diligencia de absolución de posiciones a que se refieren los hechos anteriores y que fue dictada el día veintiuno (21) de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis (1946), solicitó y obtuvo que el Juzgado Sexto del Circuito de Bogotá, donde se declaró abierto y radicado el juicio de sucesión de Ernesto Forero Torres, reconociera a las demandadas como herederas del citado Ernesto Forero Torres en su condición de hijas naturales".

Con la demanda fueron acompañados, entre otros los siguientes documentos: Copia de la demanda presentada por Clementina Forero o Torres, ante el Juzgado del Circuito de Chocontá el 15 de octubre de 1945, solicitando la interdicción judicial por demencia del nombrado Ernesto Forero Torres. Copia auténtica de la sentencia dictada por el referido Juzgado el 3 de agosto de 1946, por medio de la cual se declaró en interdicción provisional, por demencia al nombrado señor Forero Torres, con sus notificaciones y publicaciones; copia del certificado expedido por el doctor Edmundo Rico el 29 de septiembre de 1945, y el de la Oficina Central de Medicina Legal el 21 de octubre de 1945, en relación con el estado mental del interdicto; copia de la solicitud presentada ante el Juzgado del Circuito de Chocontá el 11 de mayo de 1946, por María Leonarda Ramírez en la cual se pide que se haga comparecer a Ernesto Forero Torres, para que bajo la gravedad del juramento reconozca a las demandadas Rosalbina y Ana Isabel Ramírez como a sus hijas naturales; copia de las diligencias de notificaciones hechas a Forero Torres para que compareciera al Juzgado con el dicho fin; copia de la demanda instaurada por el apoderado de doña María Leonarda contra Forero Torres para que se le hiciera la declaratoria judicial de filiación natural a favor de las referidas señoras, demanda presentada como subsidiaria en la siguiente forma literal: "Caso de que el señor Ernesto Forero Torres se opusiera una vez hecha la notificación primera o no pudiere comparecer por sí mismo por estar en interdicción u otra causa legal, se sirva ordenar en subsidio se le dé traslado a su representante legal de la siguiente demanda..."; copia de la solicitud formulada por el dicho apoderado para que se declarara confeso a Ernesto Forero Torres en las posiciones que se le solicitaban por no concurrir al Juzgado a absolverlas; copia de la providencia del mismo Juzgado fechada el 21 de septiembre de 1946, por la cual se declaró confeso a Ernesto Forero Torres en los hechos contenidos en la petición principal de la demanda; y por último copia de la providencia dictada por el Juzgado 6º del Circuito de Bogotá por medio de la cual se reconoció como herederas de Ernesto Forero Torres a las demandadas Rosalbina y Ana Isabel Ramírez como a sus hijas naturales.

Las demandadas se opusieron a las declaraciones contra ellas impetradas y por conducto del apoderado contrademandaron a Dioselina Forero de Niño a fin de que por la jurisdicción se declarara que estas señoritas "son hijas naturales del señor Ernesto Forero Torres, quien falleció en Sibaté, jurisdicción del municipio de Soacha, el

día 18 de diciembre (sic)...", con las consecuencias patrimoniales del caso.

Los hechos en que apoyó la contrademanda se refieren a las causales 4ª y 5ª del artículo 4º de la ley 45 de 1936, pero en el hecho señalado con el número 15 se dijo: "el señor Ernesto Forero Torres reconoció tácitamente a sus hijas Rosalbina y María Ana Isabel, cuando no se presentó al Juzgado del Circuito de Chocontá, después de dos notificaciones, que se le hicieron de conformidad con los mandatos de los artículos 68 y 69 de la ley 153 de 1887". La señora Forero de Niño se opuso terminantemente a que se hiciera la declaración de filiación.

Las sentencias de instancia

El Juzgado **a quo** 6º Civil del Circuito de Bogotá falló el negocio declarando probada la excepción perentoria de falta de "personería sustantiva" de la parte demandante, en la demanda principal, y de la demandada en la de reconvención, y consecuencialmente pronunció las absoluciones del caso. Fue fundamento de esta providencia el no haberse demostrado en la instancia, por medio de la prueba pertinente, el parentesco de doña Dioselina Forero de Niño con don Ernesto Forero Torres.

Llenada esta falla durante el término probatorio de la segunda instancia, el Tribunal pronunció la sentencia objeto del recurso; reformó la del inferior así:

Declaró que la providencia dictada por el Juzgado del Circuito de Chocontá, el 21 de septiembre de 1946, a que se ha hecho referencia, "es nula y carece de todo valor legal, por haber sido dictada contra un absolutamente incapaz y dentro de un procedimiento nulo; y, por tanto, dicha providencia no constituye prueba del estado civil de Rosalbina Ramírez y Ana Isabel Ramírez en relación con el señor Ernesto Forero Torres". En consecuencia ordenó la cancelación del registro civil correspondiente. Absolvió a Dioselina Forero de Niño de los cargos que le fueron formulados en la demanda de reconvención y condenó a las señoritas Ramírez al pago de las costas del juicio.

La casación

El recurrente acusa la sentencia por las causales 6ª y 1ª del artículo 520 del C. J., e inicia el estudio, como es de rigor lógico, por la 6ª que hace consistir en el hecho de que, una de las demandadas, María Isabel Ramírez, representada en el juicio por su madre natural, quien confirió al abogado el respectivo poder, cumplió la mayor edad, el catorce (14) de mayo de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954), y que como "ni el funcionario sustanciador ni la parte demandante solicitaron se le notificara a María Isabel para que al llegar a los veintiuno (21) años se le pusiera de presente la existencia del juicio para que hiciera valer sus derechos en él, y por tanto lo actuado en este juicio a partir de esa fecha no le produce efectos jurídicos ya que no ha sido citada ni emplazada a este juicio. De esta manera se configura la 3ª causal del artículo 448 ibidem, la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas a juicio".

La Corte considera:

El ataque no puede prosperar por dos razones: Porque es un hecho incuestionable que María Isabel sí fue citada y emplazada al juicio por conducto de su representante legal, la madre natural; y porque, por otra parte, el apoderado carecería de personería para exigir la declaratoria de esa nulidad procedimental, en el supuesto de que existiera, ya que si estima que desde cuando doña María Isabel cumplió la mayor edad dejó de ser su apoderado, sólo ella podría impetrar esa declaratoria.

La parte opositora, al oponerse a este ataque observa, y ello es cierto, que toda la actuación procesal estaba cumplida cuando doña María Isabel llegó a la mayor edad. En ese momento el negocio se encontraba al despacho para sentencia de segunda instancia. Por este aspecto tampoco se le encuentra fundamento al ataque formulado.

Se rechaza el cargo.

La segunda causal invocada se apoya en la consagrada por el ordinal 1º del artículo 520 del C. J. Y la plantea el recurrente atacando la sentencia por "ser violatoria de la ley sustantiva por infracción directa".

Y para fundamentarla dice literalmente: "El artículo octavo de la ley 45 de 1936, establece 'acreditada la filiación por cualquiera de los procedimientos y pruebas a que se refieren los artículos 68, 69, 73 y 75 (inciso 1º) de la ley 153 de 1887, surtirá todos los efectos civiles señalados en la presente'. Por parte del Juzgado de Chocontá y de los actores se cumplieron estrictamente los mandatos de los artículos 68 y 69, de la

ley 153 de 1887 y cuando se profirió el auto de declaratoria de interdicción judicial provisional ya se habían hecho las notificaciones en legal forma a Ernesto Forero Torres, por no existir fenómeno jurídico alguno que invalidara tales actos. De consiguiente al desechar el H. T. el valor probatorio de la actuación de reconocimiento de filiación natural en la forma como lo mandan los artículos 68 y 69 ya citados se violó por el H. T. el artículo 8º de la ley 45 de 1936".

La Corte considera:

El cargo aparece mal formulado: se ataca la sentencia por infracción directa de la ley sustantiva pero al mismo tiempo el recurrente expresamente se refiere a que el fallador desechó el valor probatorio de los elementos de convicción que le sirvieron de base tal Juzgado de Chocontá para proferir la providencia declarada nula por el Tribunal. La Corte no obstante estudia el cargo.

El fallador fundamenta en dos motivaciones distintas, la nulidad que declara: En la primera entra al fondo mismo de la situación jurídica que ofrece el juicio y declara que la confesión ficta a que se refiere la providencia judicial carece de valor porque el presunto padre natural Ernesto Forero Torres carecía absolutamente de capacidad legal, por su estado de demencia, para poder rendir la confesión juratoria que se le exigía para el reconocimiento de Rosalbina y María Isabel Ramírez como sus hijas naturales, de acuerdo con lo previsto por el artículo 8º invocado por el recurrente, y en desarrollo de los artículos 66, y 69 de la ley 153 de 1887. En la segunda —y es en lo que en sentir de la Corte se refiere al cargo que se estudia— el Tribunal encuentra una nulidad procesal de la actuación verificada ante el Juzgado del Circuito de Chocontá. Dice el fallador: "La confesión ficta como su propia denominación lo indica, es, según lo advierte Lessona una presunción de confesión que supone como tal un proveído judicial que la contenga... Como proveído judicial la confesión ficta es expresión del ejercicio de la función jurisdiccional y supone para quedar a salvo de la nulidad el cumplimiento de la plenitud de las normas procesales que la condicionan legalmente... Ese proveído se dicta mediante un trámite al que la ley dá el carácter de juicio (artículo 194) y tiene el valor de sentencia según las voces del artículo 467 del C. J., es susceptible de ser impugnado por nulidad, al tenor de la disposición contenida en el artículo 467 del mismo estatuto.

"Estima el Tribunal que en el caso sub judice se configuran las dos causales de nulilad contempladas en esta norma (artículo 457 del C. J.).

"a) Que la parte no fue legalmente notificada, y

"b) Que no estuvo debidamente representada dentro del procedimiento regulado por los artículos 68 y 69 de la ley 153 de 1887.

"En efecto:

"a) Exigen las citadas disposiciones de la mencionada ley 153 con especial énfasis y reiteradamente que al ser citado el **demandado** (se subraya) se exprese en la citación el objeto de ella. Es decir, que se le haga saber que ha sido citado para que declare bajo juramento si reconoce o no ser padre de quien pide su declaración y que si no comparece después de ser llamado dos veces, se le tendrá por confeso. La finalidad de esta enfática y repetida previsión legal no requiere explicaciones. Son tan graves las consecuencias que asigna la ley a la no concurrencia del supuesto padre, que insiste en la necesidad de que éste conozca el objeto de la citación para que pueda asumir a sabiendas esas consecuencias.

"Pues bien: los autos del Juez de Chocontá que ordenaron la comparecencia del señor Forero Torres, dispone que se le cite a 'absolver posiciones', sin que se exprese en esos autos el contenido u objeto del interrogatorio. En las constancias dejadas en el expediente el funcionario que practicó las notificaciones dejó la anotación de que se hicieron al notificado las advertencias del caso, mas se ignoran cuáles fueron éstas, y lo único razonable es inferir, dados los términos de los autos que ordenaron la citación, que ellas fueron las advertencias de rutina en los casos de citación para absolver posiciones (artículo 614 del C. J.). De todas maneras, no habiéndose expresado en los autos que contienen las órdenes de la citación el objeto de ella como lo exige perentoriamente la ley al notificar esas providencias, no se comunicó legalmente al notificado el objeto de la citación en la forma especialísima que exigen las disposiciones citadas en la ley 153 de 1887.

"b) Pero es más. Al sobrevenir la declaración de confeso dictada contra el señor Forero Torres, éste ya había sido puesto en interdicción por demencia. Por tanto su inaptitud mental ya había sido reconocida judicialmente. No tenía idonei-

dad para comparecer por sí solo en juicio pues carecía de capacidad procesal; era, jurídicamente hablando, un ausente. (C. J. artículo 240).

"La actuación así surtida contra el interdicto por demencia envuelve una flagrante violación del derecho de defensa, garantía de orden constitucional, que encuentra una de sus formas de sanción en la nulidad consagrada por el artículo 457 del Código Judicial.

"En consecuencia, la nulidad impetrada en el libelo debe prosperar también por el aspecto de la nulidad procesal de las diligencias sobre confesión ficta del demente".

Se ha dicho antes que el cargo ha sido mal formulado, pues el recurrente antes que atacar la sentencia por "infracción directa" ha debido hacerlo por error de hecho cometido por el fallador en la apreciación de los elementos probatorios que tuvo en cuenta para llegar a la conclusión de que la notificación hecha a Ernesto Forero no reunió las exigencias legales pertinentes y que, por lo tanto, lo resuelto por el Juez de Chocontá en orden a la declaración de la paternidad natural por confesión ficta de Forero adolecía de la nulidad procedimental a que se contrae el numeral 3º del artículo 448 del C. J.

Pero ese ataque en la forma dicha tampoco podía prosperar porque de los autos se deducen sin mayor esfuerzo las anotaciones hechas por el fallador. Las exigencias establecidas por los artículos 68 y 69 de la ley 153 de 1887 en cuanto disponen que el supuesto padre "sea citado personalmente ante el Juez a declarar bajo juramento si cree serlo, expresándose en la citación el objeto de ella" y que "si el demandado no compareciere y se hubiere repetido una vez la citación, expresándose el objeto de ella, se mirará como reconocida la paternidad", no contienen una simple ritualidad cuya inobservancia no conlleva la nulidad de lo actuado en esas condiciones. Tales ordenaciones que tienen un carácter imperativo, dicen relación a la validez misma de la notificación del "demandado" para que comparezca a absolver el cuestionario escrito que se le ha formulado, tanto más cuanto que se trata de un acto de trascendental importancia en la vida civil; el reconocimiento de una filiación natural. De esa citación debe el presunto padre tener un concreto conocimiento sobre el objeto que se persigue a fin de que pueda medir las graves consecuencias de todo orden que implica la manifestación juratoria que la ley le exige o en caso de su negativa a comparecer con la declaratoria de confeso. Y tanto en la providencia que ordene la citación como en su notificación personal, deben quedar las indubitables constancias de haberse cumplido con los requisitos de **rigor.**

Fácil es suponer a qué no se prestarían los preceptos que se han citado, si en su desarrollo práctico no se cumplieren a cabalidad las ordenaciones que ellos contienen. En el caso de estudio esa situación es más delicada si se tiene en cuenta —como se ha observado antes— que ya las peticionarias Ramírez, debían tener fundamento para pensar que Forero Torres "no pudiera comparecer por sí mismo por estar en interdicción u otra causa legal...".

La Corte considera que lo resuelto por el fallador al decretar la nulidad de la providencia del Juez de Chocontá por falta de notificación o citación de Forero Torres "en la forma legal" tiene fundamento incuestionable. Y es apenas elemental que la declaratoria de invalidez de la confesión ficta a cargo de Forero Torres tenga que influir en el resultado de la contrademanda a donde se llevó como uno de los fundamentos de la reconvención y sin que se hubieran producido durante el trámite elementos probatorios distintos.

Se rechaza el cargo.

Dentro de la misma causal 1ª, el recurrente formula los siguientes ataques:

"Segundo.—Es también la sentencia violatoria de la ley por haberse apreciado erróneamente las pruebas aducidas al juicio".

En este cargo se hace referencia a las pruebas que tuvo en cuenta el Tribunal para pronunciar su fallo. Pero el cargo aparece claramente mal formulado. No se expresa, como debiera hacerse, a qué clase de error se refiere el recurrente, si al de hecho que debe aparecer manifiesto o al de derecho por infracción de una norma probatoria que tampoco se cita, ni mucho menos se formula este ataque indicando la disposición sustantiva que fuera quebrantada indirectamente por consecuencia de los errores cometidos por el fallador. En consecuencia se rechaza el cargo.

"Tercero—El Tribunal interpretó erróneamente el artículo 622 del C. J., que determina: 'No se puede pedir posiciones a las personas que no sean hábiles para rendir confesión' y por este camino lo llevó a violar el artículo 553 del C. C. que establece 'los actos y contratos del demente posteriores al decreto de interdicción, serán nulos;

aunque se alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido'.

"Cuarto. — Interpretó erróneamente el artículo 632 (sic) del C. de P. C. al estimar que la inhabilidad para pedirle posiciones a Forero se refería no al momento en que se pedían y se le hacía la notificación sino que tuvo en cuenta el auto que lo declaró confeso, ya que para hacer esta afirmación no se tuvo en cuenta el artículo 622 ibidem que se refiere no al momento de la declaratoria de confeso sino al momento de pedir posiciones a las personas, como se expresa allí".

El recurrente para formular estos cargos parte de un fundamento erróneo: que las notificaciones hechas a Forero se hicieron con el lleno de las ritualidades señaladas por las respectivas disposiciones legales. Se ha visto que ello no es así.

Por otra parte, el recurrente se atiene al tenor literal del artículo 622 del C. J., cuando afirma que cuando a Forero se le pidieron posiciones no había sido declarado en interdicción provisional y que por lo tanto la declaratoria de confeso fue bien hecha, aunque esta providencia hubiera sido dictada con posterioridad a la interdicción. El mandato del artículo 622 tiene que referirse al momento mismo en que se hace la declaratoria de confeso, porque en ese instante la persona a cuyo cargo se hace la declaración ya se encontraba incapacitada absolutamente para poder rendir confesión. El fallador en este aspecto hace un análisis de la prueba para llegar a la conclusión sobre las demostraciones de autos, de que cuando se hizo la solicitud de comparecencia de Forero, éste ya se hallaba en estado de demencia. Forero falleció en Sibaté el 18 de diciembre de 1947.

Se rechaza el cargo.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia objeto del recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

Ignacio Gómez Posse — Agustín Gómez Prada. Luis Felipe Latorre U. — José Joaquín Rodríguez. — Ernesto Melendro Lugo, Srio.

APLICACION DE LA LEY 200 DE 1936. — PRUEBA TESTIMONIAL. — CASOS A QUE SE REFIERE EL DICTAMEN PERICIAL EN UNA DILIGENCIA DE INSPECCION OCULAR. — TECNICA DE CASACION

1.—Varios son los motivos o causales por los cuales procede el recurso de casación, y ellos están taxativamente enumerados en el artículo 520 del C. J., y ante la Corte es obligación del recurrente citar cuál o cuáles son los que tiene para acusar la sentencia, enunciando la causal o causales que se tengan para pedir la infirmación del fallo acusado, según el artículo 553 ibidem. Esto, entre otras razones, para facilitar el examen que de la demanda de casación debe hacer la Corte al estudiar el recurso.

2.—Si la desestimación que hizo el Tribunal de los testimonios estaba dentro de su libertad para apreciar las pruebas, su juicio no puede revisarse en casación, lo que equivale a decir que no está probado el error de hecho alegado. Y si no existe ese error, menos existe el error de derecho en la apreciación de esas mismas pruebas, porque el artículo 697 del C. J., debe entenderse en su propio sentido, para el caso de que no exista el factor que autoriza al sentenciador para prescindir de la prueba testimonial, de acuerdo con el artículo 702 ib.

3.—Los artículos 1º, 2º y 3º de la ley 200 de 1936, en cuanto a controversias respecto del derecho de dominio territorial de los fundos rurales sólo tiene operancia cuando se trate de dirimir las que se susciten entre el Estado y los particulares.

En litigios entre particulares respecto al dominio territorial no basta alegar, contra quien presenta su título de dominio debidamente registrado, anterior al hecho de la posesión del demandado, que el terreno es baldío, porque en último análisis tal alegato implicaría la afirmación de dueño sobre la parcela poseída con explotación económica, sobre la base de tratarse de tierras baldías; pero en presencia de un título inscrito anterior a esa posesión, ésta no es apta para contradecir eficazmente el mérito del título, sino asumiendo las características de la usucapión agraria de los artículos 12 de la citada ley y 4º del decreto 59 de 1938.

4.—Se trata de una inspección ocular destinada a reconocer hechos que no exigen conocimientos especiales, sino que por estar sometidos a los sentidos, son susceptibles de ser percibidos por personas de recto criterio. Para nada tienen que intervenir en esta clase de diligencias los conocimientos técnicos de peritos, pues tales conocimientos no son necesarios para determinar si un predio se encuentra o no cercado en su totalidad.

Los artículos 724 y 730 del C. J. no se refieren sólo a las inspecciones oculares en las que actúan peritos, sino a las en que interviene el juez y los testigos actuarios; tratándose de la inspección, se presentan dos clases de pruebas: la una que se refiere a los hechos mismos percibidos por el juez y los testigos actuarios, y que hace plena prueba respecto a lo observado en la diligencia; y la otra cuando intervienen peritos, los que deben dictaminar sobre cuestiones técnicas y cuyo valor probatorio se regula íntegramente por las normas referentes a la prueba pericial.

5.—Los artículos 12 de la ley 200 de 1936 y 47 del decreto reglamentario de esa ley, que es el 59 de 1938, indican que para que tenga operancia la prescripción adquisitiva a que se refieren tales textos, se requiere que el predio ocupado no haya estado demarcado por cerramientos artificiales ni deben existir en él señales de las cuales aparezca que el predio era de propiedad particular. El artículo 47 citado no excede la potestad reglamentaria, puesto que se limita a desarrollar la norma en virtud de la cual el poseedor debe probar los requisitos mencionados para usucapir.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila)

El 30 de abril de 1940 se otorgó ante el notario primero de la ciudad de Santa Marta la escritura pública número setenta y ocho, de la que aparece que Euclides Noguera, Alfredo Noguera, Moisés Noguera, Ismael Noguera y Mercedes Noguera de Moreno compraron a la sociedad denominada Magdalena Fruit Company la finca llamada "Mari", ubicada en el corregimiento de Orihueca, jurisdicción de Ciénaga, en el Departamento del Magdalena, con una extensión superficiaria de 41 hectáreas y 1.963 metros cuadrados, finca comprendida dentro de los siguientes límites: Norte, con el lote número dos, denominado "La Ilusión", de propiedad de Alfonso y Emma Noguera, y en parte con porción de la finca "La Teresa" de Teresa M. de Dávila; sur, en parte, con la finca "Dilia Esther", de heredos de José I. Díaz Granados; y en parte con la finca "Sara", de José Manuel Noguera; Este, en parte con las fincas "La Teresa" y "Sara", ya mencionadas, y Oeste, con la finca "Dilia Esther", ya mencionada.

Dicen los compradores de la finca descrita, que dentro de ella se encuentran, por formar parte de la misma, dos globos de terreno que miden, el uno, hectárea y media, y el otro tres hectáreas aproximadamente, y tienen estos límites: globo a) Por el Norte, el Sur y el Oeste, con la finca "Mavi" (sic) de propiedad de Euclides Noguera y otros; por el Este, con la finca "Sara", de herederos de José Manuel Noguera. El globo b: Por el Norte, por el Este y por el Oeste, con la finca "Mari" de los mismos Euclides Noguera y otros, y por el sur, "Dilia Esther", de herederos de José Ignacio Díaz Granados.

Con fundamento en estos hechos y afirmando que José Vicente Cantillo es el actual poseedor de los dos globos de terreno que hacen parte de la finca "Mari", quienes se dicen dueños de esa finca, o sean Euclides, Ismael, Moisés, Alfredo y Mercedes Noguera, ésta, señora de Moreno, presentaron demanda ante el juez segundo civil del circuito de Ciénaga, contra José Vicente Cantillo "para que previos los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía, se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

"1º—Que los demandantes son dueños de los dos globos de terreno, descritos anteriormente, que hacen parte de la finca;

"2º—Que se condene al demandado José Vicente Cantillo a restituir a mis mandantes, tan pronto como quede ejecutoriada la sentencia, los lotes de terreno descritos en la declaración anterior;

"3º—Que se condene al demandado José Vicente Cantillo a entregar a mis mandantes el valor de los frutos naturales de los lotes descritos y no sólo los percibidos sino los que mis poderdantes hubieran podido percibir con mediana inteligencia y actividad;

"4º—Que se condene en costas al demandado en caso de oposición".

En derecho se apoya la demanda en los artículos 669 y 946 del Código Civil y 37 (sic) y siguientes del Código Judicial.

El demandado se opuso a la demanda y alegó, principalmente, lo siguiente:

"Mi mandante posee, desde principios del año de mil novecientos cuarenta y tres (1943), dos porciones de terreno que eran terrenos montañosos cuando él penetró en ellos y que él hubo de descuajar; y que luego cultivó, y mantiene cultivados, sin ser molestado por nadie, hasta el año de 1949. Entonces uno de los demandantes de ahora, el señor Euclides Noguera, pretendió arrojarlo de esos terrenos por medio de un juicio posesorio, alegando que él era dueño exclusivo y poseedor de los mismos".

El juez de primer grado dictó sentencia el 6 de agosto de 1953, declarando que los demandantes son dueños de los dos globos de terreno sobre que versa el litigio; condenó al demandado a restituir a los demandantes, "tan pronto quede ejecutoriada esta sentencia", los dos lotes de terreno descritos en el punto primero de la parte resolutiva de la sentencia; y condenó al demandado José Vicente Cantillo "a entregar a los demandantes ya dichos el valor de los frutos naturales de los lotes descritos en el punto primero y no sólo los percibidos sino los que los demandantes hubieran podido percibir con mediana inteligencia y actividad, después de la contestación de la demanda. A su vez, los demandantes están obligados a pagar al demandado Vicente Cantillo el valor de las mejoras hechas en los lotes descritos y que fueron oportunamente avaluados". No hizo condenación en costas.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta conoció del litigio en segunda instancia, por apelación que interpuso el demandado contra la sentencia del juez, y en fallo de 3 de agosto de 1954, confirmó la sentencia apelada "con la adición ya expresada, o sea la de que en el pago de frutos se abonarán por los demandan-

tes al demandado los gastos ordinarios que éste ha invertido en producirlos. Todo de conformidad con el artículo 553 del Código Judicial". Dispuso, además el Tribunal, cancelar la inscripción del registro de la demanda.

Esta sentencia es materia del recurso de casación interpuesto por la parte demandada, recurso que pasa a resolverse, cumplidos como están los trámites legales respectivos.

Procede, ante todo, hacer un recuento de los fundamentos que expone el Tribunal para llegar a la conclusión que contiene la sentencia.

Principia el sentenciador por declarar que la acción instaurada es la de reivindicación, y dice que debe examinarse si aparecen evidenciados "los cuatro requisitos indispensables en este linaje de contención, a saber: 1º título de dueño del demandante; 2º posesión del demandado; 3º identificación de la cosa objeto de la demanda; y 4º cosa singular".

En el primer capítulo de la sentencia estudia el Tribunal los numerales primero y segundo enunciados, o sea lo relativo a "Título de dueño de los demandantes e Identificación del inmueb'e", pues estima que existe una estrecha vinculación entre estos dos factores "dada la circunstancia de que los actores consideran que las dos parcelas se encuentran dentro de una finca raíz (sic) de mayor extensión".

Como el título que alegan los demandantes para decir que ellos son dueños de la finca "Mari" y por ende de los dos pequeños globos de terreno que pretenden reivindicar, ya que ellos hacen parte de la finca dicha, consiste en la escritura número 78 de 30 de abril de 1940 de la notaría de Santa Marta, en virtud de la cual los demandantes adquirieron la finca "Mari" (o "Mavi", como se llama a veces), por compra que hicieron a la Magdalena Fruit Company, escritura que obra en autos debidamente registrada, el Tribunal acepta ese título como demostrativo del dominio alegado por los actores, porque esas dos pequeñas parcelas hacen parte de la finca "Mavi" porque tienen los linderos que se especifican en la demanda y el demandado no ha presentado título ninguno en relación con tal inmueble, es decir, con la finca "Mavi" dentro de la cual están enclavados los dos globos sobre que versa la controversia.

Sostiene el Tribunal, para contradecir la tesis del apoderado del demandado, que es verdad que los actores no presentaron el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos que acredite que el título de propiedad a que se alude está vigente. "Empero, tal suficiencia no tiene por qué demostrarse en juicios de reivindicación, sino exclusivamente en los juicios en que la ley así lo exige, que son, a saber: en los de expropiación; en los ejecutivos, para dejar en pie el embargo; en los divisorios, y en los de venta o adjudicación de la prenda o de los bienes hipotecados, amén de los casos a que se refieren los preceptos 2376 y 2652 del C. C. que nada tienen qué ver con la reivindicación. No se requieren, por tanto en este juicio".

Entra, en seguida, el sentenciador a dilucidar si en el juicio está o aparece demostrado que las dos porciones de terreno de que trata la demanda hacen parte de la zona territorial de la finca "Mavi", esto es, si están enclavadas en la misma.

Para llegar a la conclusión afirmativa, el Tribunal hace mérito de la diligencia de inspección ocular que aparece en el folio 5 del cuaderno de pruebas del demandante, en la que se lee que, "se identificó el predio 'Mavi' cuyos linderos son exactamente los mismos expresados en la escritura número 78 ya relacionada, y también los expresados en la demanda".

Cita la sentencia los límites de los dos globos en disputa, y dice:

"Coinciden por tanto el título, la demanda y la diligencia de visu en la alinderación del globo general 'Mavi', y en los pequeños o sean los que se han venido distinguiendo con las letras a) y b). Ahora bien: no obstante que aparecen los límites precisos de la finca 'Mavi' y de los dos lotes en disputa, no dice el acta de inspección ocular si el juez pudo apreciar que estaban éstos dentro de los linderos generales de aquélla. Con buen juicio los tres peritos: Urbano Lafaurie, Juan Manuel Vargas y Francisco Iriarte, en escritos separados manifestaron textualmente: 'De este recorrido se desprende claramente que los lotes ocupados por Cantillo hacen parte de la finca 'Mavi'. Queda pues demostrado con prueba excelente, como es el dictamen de tres expertos, que las porciones territoriales que se demandan son segmentos del inmueble 'Mavi'. Vale decir que son partes integrantes de dicho bien. Surge de lo dicho que están plenamente probados el título y la identificación".

La posesión del demandado surge muy claramente de la manifestación de los actores, de la confesión del demandado, por medio de su apoderado, que dice: "mi mandante posee, desde principios de 1943, dos porciones de terrenos que

eran terrenos montañosos cuando él entró en ellos y que hubo de descuajar; y que luego cultivó y mantiene cultivados, sin ser molestado por nadie hasta el año de 1949" y del concepto pericial, pues los expertos dijeron: "Esos lotes (los del pleito) aparecen ocupados por el señor Cantillo que se encontró en ellos y señaló los cultivos que se encuentran en ellos".

En cuanto a la singularidad de las parcelas, dice el sentenciador que los actores no se limitaron a manifestar que los dos lotes que posee Cantillo se hallan enclavados en la finca 'Mavi' sino que los precisaron, los particularizaron, "los alindaron en forma tal, que su ubicación geográfica es perfecta. De modo que no pueden confundirse con otro u otros".

Trae la sentencia una parte que es de mucha importancia y es aquella en donde analiza las declaraciones de los testigos que aportó la parte demandada para demostrar que los terrenos sobre que versa el pleito, estaban poblados de bosques cerrados en el año de 1943; que esos bosques fueron derribados a golpes de hacha por el demandado Cantillo y que, la finca "Mavi" no tenía, ni ha tenido cercas. Declararon también los testigos que Vicente Cantillo vendía como suyos los frutos de las porciones que ocupaba.

"Es verdad, dice el Tribunal, que muchos de esos testimonios fueron favorables al demandado. Empero, la otra parte también aportó los de Juan Pastor Esmeral, Juan Estrada y José Rosario Campuzano que se contraponen a lo dicho por aquéllos.

"Ante esta situación el Tribunal prescinde de ellos porque dejan en el ánimo fuerte duda. Y también porque hay una prueba de visu que es excelente, y que prima sobre declaraciones de testigos, contraria a la de los testimonios del demandado, que es la inspección ocular, en cuya acta se lee:

"...Y tomando como base el examen tanto del globo general o sea la finca 'Mavi' así como los dos globos ocupados por el señor Vicente Cantillo, descrito en su debida oportunidad, se pudo establecer por el personal diligenciario (que desde luego comprende también al juez y peritos) que el globo general se encuentra cercado en su totalidad por alambre de púas, de **antigua data** (subraya la Sala), sin que se pueda establecer con precisión la época en que fueron construídas.

"En sentir de la Sala esta probanza deja sin efecto las declaraciones de Mercados Sarmiento y otros, y las alegaciones del procurador del reo, en cuanto afirman que Vicente Cantillo entró a dichas parcelas creyendo que éstas tenían el carácter de baldías...".

Transcribe el Tribunal los preceptos del artículo 12 de la ley 200 de 1936 y del artículo 47 del decreto reglamentario de esa ley, que es el número 59 de 1948, los que indican que para que tenga operancia la prescripción adquisitiva a que se refieren tales textos, se requiere que el predio ocupado no haya estado demarcado por cerramientos artificiales ni deben existir en él señales de las cuales aparezca que el predio era de propiedad particular, y dice:

"Del acta de inspección ocular surge la evidencia de que aunque no se sabe con precisión, desde cuándo hay cercas que circundan el fundo 'Mavi', en todo caso las hay 'y de vieja data'. Y esto hace pensar en que, dada la circunstancia de que se trata de terrenos en una región tan explotada como es la de Orihueca, puede decirse que muy cerca de la población de aquel Corregimiento no parece creíble que Cantillo imaginase que se trataba de predios baldíos. Sobre todo, si no se olvida que en el proceso hay pruebas aportadas por su abogado, que él celebró un contrato con uno de los Nogueras para cultivar las parcelas, sobre las cuales versa esta controversia...

"Finalmente: la Sala no puede olvidar que debido al colapso de la industria bananera por la guerra mundial, en la época en que ocupó la finca 'Mavi' el demandado Cantillo, las tierras de la Zona Bananera no fueron transitoriamente atendidas, pero sin que pudiera atribuírseles el carácter de baldías".

Contra la sentencia del Tribunal se alzó en casación la parte demandada y dentro del término legal formuló el recurrente la demanda de casación, pero cometió el error, dentro de la técnica del recurso, de no expresar la causal que se propuso aducir para pedir la infirmación del fallo. Es bien sabido que el artículo 531 del Código Judicial ordena, que entre otros requisitos, se cumpla con el que pasó por alto el recurrente.

Varios son los motivos, o causales, por los cuales procede el recurso de casación, y ellos están taxativamente enumerados en el artículo 520 del Código citado, y ante la Corte es obligación del recurrente citar cuál o cuáles son los motivos que tiene para acusar la sentencia; se ha repetido hasta la saciedad que el recurso de casación no es una tercera instancia, pues tal recurso trata de enjuiciar la sentencia por errores **in judicando** o por errores **in procedendo,** que hayan podido

ser cometidos por el sentenciador. Por esto lo primero que debe contener una demanda de casación es la enunciación de la causal o de las causales que se tengan para pedir la infirmación del fallo acusado. Esto, entre otras razones, para facilitar el examen que de la demanda de casación debe hacer la Corte al estudiar el recurso.

No obstante esta observación, se entra en el estudio de los cargos porque del contexto de la demanda puede deducirse que esos cargos se formulan por la causal primera del citado artículo 520.

Tres cargos presenta el recurrente contra la sentencia, los que adolecen también de varios errores de técnica, y que se estudiarán en el orden en que han sido propuestos.

Primer cargo

"Acuso la sentencia por error en la apreciación de pruebas en cuanto se desestimó el valor probatorio de las declaraciones de los testigos presentados por el demandado..., pues el Tribunal no observó que los testigos unánimemente afirman, expresando la razón de su dicho, que cuando el demandante ocupó los dos lotes materia de la litis, tanto éstos como 'Mavi', el globo general del cual forman parte dichos lotes eran terrenos de bosques cerrados, que el demandante tuvo que derribar a golpes de hacha, es decir, eran terrenos incultos, sin explotación económica.

"El Tribunal igualmente erró en la apreciación de los testimonios presentados por el demandante... en cuanto ellos afirman que la finca estaba 'amontada por haber sido abandonada', es decir, afirman igualmente que la finca era inculta y no tenía explotación económica ya que no puede considerarse como cultivo el banano que algunos de los testigos dicen que había entre el rastrojo.

"Los testigos están por lo tanto conformes en la afirmación de que la finca no tenía cultivos; no había explotación económica; en lo que sí difieren es en la apreciación del origen del abandono (bosque cerrado o rastrojo, pero de todas maneras ausencia de explotación económica).

"Por lo cual debemos concluir forzosamente que el Tribunal erró manifiestamente, con error de hecho al no apercibirse que los testigos presentados por las partes probaron plenamente que tanto el globo general 'Mavi' como los lotes ocupados por Cantillo no tenían explotación económica antes de que éste iniciara su ocupación en el año de 1943.....

"El error de hecho en que incurrió el Tribunal, condujo a su vez a un error de derecho en la apreciación de estas mismas pruebas, según el artículo 697 del C. J., que reglamenta el valor probatorio de la prueba testimonial y violó por lo tanto por infracción directa dicha disposición, por no haberla aplicado, siendo aplicable.

"La desestimación de los testimonios presentados por ambos litigantes, por parte del Tribunal, tuvo por consecuencia que violara por infracción directa por falta de aplicación los artículos 1º, 2º y 5º de la ley 200 de 1936; el artículo 4º de la Constitución Nacional; los artículos 675 y 665 del C. C. y el artículo 44 del Código Fiscal; igualmente violó por aplicación indebida, los artículos 946 y 950 del C. C., que el sentenciador aplicó sin citarlos".

Desarrolla su argumentación sobre el tema de que los dos globos de terreno que posee el demandado estaban completamente abandonados, eran terrenos incultos y carecían de explotación económica, cuando Cantillo entró a ocuparlos y a establecer en ellos cultivos por su propia cuenta.

Dice que en tales condiciones los mentados terrenos tienen el carácter de baldíos y que pertenecen a la Nación, no a los demandantes, quienes por tal causa carecen de "personería sustantiva" para pedir la reivindicación.

Error de hecho en la estimación de las declaraciones de los testigos y error de derecho en la apreciación de esas mismas declaraciones, son los cargos que parecen resaltar del contenido de la demanda. Pues bien: el Tribunal consideró una a una las declaraciones de los testigos presentados por las partes y expresó en forma muy clara, que los presentados por el demandado son favorables para las pretensiones de éste, pero que los aducidos por la parte actora contradicen a los primeros. Esta afirmación del sentenciador no contradice la realidad, pues basta leer las declaraciones para convencerse de que el Tribunal está en lo cierto. Ante esa situación, el Tribunal hizo uso del poder discrecional que tiene el juez para apreciar la prueba testimonial y dio cabal aplicación al artículo 702 del Código Judicial, que le permite prescindir de las exposiciones de testigos, cuando sobre un mismo punto se presentan declaraciones contradictorias.

"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 defiere. Ese margen implica una valla a la revisión del superior". (Casación, 16 de agosto de 1937, G. J. XLV, 431).

Si esto es así, como efectivamente lo es, entonces el Tribunal resolvió prescindir de las declaraciones de los testigos, y su juicio no puede revisarse en casación, lo que equivale a decir que no está probado el error de hecho que alega el recurrente.

Y si no existe ese error de hecho, menos existe el error de derecho en la apreciación de esas mismas pruebas, porque el artículo 697 del C. J., que se cita como violado, debe entenderse en su sentido propio, para el caso de que no exista el factor que autoriza al sentenciador para prescindir de la prueba testimonial, de acuerdo con el artículo 702 citado.

Si la desestimación que hizo el Tribunal de los testimonios estaba dentro de su libertad para apreciar las pruebas y ese juicio es intocable en casación, no surge por ninguna parte la violación de los artículos de la ley 200 de 1936, del 4º de la Constitución Nacional, de los del Código Civil y del 44 del Código Fiscal, que cita el recurrente. El cargo, pues, carece de base y por eso se rechaza.

Cargo segundo

Error de derecho en la apreciación que hizo el Tribunal de la escritura número 78 de 30 de abril de 1940, otorgada en la notaría primera del circuito de Santa Marta, por la cual los demandantes compraron a la Magdalena Fruit Company, junto con otros terrenos el globo general 'Mavi' del cual forman parte los lotes poseídos por el demandante (sic), instrumento que obra a los folios 9 a 15 del cuaderno principal"... "y lo hago consistir en que de conformidad con la ley de tierras no demuestra por sí solo la propiedad del globo general 'Mavi' ".

Dice el recurrente que de conformidad con la ley 200 de 1936, para que pueda triunfar la acción reivindicatoria no le basta exhibir (al reivindicante) su título de propiedad, sino que es necesario, y a ello está obligado, que presente alguno de los títulos a que se refiere el artículo 3º de la misma ley, pues de conformidad con el artículo 2º, se presume que el terreno es baldío.

El recurrente parte de la base de que el fundo "Mavi" es un terreno baldío y por eso afirma que frente al título de propiedad que exhiben los demandantes se encuentra el derecho real de dominio en favor de la Nación, por ser el terreno baldío, derecho que es preexistente ya que se remonta a la Corona de España.

"Como en el caso de autos el Tribunal en su sentencia consideró probada la propiedad particular del actor en el fundo a que se refiere la reivindicación, con la presentación de la sola escritura materia de este cargo, sin tomar en cuenta que junto con la escritura ha debido exigir la prueba de la explotación económica, admitió por error de derecho una prueba insuficiente y violó por infracción directa los artículos 1º, 2º y 3º de la ley 200 de 1936, que contienen la presunción de que los terrenos incultos son baldíos y la única manera de desvirtuar esta presunción, no es la presentación de un solo título inscrito en época relativamente reciente.....".

Y dice que violó la sentencia los mismos textos legales que enumera en el cargo primero, por cuanto el Tribunal ordenó la entrega de los fundos a los demandantes Noguera "en menoscabo del derecho real de la Nación, en los fundos que ordenó entregar".

Se considera:

El argumento principal del recurrente consiste en que el Tribunal cometió error de derecho al apreciar que la escritura número 78 de 30 de abril de 1940, por medio de la cual los demandantes Nogueras compraron la finca "Mari" a la Magdalena Fruit Company, no es título de dominio suficiente porque ellos han debido comprobar que poseían la finca mediante explotación económica, pues si no lo prueban, el fundo debe considerarse como terreno baldío y por lo tanto de propiedad de la Nación, y por lo mismo la entrega del predio a los demandantes estuvo mal decretada porque ellos no son los dueños.

Apoya su argumentación en las disposiciones de la ley 200 de 1936, que cita en su demanda.

Pero está en un error el recurrente, porque los artículos 1º, 2º y 3º de la ley 200 de 1936, en cuanto a controversias respecto del derecho de dominio territorial de los fundos rurales sólo tiene operancia cuando se trate de dirimir las que se susciten entre el Estado y los particulares.

En litigios entre particulares respecto al dominio territorial no basta alegar, contra quien presenta su título de dominio debidamente registrado, anterior al hecho de la posesión del demandado, que el terreno es baldío, porque en último análisis tal alegato implicaría la afirmación de dueño sobre la parcela poseída con explotación económica, sobre la base de tratarse de tierras baldías; pero en presencia de un título inscrito anterior a esa posesión, ésta no es apta para contradecir eficazmente el mérito del título, sino asumiendo las características de la usucapión agraria de los artículos 12 de la citada ley 200 y 4º del decreto número 59 de 1938.

En el presente caso el Tribunal consideró que los dos globos de terreno que tiene ocupados el demandado Cantillo, pertenecen a los demandantes Nogueras, y no los considera como baldíos, entre otras razones porque esos globos de terreno están enclavados, formando parte de él, dentro del fundo llamado "Mavi" que los Nogueras compraron a la Magdalena Fruit Company, fundo que está cercado "de vieja data".

Esta apreciación del Tribunal es lógica y no contradice las constancias del proceso.

Por las consideraciones que preceden, se rechaza el cargo.

Cargo tercero

Error de derecho en la apreciación de la inspección ocular practicada el 9 de diciembre de 1952, porque el Tribunal creyó ver en el acta de esa diligencia la prueba de que antes de la ocupación por parte de Cantillo, el globo general tenía cercas. Hace consistir el error en que el Tribunal convirtió la afirmación de que las cercas que el día de la inspección se encontraron en la finca, eran de antigua data, en la demostración de que tenían más de nueve años de puestas, "y por lo tanto las funciones del juez, secretario y testigos actuarios se convirtieron en funciones atribuídas exclusivamente por la ley a los peritos, lo cual viola lo dispuesto en los artículos 724 y 730 del C. J., disposiciones que determinan el objeto de la inspección ocular y el valor probatorio de su acta y lo limitan exclusivamente a las cosas o hechos observados por el juez, siendo materia de la actividad de los peritos que hayan podido intervenir, los conceptos que ellos formulen como consecuencia de los razonamientos que hagan con fundamento en la ciencia o arte que profesen....'.

Error de hecho en la apreciación de la escritura número 78 de 30 de abril de 1940, que contiene la venta de la Magdalena Fruit Company a la familia Noguera del globo "Mavi", porque el Tribunal creyó ver en esa escritura la prueba de que los lotes materia de la reivindicación habían sido objeto de explotación económica, antes de 1943, época de la ocupación por parte de Cantillo, porque se dice que sobre el globo general "Mavi" se hicieron operaciones comerciales de compra y venta de banano, pero que no hay prueba de que esa clase de negocios se hubieran cumplido por parte de los cultivadores "y si lo fuera que el globo 'Mavi' hubiera contribuído al cumplimiento, pues no hay ninguna razón para pensar que ya estuviera descuajado el monte o limpiado el rastrojo".

Error de derecho en la apreciación de la demanda de lanzamiento de Euclides Noguera contra Vicente Cantillo, pues la simple demanda, el auto que la admite y la sentencia en contra de Noguera, no significa que el demandado haya aceptado las afirmaciones del demandante en ese juicio de lanzamiento.

Error de hecho por la desestimación que hizo de los testimonios aducidos por la parte demandada y por la apreciación de los testimonios de Juan Pastor Esmeral, Juan Estrada y José Rosario Campuzano, presentados por la parte actora; violación directa por falta de aplicación del artículo 12 de la ley 200 de 1936 y violación por falta de aplicación del artículo 12 de la ley 153 de 1887, porque el Tribunal aplicó el artículo 47 del decreto 59 de 1938, reglamentario de la ley 200 de 1936, y, en sentir del recurrente, no ha debido el sentenciador aplicar el artículo citado del decreto en mención.

Se considera:

La diligencia de inspección ocular practicada el 9 de diciembre de 1952 (f. 22, cuad. de pruebas del demandado) se practicó por el juez 2º civil del circuito de Ciénaga, con intervención de testigos actuarios y con el objeto de establecer hechos, especialmente para determinar si el globo de terreno de que hacen parte las dos porciones ocupadas por el demandado, se encuentra cercado en su totalidad por cercas de alambres de púas, de antigua data. Esto fue visto por el juez, el secretario y los testigos actuarios, y de ello quedó constancia en el acta respectiva, que fue la que el Tribunal estimó en la sentencia.

Se trata, pues, de una inspección ocular destinada a reconocer hechos que no exigen conoci-

mientos especiales, sino que por estar sometidos a los sentidos, son susceptibles de ser percibidos por personas de recto criterio. Para nada tienen que intervenir en esta clase de diligencias los conocimientos técnicos de peritos, pues tales conocimientos no son necesarios para determinar si un predio se encuentra o no cercado en su totalidad.

Los artículos 724 y 730 del Código Judicial no se refieren sólo a las inspecciones oculares en las que actúan peritos, sino a las en que intervienen el juez y los testigos actuarios; tratándose de la inspección ocular, se presentan dos clases de pruebas: la una que se refiere a los hechos mismos percibidos por el juez y los testigos actuarios, y que hace plena prueba respecto a lo observado en la diligencia; y la otra cuando intervienen peritos, los que deben dictaminar sobre cuestiones técnicas y cuyo valor probatorio se regula íntegramente por las normas referentes a la prueba pericial. Con esta distinción se llega al convencimiento de que la inspección ocular practicada en este juicio, nada tiene que ver con la prueba pericial y que por lo tanto, el sentenciador, al apreciarla como prueba de los hechos que en el acta respectiva se hicieron constar, no asume las funciones propias de peritos, y por consiguiente no violó ninguno de los artículos que el recurrente acusa como violados, sino que, por el contrario, los aplicó correctamente.

La escritura número 78 de 30 de abril de 1940, venta de la Magdalena Fruit Company a la familia Noguera, fue estudiada por el sentenciador y de ella dedujo que el predio "Mavi", en época muy anterior al presente juicio, fue objeto de transacciones comerciales entre los antiguos dueños de esa finca, y posteriormente, a partir de 1928, se hicieron negociaciones sobre compra y venta de bananos que en la finca se producían. En la misma escritura se encuentran estipulaciones que no dejan duda sobre el hecho de que la finca fue cultivada desde antes del año de 1940, pues en el citado instrumento se estipula, como forma de pago, la entrega que debían hacer los compradores Noguera a la empresa vendedora, de cierta cantidad de banano producido en la finca, para abonar el precio de la misma finca, y se constituye prenda agraria sobre esos frutos; se dice también que en la venta quedan incluídos los enseres destinados a la explotación del fundo y se reglamenta el derecho a las aguas para beneficio del mismo. Todo esto hace concluir que el citado globo de terreno sí estuvo cultivado antes de la posesión de las dos pequeñas porciones por parte del demandado Cantillo y por lo tanto no aparece, de modo evidente en los autos, que el Tribunal incurriera en manifiesto error de hecho en la apreciación de la escritura número 78, ya citada, ya que el Tribunal hizo aquellas deducciones por vía indiciaria, campo en el que tiene el más amplio poder discrecional de apreciación.

En cuanto a las declaraciones de los testigos, aportadas por las partes, ya se dijo cómo el Tribunal no las tuvo en cuenta, porque para el sentenciador esas declaraciones dejan "en el ánimo fuerte duda" y esta apreciación no constituye error manifiesto de hecho, tanto más cuanto que al examinar tales declaraciones se ve que ellas son contradictorias y por eso el juicio del Tribunal es intocable en casación.

En cuanto a la violación por infracción directa, por falta de aplicación del artículo 12 de la ley 200 de 1936, queda desvirtuada desde luego que el sentenciador estudió detenidamente el aspecto de la posesión y al declarar que el demandado no es dueño por prescripción de los terrenos en litigio, implícitamente está predicando que no se ha cumplido el fenómeno de la usucapión de corto tiempo a que el citado texto de la ley 200 se refiere. Ahora, en cuanto que el Tribunal haya debido descartar el artículo 47 del decreto reglamentario de la ley citada, se observa que esta disposición no excede la potestad reglamentaria, puesto que se limita a desarrollar la norma en virtud de la cual el poseedor debe probar los requisitos para usucapir, según el artículo 12 de la ley mencionada.

Falta examinar el cargo en cuanto al valor de prueba que le dio el Tribunal a las diligencias que obran en el expediente sobre un juicio de lanzamiento que Euclides Noguera inició contra Vicente Cantillo, y que el recurrente afirma que nada demuestran en cuanto al supuesto contrato que Noguera dice haber celebrado con Cantillo. Es verdad que esas diligencias no demuestran que Cantillo hubiera aceptado la existencia del contrato. Pero también es cierto que esa prueba fue una de las varias que tomó el Tribunal para no aceptar el hecho de que los terrenos de "Mavi" fueran baldíos. Aún sin darle ningún valor a las diligencias sobre lanzamiento, ello no desvirtúa en ningún sentido el juicio del Tribunal, apoyado en otras varias pruebas que permanecen en pie.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Resolución

En mérito de lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en sala de casación civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, de fecha 3 de agosto de 1954, pronunciada en el juicio ordinario de Euclides Noguera y otros contra Vicente Cantillo.

Sin costas.

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

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

El Secretario, **Ernesto Melendro L.**

EFECTOS DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO DE SOCIEDAD

1.—Cuando se declara judicialmente, respecto de los socios, la nulidad absoluta de una sociedad mercántil, por la inobservancia de las formalidades requeridas por la ley para su constitución y publicidad —sanción especialmente prevista en el artículo 472 del Código de Comercio—, la sentencia no hace sino ordenar la disolución y liquidación de la sociedad de hecho. Este es el efecto inmediato y necesario de la declaración de nulidad del contrato social. El artículo 475 del mismo Código establece imperativamente que, declarada la nulidad, los socios PROCEDERAN a la liquidación de las operaciones sociales. Se atemperan en este particular los efectos retroactivos, que normalmente produce toda nulidad absoluta al tenor del artículo 1746 del Código Civil. No pueden aplicarse y no se aplican estos efectos, pues no es factible restituir a las partes contratantes al estado anterior a la celebración del convenio invalidado. Como lo ha venido esclareciendo la doctrina y la jurisprudencia, la nulidad absoluta presenta en este caso rasgos característicos. La sociedad es contrato de ejecución sucesiva y como ella ha vivido de hecho durante algún tiempo, no es posible borrar sus actuaciones en el pasado. Se decreta su terminación y se impone consecuencialmente su liquidación para que se entregue a cada socio lo que debe corresponderle en el patrimonio colectivo. Y de otra parte, la ley contempla la situación de los terceros que han negociado con la sociedad durante su existencia DE FACTO. Según el artículo 477 del Código de Comercio, los socios no podrán prevalerse de la nulidad en relación con los terceros interesados en la existencia de la sociedad, y según el artículo 479 ibidem, los terceros que hayan contratado con la sociedad irregularmente constituída, no podrán sustraerse al cumplimiento de sus obligaciones. Así pues, la nulidad absoluta del contrato de sociedad, como excepción a la norma general, no se proyectará sino sobre el porvenir. Por eso dicen algunos fallos de casación en Francia, que tal nulidad "opera al modo de una sentencia que pronunciara la disolución anticipada de la sociedad". Si la nulidad de la sociedad irregularmente formada se declarase sin haber vivido de hecho, antes de haber desarrollado operaciones sociales, los efectos del fallo podrían quedar reducidos a la restitución de los aportes. Pero es de preverse que la sociedad haya actuado durante un tiempo más o menos largo, celebrando toda clase de contratos, adquiriendo y enajenando bienes, acrecentando y transformando su patrimonio inicial, obteniendo ganancias y pérdidas, distribuyendo utilidades, etc... Es un hecho irreversible que la sociedad ha vivido y resultaría injusto e irrealizable aniquilar las situaciones e intereses creados, fundándose en que no pudo tener existencia alguna por ser nula AB INITIO. El régimen de la sociedad de hecho es el medio práctico y equitativo para conciliar los efectos de la nulidad con el mantenimiento de situaciones ya producidas. Y por lo mismo, al declararse la nulidad del contrato social, debe procederse a la liquidación de la sociedad de hecho, para restablecer a los asociados en el goce individual de sus derechos vinculados al patrimonio común creado por la ejecución del pacto invalidado.

2.—Si el Juez en ejercicio de los poderes extraordinarios que le otorga el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, decreta oficiosamente la nulidad absoluta del contrato social entre los socios, por inobservancia de las formalidades requeridas por la ley para su constitución y publicidad, también puede decretar la liquidación de la sociedad de hecho, aún sin petición de parte, como secuela natural y necesaria de la misma nulidad. En este caso no se puede alegar incongruencia entre las peticiones de la demanda y las resoluciones del sentenciador, pues el sentenciador al declarar oficiosamente la nulidad absoluta y las prestaciones respectivas

no se atiene a los términos de la relación jurídico procesal y falla EXTRA PETITA.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, veintiocho (28) de mayo de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra)

Falla la Corte sobre la demanda de casación formulada por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cartagena el 26 de julio de 1955 en el juicio ordinario que Alfonso U. Mendoza promovió a Enrique Castellanos para que se declarara disuelta la sociedad comercial "E. Castellanos & Cía." y se decretara su liquidación.

I.—Antecedentes

1.—En libelo presentado el 8 de febrero de 1951 ante el Juzgado Civil del Circuito de Sincelejo, Alfonso U. Mendoza promovió juicio ordinario contra Enrique Castellanos para que se declarara disuelta la sociedad comercial "E. Castellanos & Cía.", domiciliada en esa ciudad, y se decretara su liquidación y el nombramiento del liquidador correspondiente.

2.—Sostiene el actor que por escritura número 165 otorgada el 17 de septiembre de 1935 en la Notaría Primera del Circuito de Sincelejo, constituyó con el demandado la sociedad mercantil "E. Castellanos & Cía.", con domicilio social en dicha plaza y cuyo objeto era la explotación de varios negocios, entre ellos el de espectáculos públicos, principalmente cinematográficos; que el capital social de $ 7.000.00 fue aportado por partes iguales; que en el manejo de los negocios sociales el demandado cometió diferentes irregularidades; que el término estipulado para la duración de la sociedad expiró desde el 17 de septiembre de 1940, pero que en vez de cumplirse la liquidación social, los negocios han continuado bajo la gestión singular de Castellanos, con exclusión del otro socio, y que el demandante no ha podido ponerse de acuerdo con el demandado en lo que respecta a la disolución y liquidación de la nombrada compañía.

3.—El demandado se opuso a las pretensiones del actor y negó el derecho invocado por éste.

4.—Tramitado el negocio en primera instancia, el Juzgado encontró de las pruebas allegadas al proceso que para la constitución de la sociedad colectiva de comercio "E. Castellanos & Cía." no se observaron todas las formalidades que ad **solemnitatem** prescribe la ley mercantil, a saber: el registro oportuno de la escritura constitutiva en el Libro número 2º y el registro del extracto notarial de dicha escritura en la Secretaría del Juzgado Civil del Circuito de Sincelejo. Y considerando el sentenciador que la inobservancia de tales formalidades acarrea la nulidad absoluta del contrato social entre los socios, la cual aparece de manifiesto en el contrato, podía declararlo oficiosamente de conformidad con el artículo 2º de la Ley 50 de 1936. Por lo cual falló la litis declarando que "es nulo absolutamente entre los contratantes Enrique Castellanos y Alfonso U. Mendoza el contrato de sociedad contenido en la escritura número 165 de 17 de septiembre de 1935" y negando "las peticiones de la demanda, de cuyos cargos se absuelve al demandado".

5.—Por apelación de ambas partes el Tribunal Superior de Cartagena revisó la decisión precitada, que fue reformada en los siguientes términos:

"1º—Declárase que es nulo absolutamente entre los contratantes Enrique Castellanos y Alfonso U. Mendoza el contrato de sociedad contenido en la escritura pública número 165 de 17 de septiembre de 1935;

"2º—Decrétase la liquidación de la sociedad de hecho que se constituyó entre los señores Enrique Castellanos y Alfonso U. Mendoza, y a que se refiere el presente juicio.

"3º—No es el caso de hacer en este fallo el nombramiento de liquidador.

"4º—Decláranse no probadas las excepciones propuestas.

"5º—No hay condenación en costas para las partes, ni en la primera ni en la segunda instancia".

6.—En ejercicio del recurso de casación presentado por el demandado, éste ha impugnado la sentencia del Tribunal Superior de Cartagena, sobre cuya firmeza debe decidir la Corte en esta oportunidad, ya que se han surtido previamente los trámites de ley.

II.—Sentencia acusada

El Tribunal en el fallo recurrido examina y prohija las consideraciones del Juzgado para declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato social celebrado entre Castellanos y Mendoza, pero se aparta de la sentencia de primera instan-

cia en cuanto a la negativa de la liquidación impetrada. Al respecto el sentenciador expone:

"En concepto del Tribunal, declarado nulo el pacto social, procede decretar la liquidación de la sociedad de hecho existente entre los señores Alfonso U. Mendoza y Enrique Castellanos.

"El artículo 475 del C. de Co. en que se apoya el recurrente, dice, en forma expresa, que cuando se declara la nulidad, en casos como el de autos, "los socios procederán a la liquidación de las operaciones anteriores" para retirar, ello es obvio, lo que cada uno de ellos hubiere aportado y, además, lo que le corresponda por razón de las operaciones dichas. Este derecho lo consagra igualmente el artículo 2083 del C. C. citado también por el doctor de la Espriella; y es el que el apoderado del demandante quiere hacer efectivo cuando solicita que si se declara nulo el contrato social, se procede a liquidar la sociedad de hecho existente entre las mismas partes.

"Para el juez a quo esta liquidación de la referida sociedad de hecho, no es procedente porque la demanda no parte de esa base y, 'por el contrario los hechos fundamentales y el derecho invocado giran alrededor de la existencia de la dicha sociedad como regular colectiva'.

"El apoderado de la parte demandada, doctor Diógenes Arrieta Arrieta, sostiene que la liquidación de la sociedad de hecho debe pedirse en otro juicio; 'porque en la demanda no se pide la liquidación de la sociedad como una consecuencia de la declaratoria de nulidad, sino como consecuencia de la declaratoria de la disolución de la sociedad por haber expirado el plazo de su duración; y entonces la sentencia, de reformarse en el sentido solicitado por el doctor de la Espriella, no estaría en concordancia con las peticiones de la demanda'.

"Lo que el demandante pidió, en realidad, fue la liquidación de la sociedad formada por Mendoza y Castellanos, si bien considerando, equivocadamente, que se trataba de una sociedad de derecho. De manera que si el fallo decreta esa liquidación, aun considerando a dicha sociedad como de hecho, se ajustaría a lo prescrito en el artículo 471 del C. de P. C., por cuanto estaría en consonancia con lo pedido.

"Por otra parte ninguna disposición legal exige que en casos como el de autos, la liquidación de la sociedad deba ser materia de un juicio distinto del en que se decretó la nulidad del contrato social; y, por el contrario, el artículo 475 del C. de C. T. dispone:

"'Declarada la nulidad, pendiente aún la sociedad de hecho, los socios procederán a la liquidación de las operaciones anteriores, sujetándose a las reglas del cuasicontrato de comunidad'.

"Por lo que se deja expuesto, el Tribunal estima que es procedente decretar la liquidación de la sociedad de hecho, de que se viene tratando".

III. — Demanda de casación

El recurrente acusa la sentencia por las causales segunda y primera señaladas en el artículo 520 del Código Judicial, y formula los cargos así:

La sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por el demandante, puesto que éste pidió la liquidación de la sociedad "E. Castellanos & Cía." como sociedad de derecho, y el Tribunal ordenó su liquidación como sociedad de hecho;

La sentencia es violatoria de la ley sustantiva: a) Por infracción directa de los artículos 593 del Código Judicial y 1757 del Código Civil; b) por interpretación errónea de los artículos 208 y 209 —ordinal 3º— del Código Judicial, y aplicación indebida del artículo 475 del Código de Comercio; c) por error de hecho manifiesto en la apreciación de la demanda, a consecuencia del cual violó el artículo 475 del Código de Comercio, indebidamente aplicado al caso del pleito.

IV.—Examen de los cargos.

El recurrente ataca la sentencia no en cuanto ésta declaró de oficio la nulidad absoluta del contrato social contenido en la escritura pública número 165 de 17 de septiembre de 1935, sino en cuanto decretó la liquidación de la sociedad de hecho formada entre Castellanos y Mendoza. Por eso el recurrente dice en su libelo que acusa "parcialmente la sentencia: la decisión relativa a la nulidad absoluta no ha sido impugnada en casación.

La acusación afirma que el fallo es incongruente, porque "el actor demandó la liquidación de una sociedad de derecho, por haber expirado el plazo de su duración y el Tribunal no resolvió sobre ese extremo; el Tribunal, en cambio, decretó la liquidación de una sociedad de hecho, extremo que no fue suplicado en el libelo".

Dice el recurrente:

"Al decretarse en la sentencia acusada la liquidación de una sociedad de hecho constituída entre Enrique Castellanos y Alfonso U. Mendo-

za, el Tribunal extendió su decisión a un punto que no era materia de la controversia planteada con la demanda o que estaba fuera de los límites señalados por el actor; generando así una disconformidad o desacuerdo entre los extremos petitorios de la demanda y los términos resolutorios de la sentencia.

"La Corte ha sostenido invariablemente que además de la incongruencia entre los extremos petitorios del libelo y los términos resolutorios de la sentencia, da cabida a la causal segunda de casación el hecho de que el fallador deduzca una acción distinta de la ejercitada por el demandante, variando la fundamentación de hecho y de derecho de la demanda. Por este otro aspecto es también procedente la causal invocada, por cuanto en el presente juicio, conforme claramente resulta de los hechos de la demanda, de las súplicas en ella contenidas y de la fundamentación de derecho aducida por el actor, se ejercitó la acción consagrada por los artículos 2124 y 2141 del Código Civil en concordancia con los artículos 535 y 536 del Código de Comercio, con fundamento en los cuales puede un socio de una sociedad regular o de derecho pedir que se declare disuelta la sociedad por la expiración del plazo de su duración, e impetrar las súplicas consecuenciales de la anterior, de que declarada disuelta la sociedad de derecho se ordenen su liquidación y se nombre el liquidador que deba efectuarla. No se ejercita en este negocio la acción deducida del artículo 2083 del Código Civil relacionado con el artículo 475 del Código de Comercio, o sea, la que tiene como base el derecho del socio de hecho a pedir que se declare la nulidad de la sociedad y se liquiden las operaciones realizadas para sacar lo que hubiere aportado; o lo que es lo mismo, la que con apoyo en dichas disposiciones hace procedente la solicitud de cualquier socio, de que se declare nula la sociedad de hecho y se ordene consecuencialmente su liquidación.

"En parte alguna del libelo con que se inició este juicio el actor aduce como hecho de la demanda la existencia entre las partes de la sociedad de hecho a que hace referencia el Tribunal como materia de la controversia en el fallo acusado; ni se suplica en dicha demanda de manera principal, consecuencial o subsidiaria que se ordenen la liquidación de la sociedad de hecho a que alude el fallo recurrido; ni en la fundamentación de derecho de la expresada demanda cita el actor los artículos 2083 del Código Civil y 475 del Código de Comercio".

Expone el acusador sus razonamientos para sustentar la violación de la ley sustantiva, en torno de la misma crítica sobre el proceder del sentenciador al decretar la liquidación de una sociedad de hecho, desoyendo las voces clarísimas de la demanda.

Y de esta suerte, en sentir del impugnante, el Tribunal violó directamente los artículos 593 del Código Judicial y 1757 del Código Civil, pues no habiéndose demostrado por el actor la existencia de la sociedad "E. Castellanos & Cía.", como sociedad regular o de derecho, cuya liquidación se impetraba, ha debido absolverse al demandado: interpretó erróneamente los artículos 208 y 209 —ord. 3º— del Código Judicial, al considerar reformada la demanda por la petición que el apoderado del actor hizo en su alegato de segunda instancia para que, si se declaraba la nulidad absoluta del contrato social, se ordenase la liquidación de la sociedad de hecho, e infringió consecuencialmente el artículo 475 del Código de Comercio, al decretar tal liquidación; y a causa de errónea apreciación de la demanda se violó la misma norma de la ley mercantil, porque el Tribunal decretó la liquidación de una sociedad de hecho, siendo así que en la demanda se pidió claramente la liquidación de una sociedad regular o de derecho.

Por el resumen de la acusación, se comprende muy bien que los cargos son aspectos de una misma censura al fallo, a saber, el haberse decretado **extra petita** la liquidación de la sociedad de hecho formada entre Mendoza y Castellanos.

La Sala examina globalmente los cargos, para lo cual se considera:

El Tribunal declaró oficiosamente la nulidad absoluta de la sociedad constituída entre Mendoza y Castellanos, por hallarse demostrado en los autos que fueron pretermitidas las formalidades de la inscripción oportuna de la escritura número 165 de 17 de septiembre de 1935, y del registro mercantil del extracto notarial en la Secretaría del Juzgado del Circuito de Sincelejo, declaración fundada en los artículos 465, 469, 472 y 473 del Código de Comercio y 2º de la Ley 50 de 1936.

Y como consecuencia de tal declaración, el Tribunal decretó la liquidación de la sociedad "E. Castellanos & Cía.", lo que además estaba pedido en el libelo bajo el supuesto erróneo de que la sociedad se había formado regularmente hallán-

dose disuelta por la expiración del plazo estipulado.

Para decretar la liquidación, el Tribunal no consideró reformada extemporáneamente la demanda inicial, contra lo dispuesto en los artículos 208 y 209 —ord. 3º— del Código Judicial, como lo asevera el recurrente; ni interpretó erróneamente el libelo de demanda atribuyendo al actor una **causa petendi** distinta de la que claramente allí aparece en los fundamentos de hecho y de derecho.

El Tribunal podía decretar tal lo hizo, la liquidación de la sociedad de hecho, aún sin petición de parte, como secuela natural y necesaria de la nulidad absoluta del contrato social entre los socios, la cual el sentenciador hubo de declarar oficiosamente en ejercicio del poder extraordinario que le otorga el artículo 2º de la Ley 50 de 1936.

Cuando se declara judicialmente, respecto de los socios, la nulidad absoluta de una sociedad mercantil, por la inobservancia de las formalidades requeridas por la ley para su constitución y publicidad —sanción especialmente prevista en el artículo 472 del Código de Comercio— la sentencia no hace sino ordenar la disolución y liquidación de la sociedad de hecho. Este es el efecto inmediato y necesario de la declaración de nulidad del contrato social. El artículo 475 del mismo Código establece imperativamente que, declarada la nulidad, los socios **procederán** a la liquidación de las operaciones sociales.

Se atemperan en este particular los efectos retroactivos, que normalmente produce toda nulidad absoluta al tenor del artículo 1746 del Código Civil. No pueden aplicarse y no se aplican estos efectos, pues no es factible restituir a las partes contratantes al estado anterior a la celebración del convenio invalidado. Como lo ha venido esclareciendo la doctrina y la jurisprudencia, la nulidad absoluta presenta en este caso rasgos característicos. La sociedad es contrato de ejecución sucesiva y como ella ha vivido de hecho durante algún tiempo, no es posible borrar sus actuaciones en el pasado. Se decreta su terminación y se impone consecuencialmente su liquidación para que se entregue a cada socio lo que debe corresponderle en el patrimonio colectivo. Y de otra parte, la ley contempla la situación de los terceros que han negociado con la sociedad durante su existencia **de facto.** Según el artículo 477 del Código de Comercio, los socios no podrán prevalerse de la nulidad en relación con los terceros interesados en la existencia de la sociedad, y según el artículo 479 ibidem, los terceros que hayan contratado con la sociedad irregularmente constituída, no podrán sustraerse al cumplimiento de sus obligaciones. Así pues, la nulidad absoluta del contrato de sociedad, como excepción a la norma general, no se proyectará sino sobre el porvenir. Por eso dicen algunos fallos de casación en Francia, que tal nulidad "opera al modo de una sentencia que pronunciara la disolución anticipada de la sociedad".

Si la nulidad de la sociedad irregularmente formada se declarase sin haber vivido de hecho, antes de haber desarrollado operaciones sociales, los efectos del fallo podrían quedar reducidos a la restitución de los aportes. Pero es de preverse que la sociedad haya actuado durante un tiempo más o menos largo, celebrando toda clase de contratos, adquiriendo y enajenando bienes, acrecentando y transformando su patrimonio inicial, obteniendo ganancias y pérdidas, distribuyendo utilidades, etc. Es un hecho irreversible que la sociedad ha vivido y resultaría injusto e irrealizable aniquilar las situaciones e intereses creados, fundándose en que no pudo tener existencia alguna por ser nula **ab initio.** El régimen de la sociedad de hecho es el medio práctico y equitativo para conciliar los efectos de la nulidad con el mantenimiento de situaciones ya producidas. Y por lo mismo, al declararse la nulidad del contrato social, debe procederse a la liquidación de la sociedad de hecho, para restablecer a los asociados en el goce individual de sus derechos vinculados al patrimonio común creado por la ejecución del pacto invalidado.

Por lo expuesto, se comprende que en el caso **sub judice** el fallo acusado no es violatorio de la ley sustantiva, ni adolece de incongruencia, al haber ordenado la liquidación de la sociedad de hecho formada entre Castellanos y Mendoza, ya que —repite la Sala—, tal decisión era secuela natural y necesaria de su disolución a causa de la nulidad declarada.

"No hay incongruencia entre las peticiones de la demanda y las resoluciones del sentenciador —ha dicho la Corte— cuando el juez al declarar de oficio una nulidad absoluta y las consiguientes restituciones con fundamento en el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, no se atiene a los términos de la relación jurídico procesal y falla **extra petita,** con la natural limitación de que la nulidad sea

pronunciada con audiencia de quienes celebraron el acto inválido",

Guarda armonía con la doctrina transcrita, lo expuesto por esta Sala en varias sentencias anteriores, a saber:

"Si declarada la nulidad del contrato, las partes deben ser restituídas **de jure** al estado anterior, la prestación respectiva, que conduce a que la restitución se verifique, se debe también **de jure**, y procede en ello **oficiosamente la justicia**, sin necesidad de demanda". (Casación: junio 28 de 1919, T. XXVII, número 1410, pág. 213; noviembre 28 de 1946, T. **LXI, números 2040-2041**, pág. 466).

De estas conclusiones la Sala deduce además que queda al vacío la acusación del recurrente en cuanto al quebrantamiento directo de los artículos 593 del C. J. y 1757 del C. C. consistente en no haberse absuelto al demandado debido a la falta de prueba de la sociedad regular o de derecho, así como son infundados los demás cargos examinados.

IV. — Resolución

En mérito de las consideraciones expuestas la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley. NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cartagena el 26 de julio de 1955, objeto del recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

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

Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

CASACION CONTRA SENTENCIA APROBATORIA DE PARTICION VERIFICADA EN EL JUICIO DE DIVISION MATERIAL DE BIENES COMUNES

1.—Dentro de la regulación jurídica aplicable a los juicios divisorios está previsto que rehecha la cuenta en cumplimiento del decreto judicial admisorio de objeciones, concluye dentro del proceso la posibilidad de que se presenten reparos al trabajo del partidor. Menos aún habrá aptitud procedimental para revivir objeciones que el juzgador estimó infundadas al tiempo mismo en que dispuso refaccionar la partición por otros conceptos.

Está, pues, sometida a los poderes discrecionales del juzgador en la instancia la proposición conducente a saber si la cuenta rehecha se encuentra conforme con las objeciones que en su oportunidad prosperaran; y su juicio al respecto no es censurable en casación, a menos que adolezca de ostensible arbitrariedad. (V. cas. abril 20 de 1955, LXXX, 41).

2.—Respecto de los poderes del sentenciador en la aplicación de las reglas 7ª y 8ª del artículo 1394 del C. C., la Corte reitera la doctrina contenida en fallo del 15 de febrero de 1955 (G. J. LXXIX, 490).

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

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez)

Con fecha 28 de julio de 1947, el Juzgado 2º Civil del Circuito de Neiva decretó la división material de la casa distinguida con los números 5-57 y 5-67, calle 9ª de la propia ciudad de Neiva, entre los comuneros Jorge Saavedra Arzayús, quien inició el procedimiento, y Marco Antonio Cruz Perdomo. Este proveído recibió confirmación por el Tribunal Superior de aquel Distrito Judicial un año después, el 29 de julio de 1948.

Hecha la partición en julio de 1950 y corrido que fue el correspondiente traslado, formuló objeciones el personero de Cruz Perdomo, así: 1ª por no haberse traído a los autos el comprobante de la cuota del comunero Saavedra, aunque en calidad de tal aparezca acreditada; 2ª porque el partidor fijara líneas divisorias de las que resultaran partidas piezas o locales de manera en que habrían de perderse paredes de construcción definitiva y hacer necesario el levantamiento de otras en forma inadecuada; 3ª porque después de quedar clasificada la tierra en lotes de primera, segunda y tercera clase, el partidor adjudicara todo el derecho de Saavedra en la zona de primera clase; y 4ª en cuanto a la formación de lote para el pago de gastos.

Las objeciones se declararon infundadas por el Juez, en providencia del 16 de mayo de 1951, que el Tribunal Superior revocó en la suya de 16 de octubre de 1951 para admitir en parte las señaladas bajo los números 2, 3 y 4, en tanto que para desestimar la objeción 1ª, dijo:

"Los puntos de vista en el particular sustentados por el objetante son, pues, jurídicos y darían vado a la objeción en estudio si la situación probatoria no se hubiera modificado en el incidente de objeciones. Pero es lo cierto que en éste el opositor demandante pidió, en oportunidad, un certificado del Registrador de instrumentos públicos y privados del Circuito de Neiva, que contiene una relación completa de las tradiciones de dominio en la comunidad, desde sus orígenes hasta en la actualidad en que solamente han quedado dos comuneros: el actor Jorge Saavedra y el demandado Marco A. Cruz Perdomo. Este certificado aclara el título del demandante y la duda que en él se presenta en cuanto a la extensión de su derecho, dando respaldo suficiente a la liquidación verificada por el partidor. De los títulos presentados por ambas partes al juicio, complementados ahora con el certificado del Registrador sobre las tradiciones sucesivas de dominio en la comunidad, desde sus orígenes, se saca, sin tropiezo, la cuenta exacta de los derechos que tiene actualmente cada uno de los comuneros, Jorge Saavedra y Marco Antonio Cruz Perdomo.

Sobre $ 1.950 de valor antiguo, al primero corresponden $ 511.77 y $ 1.438.23 al segundo".

Rehecha la partición, el Juez encontró el nuevo trabajo ajustado a lo dispuesto por el Tribunal y lo aprobó el 26 de enero de 1955. Este fallo fue confirmado en segunda instancia con fecha 2 de abril del mismo año.

Corresponde ahora a la Corte decidir sobre el recurso de casación interpuesto por el representante judicial del demandado Cruz Perdomo.

Primer cargo

El recurrente dice acusar "la sentencia por la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial por violación indirecta de la ley sustantiva.

"La sentencia del H. Tribunal Superior de Neiva del 2 de abril de 1955 —añade— viola los artículos 2338, 2394 del Código Civil y 960 del Código Judicial por interpretación errónea, aplicación indebida y falta de aplicación".

Considera que el artículo 2338 del Código Civil impone a las partes la obligación de llevar al juicio divisorio noticia exacta del derecho de cada comunero, lo que no puede "subsanarse mediante la presentación de una certificación inoportuna del Registrador de instrumentos públicos que apenas refiere las mutaciones de una propiedad, sin poderse deducir de allí concretamente el derecho de cada uno de los indivisionarios".

Presenta luego argumentos que pueden sintetizarse así:

Que al certificado del Registrador no cabía darle valoración jurídica demostrativa del dominio; que los artículos 1387 y 1388 del Código Civil (sobre que deben decidirse previamente por la justicia las controversias sobre derechos a la sucesión, y acerca de que las cuestiones sobre propiedad de objetos en que alguien alegue un derecho exclusivo serán también decididas por la justicia ordinaria, sin que en este segundo caso se retarde la partición), "muy claramente determinan —se lee en la demanda— como deben aparecer determinados los derechos de las partes, cuando en relación con ellos no están de acuerdo las partes, y alguno de los interesados cree tener derechos distintos a los postulados entre sí"; que el juez no puede declarar legalmente ejecutado un acto de partición sobre bases "no legalmente establecidas en el proceso"; que el certificado del Registrador, además de ser ineficaz, no fue presentado en la debida oportunidad procesal; que se omitió "presentar las escrituras contentivas de los traspasos o lo que es lo mismo de las adjudicaciones antecedentes hasta llegar al derecho del demandante"; y, finalmente, que no cabe entender que el partidor "puede verificar acto válido de partición con elementos ajenos al proceso y resolver con facultad legal cuáles son los indivisionarios y los derechos de éstos en la masa común".

Se considera:

Dentro de la regulación jurídica aplicable a los juicios divisorios está previsto que rehecha la cuenta en cumplimiento del decreto judicial admisorio de objeciones, concluye dentro del proceso la posibilidad de que se presenten reparos al trabajo del partidor. Menos aún habrá aptitud procedimental para revivir objeciones que el Juzgador estimó infundadas al tiempo mismo en que dispuso refaccionar la partición por otros conceptos.

"Reformada la partición en los términos ordenados, el Juez la aprueba" —dice el artículo 965 del Código Judicial—. No cabría pensar que el legislador hubiese expresado de manera más clara aquel fenómeno preclusivo, establecido con la finalidad notoria de clausurar el campo propicio para que alguna de las partes, sin fundamento razonable, pudiese dilatar a su albedrío el acto jurídico que pone fin a la comunidad.

Está, pues, sometida a los poderes discrecionales del juzgador en la instancia la proposición conducente a saber si la cuenta rehecha se encuentra conforme con las objeciones que en su oportunidad prosperaran; y su juicio al respecto no es censurable en casación, a menos que adolezca de ostensible arbitrariedad.

En fallo de casación proferido el 20 de abril de 1955, dijo la Corte:

"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". (G. J. LXXX, 2153, 41, 2ª).

Queda visto ya de qué modo el Tribunal rechazó la objeción primera acerca de que el derecho del demandante en la comunidad no estuviese suficientemente determinado, a tiempo en que se admitió parte de los reparos hechos bajo los números 2, 3 y 4. No se trata de que el sentenciador predicara en Jorge Saavedra el carácter de condónimo con base única en certificaciones del Registro, puesto que, primeramente, su titularidad como tal y su prueba no se ha discutido en el juicio y, en segundo término, porque el Tribunal apenas se valió del certificado como elemento complementario de juicio para aclarar el título del actor, lo cual no está en pugna con los principios y normas del derecho probatorio. Con mayor razón no incide el cargo cuando, como es obvio, tales atestaciones del Registrador ingresaron al proceso dentro del artículo abierto precisamente para decidir sobre las objeciones propuestas.

Por otra parte, si el sentenciador encontró el nuevo trabajo de partición ajustado a la providencia en que fueron admitidas algunas objeciones y otras rechazadas, su juicio discrecional a ese respecto previsto en vigor, como que aparece ajeno a impugnación por arbitrariedad, y no puede revivirse dentro del recurso extraordinario una objeción que en la instancia fue oportunamente desestimada.

Segundo cargo

Vuelve el recurrente a objetar la partición aprobada, por cuanto considera que el sentenciador no se atemperó al proveído que dispuso rehacer ese trabajo. Alega como necesario el requisito de que la nueva cuenta se ajustara al pie de la letra a las instrucciones del Tribunal, ordenadas al cumplimiento de las reglas 7ª y 8ª, artículo 1394 del Código Civil, y observa que apenas en parte fueron atendidas, para afirmar más adelante que el error padecido por el Tribunal "aparece manifiesto no solamente de la lectura de las objeciones, de la decisión jurisdiccional de ellas, sino también de la misma providencia aprobatoria del trabajo particional que acoge los motivos por los cuales el partidor se niega a cumplir sus resoluciones". Añade algunos comentarios al respecto, y concreta el cargo así:

"De suerte que el partidor no cumplió con los términos del pronunciamiento sobre las objeciones, y sin embargo el H. Tribunal contra la evidencia de los hechos, sostiene que sí lo hizo. Constituye dicha afirmación un error de hecho manifiesto pues basta comparar lo indicado en dicho pronunciamiento con lo ejecutado por el partidor para concluir en sentido contrario al fallo del 2 de abril último (1955), aprobatorio de la partición. Y no solamente comete un error de hecho manifiesto en los autos, sino que incide a la vez en error de derecho porque no le dá al trabajo particional el valor probatorio que le corresponde a las voces de los artículos 593 y 632 del Código Judicial. Y como consecuencia el H. Tribunal viola: el artículo 965 del Código Judicial que ordena que solamente reformada una partición en los términos ordenados por el Juez, puede éste aprobarla, y el artículo 1394 del Código Civil, numerales 7º y 8º que disponen que el partidor debe distribuir los bienes entregando cosas de la misma naturaleza y guardando en los lotes la equivalencia y semejanza necesaria para establecer la equidad entre los coasignatarios, ya que habiéndose ordenado cómo se aplican esas reglas, con todo no se hizo con violación de los derechos de la parte demandada".

Se considera:

Queda expuesto como el punto conducen a saber si la cuenta rehecha se atempera o no al proveído judicial que dispuso la refacción, está colocado dentro de la órbita donde se mueven los poderes discrecionales del sentenciador, quien es llamado a resolver provisto de facultades que se refugian en el ámbito de su propia conciencia, de suerte que la censura en casación no está nunca llamada a prosperar si no se demuestra arbitrariedad manifiesta.

"En la equidad natural —ha dicho la Corte— se informan las reglas atinentes a la partición de bienes comunes. Pero como son innumerables las

diversas situaciones de orden práctico que suelen presentarse, el legislador, para atender a todas ellas, se limita por lo común a señalar los principios generales aplicables para conseguir que exista equivalencia y semejanza entre los diversos lotes sacados de la masa partible. Por lo general tales preceptos envuelven poderes discrecionales para el juzgador en la instancia y por lo mismo, rara vez permiten sustentar en casación la causal 1ª, desde luego que se trata de recurso extraordinario, y no de tercer grado en el proceso.

"Así, cuando el artículo 1394 del Código Civil, en su regla 7ª, habla 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 hijuela o lote de la masa partible', y en la regla 8º expresa que 'en la formación de los lotes se procurará no sólo la equivalencia sino la semejanza de todos ellos', marca apenas una directriz general, de la que arrancan los poderes discrecionales del sentenciador en la instancia, sin perjuicio de que con fundamento en las mismas normas puedan los interesados reclamar contra el modo de composición de los lotes, según lo previsto en la regla 9ª. Pero el debate al respecto, salvo arbitrariedad manifiesta, queda cerrado definitivamente en la segunda instancia". (Casación, febrero 15 de 1955. G. J., LXXIX, 2150, 490, 1ª).

En consecuencia, no es viable la acusación.

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 Neiva, proferida con fecha 2 de abril de 1955.

Costas en casación a cargo del recurrente.

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

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

LA FALTA DE PRECIO EN UN CONTRATO DE COMPRAVENTA DA BASE PARA EJERCITAR LA ACCION DE SIMULACION PERO NO LA DE NULIDAD PORQUE ESTA REQUIERE QUE EL ACTO JURIDICO TENGA UNA FORMACION REAL.— ERROR DE HECHO Y DE DERECHO

1. — La jurisprudencia sobre este aspecto es abundante en cuanto dice que el no haber apreciado el fallador una prueba dando por inexistente el hecho que ella demuestra, configura error de hecho específicamente distinto del de derecho que se produce cuando a la prueba no se le da el valor que la ley le asigna.

2.—Sostener que la estipulación del precio recibido no es cierta, es negar "la real formación, la manifestación verdadera" contenidas en los negocios jurídicos cuya validez se ha atacado. Con razón ha dicho la Corte que la nulidad no puede predicarse sino de actos jurídicos propiamente dichos, es decir, de los que tienen una real formación. Situar el debate sobre el presupuesto de que lo dicho por los otorgantes no fue verdad en cuanto al precio de las ventas, sino que éste fue ficticio, es negar la realidad jurídica de aquellos actos y enfocar la litis en el plano de una franca acción simulatoria, que tiene características enteramente distintas de la nulidad aunque con ella tenga puntos tangenciales.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse)

Se entra a resolver el recurso de casación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del Tribunal de Bogotá, fechada el veintitrés (23) de noviembre de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954) en el ordinario de José del Carmen, Heliodoro, Susana, María Lastenia y Graciliana Martínez como representantes de la sucesión de Urbano Martínez contra Emilio Martínez Cárdenas.

Antecedentes

Los sintetiza el fallador así:

"Urbano Martínez vendió a su hijo Emilio Martínez Cárdenas (mayor de edad) dos inmuebles: Una casa de habitación ubicada en la población de Pacho y un predio rural denominado "Santa Ana", ubicado en jurisdicción de ese mismo municipio (escrituras números 642 y 679 de fechas 1º y 9 de septiembre de 1952, de la citada población).

"Muerto el vendedor, en nombre de la sucesión de éste, sus hijos demandaron a Emilio, su hermano, para que por la vía ordinaria se declare la nulidad absoluta de los referidos contratos o subsidiariamente la simulación (absoluta) y la inexistencia de los mismos. Consecuencialmente piden la restitución de las fincas con sus frutos para la sucesión del causante. La demanda fue instaurada ante el Juzgado del Circuito de Pacho...".

Los hechos principales del libelo en síntesis son los siguientes:

"Durante los últimos tiempos de su vida el señor Urbano Martínez fue atendido por su hijo Emilio Martínez, quien le gestionaba todos sus negocios, velando por su salud, y atendiéndolo en todos sus menesteres ya que don Urbano en razón de su avanzada edad de noventa y cinco años, sus enfermedades, y por haber muerto ya su esposa no podía valerse por sí mismo, teniendo que ampararse bajo la protección de don Emilio Martínez Cárdenas.

"Por las razones dichas, entre el señor Urbano Martínez y su hijo Emilio, existió un grandísimo afecto e íntima confianza derivada del buen comportamiento del demandado para con su padre, que llevó a éste a confiarle todos sus intereses ya que Emilio era el único de los hijos de don Urbano que convivía con éste".

Afirma la parte actora que no obstante lo declarado en las escrituras "no existió precio de

venta ni Emilio Martínez Cárdenas pagó suma alguna a Urbano Martínez, porque el contrato era de confianza, y porque Emilio no tenía bienes suficientes para hacer esa cuantiosa erogación"; que dada la edad de don Urbano "y la grave enfermedad que le causó la muerte muy pocos días después estaba imposibilitado para efectuar los actos contenidos en tales instrumentos y consentir los contratos allí expresados".

Continúa el Tribunal: "En el término probatorio la parte actora aportó como únicas pruebas las siguientes:

"a) Dos declaraciones de testigos para acreditar la falta de recursos del comprador;

"b) La hijuela del comprador en el juicio de sucesión de su madre Lastenia de Martínez encaminada a acreditar esa falta de recursos, y

"c) Las posiciones absueltas por el mismo comprador".

"En la diligencia de posiciones al preguntársele al comprador si por carecer de bienes de fortuna no había pagado el precio de las compraventas, contestó: 'No es cierto, y aclaro que las compras a mi padre las hice o las pagué con dinero que le había facilitado yo anteriormente con motivo de su enfermedad y para pagarme mi trabajo' ".

Las sentencias de instancia

El Juzgado a quo absolvió al demandado por no encontrar demostrados los fundamentos de las acciones instauradas. El Tribunal, en sentencia objeto del recurso, confirmó la del inferior.

La casación

Por la causal 1ª del artículo 520 del C. J., se acusa la sentencia, "por ser violatoria de la ley sustantiva proveniente de falta de apreciación de determinadas pruebas y apreciación errónea de las mismas y otras pruebas".

Para sustentar el ataque el recurrente hace un análisis de las pruebas aducidas a los autos y sin la debida discriminación entre los errores de hecho y de derecho en que afirma incurrió el Tribunal. La jurisprudencia sobre este aspecto es abundante en cuanto dice que el no haber apreciado el fallador una prueba dando por inexistente el hecho que ella demuestra, configura error de hecho específicamente distinto del de derecho que se produce cuando a la prueba no se le da el valor que la ley le asigna. Aparece, pues, mal formulado el cargo cuando ataca la sentencia por "error de derecho consistente en que el fallador no apreció en forma alguna" elementos de convicción legalmente producidos en el juicio.

El recurrente encamina todo el cargo a sostener que por los errores cometidos por el Tribunal en relación con la prueba, se quebrantaron las numerosas disposiciones procedimentales y sustantivas que cita, en orden a demostrar que los contratos de compraventa recogidos en las escrituras números 642 y 679 antes anotadas, son absolutamente nulas por falta de precio. La prueba recogida en el juicio se endereza a establecer no que los contratantes adolecieran de falta de capacidad, ni que su consentimiento estuviera viciado, ni que el objeto o causa de los contratos fueran ilícitos o que se hubieran omitido requisitos o formalidades esenciales para su validez sino que el precio estipulado en ellos ($ 28.000.00 en total) fue ficticio, porque el comprador demandado, Emilio Martínez Cárdenas, carecía de solvencia económica para que hubiera podido sufragarlo, siendo ficticias también las anotaciones escriturarias en que se hace aparecer que "el vendedor declara tener recibido a su satisfacción de manos del comprador el precio convenido".

En presencia de este planteamiento probatorio y de las súplicas subsidiarias de la demanda, el fallador, luego de hacer una síntesis de las doctrinas de la Corte sobre el fenómeno de la simulación como figura de específicos y propios caracteres que la diferencian de la acción de nulidad, refiriéndose especialmente a la contenida en el fallo de 8 de junio de 1954 (GACETA JUDICIAL número 2142) manifiesta:

"Considera superfluo el Tribunal después de haber sido dictada la aludida sentencia de la Corte, insistir sobre las razones que determinan la improcedencia de la acción de nulidad cuando se ejercita con base en el carácter ficticio del negocio impugnado. Toda la construcción jurisprudencial elaborada en torno al artículo 1766 se encamina a deslindar la acción de nulidad de la de simulación y a precisar las distintas consecuencias de una y otra... En consecuencia, el Tribunal rechaza, con base en el artículo 1766 del C. C., la acción de nulidad instaurada".

Expuesto lo anterior se ve claramente la improcedencia del ataque formulado por el recurrente, porque el fallador apoyándose en doctrinas de la Corte de notoria vigencia y ante la rea-

lidad que presenta el juicio, estimó que la acción de nulidad era inconducente y que la prueba allegada por la parte actora planteaba el caso de una simulación absoluta cuya declaración no prosperó por las razones apuntadas en el fallo.

El Tribunal, pues, no apreció erróneamente la prueba ni dejó de apreciarla en su totalidad para llegar a la conclusión de la inoperancia o inconducencia de la acción de nulidad como lo dice el recurrente, sino que consideró que alegado por el propio actor el carácter de ficticio del precio estipulado en los contratos, se estaba relievando la existencia no de una nulidad absoluta sino de una simulación en la cual los actos aparentes en donde expresamente se habló del precio recibido, eran los velos que ocultaban pactos secretos que no fueron demostrados. Sostener, como lo hizo la parte actora al través del juicio y ahora en casación, que la estipulación del precio recibido no es cierta, es negar "la real formación, la manifestación verdadera" contenida en los negocios jurídicos cuya validez se ha atacado. Con razón ha dicho la Corte que la nulidad no puede predicarse sino de actos jurídicos propiamente dichos, es decir, de los que tienen una real formación. Situar el debate sobre el presupuesto de que lo dicho por los otorgantes no fue verdad en cuanto al precio de las ventas, sino que éste fue ficticio, es negar la realidad jurídica de aquellos actos y enfocar la litis en el plano de una franca acción simulatoria, que tiene características enteramente distintas de la nulidad aunque con ella tenga puntos tangenciales.

El recurrente ha debido sostener y demostrar que el fallador aplicó indebidamente o que interpretó con error el artículo 1766 del C. C., sustentáculo del fallo, probando que fueron injurídicos los razonamientos del Tribunal al negar la conducencia de la acción de nulidad. Sobre estos aspectos guardó silencio y la Corte no puede entrar oficiosamente en el estudio de tales cuestiones que no le fueron sometidas a su decisión.

Por consiguiente se rechaza el cargo.

En mérito de lo 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 recurrida.

Costas a cargo del recurrente.

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

Ignacio Gómez Posse — Agustín Gómez Prada. Luis Felipe Latorre U. — José Joaquín Rodríguez. — Ernesto Melendro Lugo, Srio.



EXAMEN DE LAS PRUEBAS A CARGO DEL TRIBUNAL DE INSTANCIA. — LAS CUESTIONES DE HECHO SOLO LLEGAN A SER POR EXCEPCION OBJETO DE LA CASACION.—LOS "MEDIOS NUEVOS"

1. — La labor del sentenciador sobre las pruebas, necesariamente dirigida a saber si éstas acreditan o no los hechos alegados, está limitada, como es obvio, por la prueba misma, vista en su forma material, esto es, haciendo referencia al testimonio, por su texto, sus términos, asertos o negaciones, y legalmente considerada, según el valor que para el caso le asigne el Derecho probatorio. De aquí que, en primer lugar, si el sentenciador da por probado un hecho por suponer una prueba que no figura en el proceso, o por no percibir o examinar la que figura realmente y que es contraria a la existencia procesal de tal hecho, o no lo da por acreditado a causa de no haber percibido la prueba que de él existe en autos, sufra error tocante a la materialidad de la prueba; y en segundo lugar que, si a la prueba existente le otorga un mérito probatorio de que carece, o le desconoce el que tiene, conforme a la ley, para probar ese hecho, sufra error jurídico, específicamente llamado de DERECHO en la valoración de la prueba, con el agravio necesario del precepto legal que tasa el medio de prueba, error que incide, no en la MATERIA, sino en la VOCACION DE LA PRUEBA PARA DEMOSTRAR EL HECHO, de acuerdo con la tarifa legal de los medios probatorios.

2.—Si se trata de errores DE HECHO, deben aparecer con evidencia FISICA, necesariamente producida por la percepción directa de la prueba, o sea que resulten de la sola confrontación del concepto del fallo, de hallarse o no probado un hecho, con la realidad material del juicio, absolutamente opuesta a tal concepto: el artículo 520 del C. J. pide "que aparezca de modo manifiesto en los autos". En otros términos, que, faltando materialmente una prueba, la sentencia da por probado el hecho, o haciendo parte material del juicio, no advierte su presencia en él, y niegue por tanto, la existencia procesal del hecho. Si de errores de derecho, deben resultar de confrontar la afirmación del fallo, de hallarse o no probado un hecho, con las normas del Derecho probatorio, una de las cuales aparece en pugna con aquella afirmación, por haberle dado a la prueba un mérito que tal norma no le atribuye, o al contrario, por haberle negado el valor que le atribuye.

Por tanto, la convicción del sentenciador, de hallarse o no probado un hecho, reposa en la integridad o unidad procesal de la prueba, en cuanto tiene de forma objetiva, sensorialmente perceptible, y de entidad axiológica, apreciable por la mente del juez con arreglo a una tabla dada de valores legales.

3. — La causal de VIOLACION DE LA LEY SUSTANTIVA asume dos formas: DIRECTA, la una: cuando la sentencia hiere la ley sustantiva, de un golpe; INDIRECTA la otra, cuando la hiere por contragolpe, es decir, a causa de errores sufridos en el examen de las pruebas. La necesidad social y democrática de que la ley, como expresión de la voluntad popular y medida cabal de las urgencias humanas, no pudiese ser violada por el mismo órgano judicial encargado de aplicarla, fue el origen de este instituto extraordinario, guardián de la ley, mas en un principio sólo contra la "infracción expresa"; propulsor después de la doctrina y de su constante renovación, y por último, además, fuente de Derecho positivo en la época contemporánea.

4.—Las cuestiones de hecho sólo caen por excepción en el ámbito de la casación. Como concesión se originó esta especie de "desviación" del recurso; algunos códigos aún no la consagran, y la doctrina general la admite en circunstancias singulares, siempre atemperada por la naturaleza de la casación, que no es una instancia más, en la cual pueda debatirse libremente sobre los

hechos. Es axiomático el que con la instancia queda agotada la controversia en cuanto a la materia probatoria, que no puede agitarse de nuevo, y en cuanto a la jurisdicción, que queda limitada por el objeto primordial del recurso, cual es la intangibilidad y el imperio de la ley, y de allí la "soberanía" de los tribunales falladores para enjuiciar los hechos, soberanía que emana por lo dicho, de tal objeto fundamental de la casación y que constituye, por tanto, la posición normal del fallador frente a la prueba. De consiguiente, si la prueba puede llegar a interesar la esfera del recurso, es sencillamente porque puede llegar a afectar el ámbito de la ley. La "autonomía" del juzgador restringe de manera tal el ingreso de los problemas de hecho a la casación que sólo extraordinariamente se presentan. A esta presencia excepcional se refiere el artículo 520 cuando prescribe que si la violación de la ley proviene de apreciación de determinada prueba, es necesario que se demuestre "haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos".

5.—No toda equivocación del juzgador de instancia configura agravio generador de la infirmación de la sentencia. Lo cual reduce considerablemente en casación la posibilidad de los errores en el examen de los elementos probatorios. No puede decirse con certeza dónde está el error en qué consiste, sino cuando es éste de la entidad que contempla el artículo 520. De donde se colige la importancia de la actividad estimativa de las pruebas y el esmero con que debe ser ejecutada.

6.—Es de suma importancia en el desenlace definitivo de la litis, y por consiguiente, en la dispensación de la Justicia, el examen esmerado de las pruebas por parte de los Tribunales falladores, puesto que en razón de la autonomía de que gozan en esta materia, el tribunal supremo no puede variar el resultado de ese examen sino en casos excepcionales, esto es, de error de derecho o de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos.

7.—Con frecuencia ocurre que el examen de unas pruebas, efectuado más cuidadosamente por el sentenciador, habría podido conducir a distinta conclusión de la adoptada por él, conclusión que, empero, no puede ser afectada en casación, por no configurarse el error típico requerido, lo cual pone de presente la responsabilidad que entraña la soberanía del Tribunal de instancia, en lo atinente al examen de las pruebas. Lo ha dicho la Sala: "Ha sido doctrina constante de la Corte la de que la apreciación de las pruebas hecha por el Tribunal, debe ser respetada en casación aun cuando ella no sea compartida por la Corte".

8.—El examen de las pruebas llamado "de conjunto", no ofrece sufjcientes garantías de acierto y hace más rara la intervención del Tribunal supremo en el estudio de las cuestiones de hecho, razón por la cual es justamente censurado por la doctrina. El examen ha de ser pormenorizado de las distintas probanzas aducidas sobre un hecho determinado.

9.—Es proceder contrario a las normas de la casación, el de los recurrentes que ven errores de la calidad exigida, en todo juicio sobre las pruebas, en toda conclusión del Tribunal de instancia sobre el sentido y alcance de ellas, confundiendo el error caracterizado tal como lo predice el artículo 520, ordinal 1º del C. J., con simples y diversas valoraciones que pueden formularse sobre una prueba, posiblemente todas ellas razonables, pero muy lejos de imponerse ninguna como la única cierta, evidente e invulnerable.

10.—Reafírmase doctrina sobre los "medios nuevos" en casación, con fundamento en el derecho de defensa de los litigantes, quienes, si fueran admisibles los medios no alegados en el juicio, podrían ser sorprendidos con armas no esgrimidas en él; y en la naturaleza de la casación, en la cual el fallo se enjuicia en relación con los materiales y los planteamientos que al juzgador le fueron presentados y no con otros que le fueron desconocidos. Si una partida de bautizo de un hijo ilegítimo se ataca de invalidez, en instancia, por cuanto reza que el bautizado es hijo de Pedro, sin haberlo éste autorizado, el atacarla en casación porque las partidas eclesiásticas son prueba supletoria y no principal del estado civil, constituye un "medio nuevo" inadmisible en este recurso.

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

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.)

Se decide sobre el recurso de casación interpuesto contra el fallo dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, con fecha 30 de mayo de 1955, en juicio de filiación natural de Emperatriz Martínez Polo contra la sucesión de Néstor Alberto Machado Tordecilla.

CAPITULO PRIMERO
Los antecedentes

1.—Emperatriz Martínez Polo demandó ante el Juez Promiscuo del Circuito de Lorica (Distrito Judicial mencionado), en su calidad de madre natural de Naty y Marly (Machado Martínez), a Martina Arteaga C. v. de Machado, para que se haga la declaración de ser aquéllas hijas naturales de Néstor Alberto Machado Tordecilla, por concurrir las presunciones de paternidad natural consagradas en los ordinales 1º, 4º y 5º del artículo 4º de la ley 45 de 1936.

2.—Negados por la demandada los hechos y el derecho invocados, el Juez desató la litis reconociendo la paternidad, en sentencia de 22 de octubre de 1954, así como el derecho a recibir la herencia en la sucesión del padre fallecido.

3.—El reconocimiento se hizo con base en el ordinal 1º del artículo 4º de la citada ley 45, respecto de la menor de las dos hijas, y en el 4º, en lo referente a la mayor de ellas.

4.—Apelado el fallo por la parte demandada, fue confirmado por el Tribunal Superior de Montería el 30 de mayo de 1955, con fundamento en dicho último ordinal, en relación con ambas hijas.

Se alzó en casación la demandada y tramitado como ha sido el recurso, la Corte procede a decidir.

CAPITULO SEGUNDO
La casación. Causales y cargos.

Se formula al fallo el cargo de haber incurrido en errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas sobre las relaciones sexuales estables y notorias.

1.—El recurrente analiza las declaraciones que al respecto contiene el expediente, así como las partidas de bautizo de las menores, con el propósito de demostrar que el Tribunal erró de hecho y de derecho en la estimación de tales pruebas, con infracción inmediata de los artículos 661 a 667 y 701 del C. J.; 11, 13, 18 y 19 de la ley 92 de 1938; 92, 373, 374 y 1759 del C. C.; 75 de la ley 153 de 1887, y 7º del Decreto número 1003 de 1939, y con quebranto sustancial de los artículos 4º, ordinal 4º y 20 de la ley 45 de 1936.

El recurrente critica con razón, en parte, la forma como el sentenciador estima las pruebas, especialmente en cuanto admite declaraciones de testigos extrañas a la presunción que estatuye el ordinal 4º del citado artículo 4º, y en lo que respecta a las que le conciernen, por cuanto no todo su contenido puede servir de prueba en el particular de esta presunción. No es ejemplar el examen de las pruebas, ciertamente, no obstante la reiterada recomendación de la Corte, al respecto, por tratarse de asunto tan grave, como tampoco la manera como el Juez de la primera instancia recibió las declaraciones, contraria a los mandatos de los artículos 687 y 688 del C. J., cuyo cumplimiento habría esclarecido no pocos puntos.

El planteamiento de la acusación suscita unas consideraciones generales sobre la causal primera de casación a través de errores de hecho y de derecho en la estimación de las pruebas, consideraciones que pueden ser de utilidad, tanto a los Tribunales sentenciadores, para el examen cuidadoso del acervo probatorio, como a los abogados, para el emplazamiento técnico de los cargos, ya que la ley colombiana no exige calidades especiales para ejercer en casación, como la Corte lo ha anotado repetidamente aguijoneada por la manera deficiente como se plantea con frecuencia el recurso. Lo cual no toca con la formulación del presente.

2.—La labor del sentenciador sobre las pruebas, necesariamente dirigida a saber si éstas acreditan o no los hechos alegados, está limitada, como es obvio, por la prueba misma, vista en su forma material, esto es, haciendo referencia al testimonio, por su texto, sus términos, asertos o negaciones, y legalmente considerada, según el valor que para el caso le asigna el Derecho probatorio. De aquí que, en primer lugar, si el sentenciador da por probado un hecho por suponer una prueba que no figura en el proceso, o por no percibir o examinar la que figura realmente y que es contraria a la existencia procesal de tal hecho, o no lo da por acreditado a causa de no

haber percibido la prueba que de él existe en autos, sufra error tocante a la materialidad de la prueba; y en segundo lugar que, si a la prueba existente le otorga un mérito probatorio de que carece, o le desconoce el que tiene, conforme a la ley, para probar ese hecho, sufra error jurídico, específicamente llamado de **derecho**, en la valoración de la prueba, con el agravio necesario del precepto legal que tasa el medio de prueba, error que incide, no en la **materia**, sino en la **vocación de la prueba para demostrar el hecho**, de acuerdo con la tarifa legal de los medios probatorios.

3.—Si se trata de errores **de hecho**, deben aparecer con evidencia **física**, necesariamente producida por la percepción directa de la prueba, o sea que resulten de la sola confrontación del concepto del fallo, de hallarse o no probado un hecho, con la realidad material del juicio, absolutamente opuesta a tal concepto: el artículo 520 del C. J. pide "que aparezca de modo manifiesto en los autos". En otros términos, que, faltando materialmente una prueba, la sentencia da por probado el hecho, o haciendo parte material del juicio, no advierte su presencia en él, y niegue, por tanto, la existencia procesal del hecho. Si de errores **de derecho**, deben resultar de confrontar la afirmación del fallo, de hallarse o no probado un hecho, con las normas del Derecho probatorio, una de las cuales aparece en pugna con aquella afirmación, por haberle dado a la prueba un mérito que tal norma no le atribuye, o al contrario, por haberle negado el valor que le atribuye.

Por tanto, la convicción del sentenciador, de hallarse o no probado un hecho, reposa en la integridad o unidad procesal de la prueba, en cuanto tiene de forma objetiva, sensorialmente perceptible, y de entidad axiológica, apreciable por la mente del juez con arreglo a una tabla dada de valores legales.

4.—La causal de **violación de la ley sustantiva** asume dos formas: **directa**, la una: cuando la sentencia hiere la ley sustantiva, de un golpe; **indirecta** la otra: cuando la hiere por contragolpe, es decir, a causa de errores sufridos en el examen de las pruebas. La necesidad social y democrática de que la ley, como expresión de la voluntad popular y medida cabal de las urgencias humanas, no pudiese ser violada por el mismo órgano judicial encargado de aplicarla, fue el origen de este instituto extraordinario, guardián de la ley, mas en un principio sólo contra la "infracción expresa"; propulsor después de la doctrina y de su constante renovación, y por último, además, fuente de Derecho positivo, en la época contemporánea.

5.—Las cuestiones de hecho jamás pertenecieron al dominio de la casación. Chiovenda escribe: "Quedan excluídos del examen del tribunal supremo, los eventuales defectos en el juicio de hecho. Es intangible el juicio mediante el cual, el Juez en la sentencia de fondo, tiene por dado un hecho". Ugo Rocco: "La casación tiene jurisdicción sobre las cuestiones de derecho, no de hecho: garantiza la recta aplicación de la ley, basándose en los hechos que el Juez de fondo tuvo como existentes". ("Derecho Procesal Civil", pág. 187. Trad. de Felipe de J. Tena, 1939). Otro autor de la época afirma: "Los hechos no vuelven a ser examinados de nuevo: todos los que el Tribunal inferior ha estimado existentes han de ser tenidos como tales por el de casación. Este, por tanto ha de aceptar la base real de la sentencia de la instancia anterior como verdadera y fundarse en la calificación jurídica del otro Tribunal, aunque esté hecha a base de elementos insuficientes o de errores del Tribunal de apelación. El Tribunal de casación sólo ha de examinar si la ley se ha aplicado debidamente". (W. Kish. "Elementos de Derecho Procesal Civil". Trad. de L. Prieto Castro, pág. 299). Un criterio menos rígido sigue De la Plaza y con él la doctrina vigente: "En un sistema de casación puro, el problema no podría presentarse; porque, dogmáticamente, a la casación no pueden venir sino cuestiones **exclusivamente jurídicas.** Sin embargo, la **desviación doctrinal**, que es casi un derecho común en la ciencia y en las legislaciones, muestra cómo en el trance de no poder distinguir en muchos casos, con verdadera precisión, lo que es de derecho y lo que constituye cuestión de **facto**, se ha optado por un sistema, en cierto modo ecléctico, en que lo **ordinario** es que, por razón de esta última, no se abra paso el recurso, pero sin excluir algunos casos que por lo extraordinarios y anormales confirman la regla general". ("La Casación Civil", 1944. Madrid, p. 224).

6.—El artículo 520, ordinal 1º del C. J. al erigir la violación de la ley en causal de casación, agrega que "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"; de suerte que el pro-

blema probatorio puede fundar asimismo la casación, sin que haya lugar a distinguir, según dicho texto, en lo que respecta a los diversos medios de prueba. El C. de Enjuiciamiento civil español (a. 1692 7º) estatuye la misma causal, pero no con tanta amplitud: "cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de derecho, o error de hecho, si este último resulta de documentos o actos auténticos que demuestran la equivocación evidente del juzgador". Igualmente el C. de Procedimiento Civil italiano (a. 360, 5º): en el caso de "haberse omitido el examen de un hecho decisivo a los fines del juicio ventilado por las partes", y la doctrina francesa la consagra cuando el fallo niega la existencia de hechos probados por medio de actos auténticos. Como concesión se originó esta especie de "desviación" del recurso; algunos códigos aún no la consagran, y la doctrina general la admite en circunstancias singulares, siempre atemperada por la naturaleza de la casación, que no es una instancia más, en la cual pueda debatirse libremente sobre los hechos. Es axiomático el que con la instancia queda agotada la controversia en cuanto a la materia probatoria, que no puede agitarse de nuevo, y en cuanto a la jurisdicción, que queda limitada por el objeto primordial del recurso, cual es la intangibilidad y el imperio de la ley.

Este objeto primordial de la casación amputa el poder jurisdiccional sustrayendo de él lo concerniente a los hechos, y de allí la "soberanía" de los Tribunales falladores para enjuiciarlos, soberanía que emana, por lo dicho, de tal objetivo fundamental de la casación y que constituye, por tanto, la posición normal del fallador frente a la prueba. De consiguiente, si la prueba puede llegar a interesar la esfera del recurso, es sencillamente porque puede llegar a afectar el ámbito de la ley. La "autonomía" del juzgador restringe de manera tal el ingreso de los problemas de hecho a la casación que sólo extraordinariamente se presentan. A esta presencia excepcional se refiere el artículo 520 cuando prescribe que si la violación de la ley proviene de apreciación de determinada prueba, es necesario que se demuestre "haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos". El antiguo Código Judicial decía: "...La Corte no podrá variar la apreciación hecha por el Tribunal, sino en el caso de error de derecho o de error de hecho, siempre que este último aparezca de un modo evidente en los autos" (a. 2º, ley 169, 1896).

Dada la autonomía institucional del juzgador, los errores trascendentes en casación, y por tanto, la competencia del tribunal supremo para penetrar en los problemas de la prueba, motivan un régimen de excepción a la regla de la autonomía. Así que, no le compete a la Corte ocuparse de los hechos sino en casos muy poco frecuentes: cuando en el examen de las pruebas el fallo de instancia viola la ley sustantiva, ya que precisamente la casación está instituída para evitarlo. Y a ello no llega el fallador en esta tarea sino equivocándose en la forma específica que contempla el artículo 520, de "error de derecho" y "error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos", porque ambos hieren la ley sustantiva, y el primero siempre, además, la de los medios probatorios.

7.—En dicha tarea puede el juzgador equivocarse. Pero no toda equivocación en este terreno configura agravio generador de la infirmación de la providencia de instancia. Lo cual reduce considerablemente en casación la posibilidad de los errores en el examen de los elementos probatorios. No puede decirse con certeza dónde está el error y en qué consiste, sino cuando es éste de la entidad que contempla el artículo 520. De donde se colige la importancia de la actividad estimativa de las pruebas y el esmero con que debe ser ejecutada. El sistema de apreciarlas "en su conjunto", que menciona el fallo recurrido, demanda menos esfuerzo, pero es inseguro y aleja más el control de la casación en dicho campo. La doctrina condena justamente dicho sistema. (V. Manuel Martínez Escobar, "La Casación en lo Civil", p. 306 y ss. 2ª ed. 1950).

8.—De lo expuesto se siguen estas conclusiones de provecho, como al principio se anunció:

Primera.—Que es de suma importancia en el desenlace definitivo de la litis, y por consiguiente, en la dispensación de la Justicia, el examen esmerado de las pruebas por parte de los Tribunales falladores, puesto que en razón de la autonomía de que gozan en esta materia, el tribunal supremo no puede variar el resultado de ese examen sino en casos excepcionales, esto es, de error de derecho o de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos;

Segunda—Que con frecuencia ocurre que el examen de unas pruebas, efectuado más cuidadosamente por el sentenciador, habría podido conducir a distinta conclusión de la adoptada por él,

conclusión que, empero, no puede ser afectada en casación, por no configurarse el error típico requerido, lo cual pone de presente la responsabilidad que entraña la soberanía del Tribunal de instancia, en lo atinente al examen de las pruebas. Lo ha dicho la Sala: "Ha sido doctrina constante de la Corte la de que la apreciación de las pruebas hecha por el Tribunal, debe ser respetada en casación aun cuando ella no sea compartida por la Corte". (Cas. marzo 23, 1954. LXXVII. 114).

Tercera.—Que el examen de las pruebas llamado "de conjunto", no ofrece suficientes garantías de acierto y hace más rara la intervención del tribunal supremo en el estudio de las cuestiones de hecho, razón por la cual es justamente censurado por la doctrina. El examen ha de ser pormenorizado de las distintas probanzas aducidas sobre un hecho determinado; y

Cuarta.—Que es proceder contrario a las normas de la casación, el de los recurrentes que ven errores de la calidad exigida, en todo juicio sobre las pruebas, en toda conclución del Tribunal de instancia sobre el sentido y alcance de ellas, confundiendo el error caracterizado tal como lo predica el artículo 520, ordinal 1º del C. J., con simples y diversas valoraciones que pueden formularse sobre una prueba, posiblemente todas ellas razonables, pero muy lejos de imponerse ninguna como la única cierta, evidente e invulnerable.

El caso de autos

Teniendo en cuenta lo expuesto, cabe observar:

9.—En ejercicio de su autonomía el Tribunal llegó a la conclusión de que está probada la presunción del ordinal 4º, artículo 4º de la ley 45 de 1936. Dice la sentencia:

"Todos estos varios testimonios, relatados en una síntesis apropiada muestran los dos elementos o fundamentos que integran la causal de las relaciones sexuales, estables y notorias, del presunto padre natural con su concubina Emperatriz Martínez. Ellos deben ser leídos, criticados y estimados no separadamente sino en su conjunto, con la finalidad de desentrañar la verdad de sus declaraciones, desde luego que la prueba testimonial ha de ser sometida a la crítica del juzgador para buscar en la realidad de lo dicho la certeza de los hechos afirmados por el actor en su demanda. Con este criterio interpretativo de conjunto la Sala encuentra comprobado el hecho de las relaciones sexuales, notorias y estables. En efecto, casi todos los testigos ofrecidos por la parte demandante afirman, como circunstancia verídica, que Emperatriz Martínez en enero de 1940 salió de su hogar materno con el propósito de vivir maritalmente con Néstor Machado. En este particular, la afirmación testimonial ha de ser tenida en cuenta como punto de partida que marca la iniciación del concubinato notorio, 'entendiendo el concubinato en su más amplia acepción, y por notorio el concubinato cuyo conocimiento pertenece al círculo social en donde han acaecido los hechos que lo constituyen'. (Cas. de 17 de febrero de 1947, G. J. 2057 y 2058). A este respecto, todos los testigos corroboran, unos más, otros menos, pero con la clara voluntad de señalar las distintas faces de una vida marital extramatrimonial, continua y estable hasta el año de 1946, de características inconfundibles, dentro de cuya etapa y al rededor del círculo social de los padres, se produjeron resultados familiares como el nacimiento de las menores Naty y Marly, cuyas fechas encajan dentro de la presunción prevista en el ordinal 4º del artículo 4º de la ley 45 de 1936. Entre los testigos sobresale en grado superior y en forma muy diciente el testimonio de Bernardo Doria Chica, que ha sido transcrito en este fallo casi en su totalidad, dada la claridad y sinceridad de su exposición, mayormente si se considera que fue repreguntado a gusto por la contraparte. Sin embargo, este dicho aventajado no quiere decir disminución del valor probatorio de los demás, puesto que confirman y contribuyen a demostrar aquellas distintas faces, cuales son el hecho de la iniciación del concubinato en enero de 1940, la vecindad de los testigos con Emperatriz Martínez, el trato común con ella y sus hijas mediante visitas a su casa, suministro de mercancías, conducción de Néstor Machado a la casa de su concubina, vinculación religiosa por actos de padrinazgo de las menores y otras circunstancias, en forma que todas confluyen a indicar la estabilidad y la notoriedad de las relaciones sexuales que realmente se sucedieron entre el presunto padre y la madre natural.

. . . . . .

"De otro lado, las partidas eclesiásticas de bautismo de las menores contribuyen de manera indiciaria, sino con visos probatorios plenos aceptados por la legislación, a la presencia informal del presunto padre cuando en esos documentos se permitió mencionar su nombre como progenitor de las menores, quizás con su posible asenti-

miento, con base en la manifestación que el oficiante católico, de presumible responsabilidad social en una de sus primordiales funciones, forzosamente debieron hacerle tanto la legítima madre natural (sic) como los padrinos, dos de los cuales, (un tercero, Dionisia S. de Corrales, no pudo ratificar su testimonio) confirmaron lo que se lee en aquellas partidas".

10.—El recurrente acusa el fallo, por errores de hecho y de derecho en el examen de las pruebas, es decir, se sitúa en el único terreno en que excepcionalmente puede modificar la Corte la estimación del sentenciador.

Errores de hecho

11.—Analiza los testimonios de Bernardo Doria Chica (f. 12 v. C. 1º y 17 v. C. 2º), Adalberto Nieves (f. 20 v. C. 2º), Joaquín Salcedo (f. 5 v. ib.), Manuel Araújo Pérez (f. 7 v. ib.), Graciela Peinado de Mongones (f. 11 v. ib.), Libardo Peinado (f. 12 v. ib.), Elías Saleme (f. 10 ib.), Manuel Castellón (f. 16 v. ib.) y Miguel Ochoa (f. 22 ib.) y afirma que, aparte algunos que no se refieren a las relaciones sexuales, no prueban los demás testimonios sino que aquéllas existieron sólo durante el mes de enero de 1940, pero no en las épocas de la concepción, y que al aceptarlos también respecto de éstas, el fallo incurre en error de hecho, puesto que los testigos nada dicen al respecto.

Se considera:

12.—Casi todos los testigos afirman que las relaciones sexuales se iniciaron con el abandono que del hogar hizo Emperatriz, a instancias de Néstor Machado Tordecilla, quien la instaló en casa conseguida y amoblada por el mismo.

Bernardo Doria Chica dice que Machado Tordecilla vivió con Emperatriz Martínez Polo de 1940 a 1946; que de tal unión nacieron las niñas Marly y Naty; que en dicho lapso no tuvo Emperatriz otro marido, pues el único hombre que entraba a casa de ésta era Néstor; todo lo cual le consta al testigo porque como chofer conducía a aquél en las horas de la noche, a la morada de la manceba, de donde lo recogía luego, y agrega estas palabras para expresar el conocimiento directo que tiene de los hechos: "...yo ví nacer a las peladas y hasta la madre de las peladas".

Joaquín Salcedo M., después de referirse a la iniciación de las relaciones en enero de 1940, dice que los amantes continuaron viviendo durante años y tuvieron dos hijas llamadas Naty y Marly, a quienes su padre hizo donación de una casa, acto que presenció el declarante, y como razón de sus afirmaciones señala el conocimiento que tuvo de que Machado Tordecilla y Emperatriz vivieron en común públicamente, no habiéndole conocido a la última otro amante en todo ese tiempo.

A Manuel Araújo Pérez le consta que Néstor "le arregló una casa" a Emperatriz, vecina a la del testigo; que después de que comenzaron sus relaciones en 1940 "estuvieron viviendo juntos bastante tiempo y tuvieron dos niñitas", si bien no recuerda "el tiempo preciso en que vivieron juntos"; lo cual le consta por haber vivido en el mismo barrio y haber sido vecino de Emperatriz Martínez Polo.

Miguel Ochoa, al preguntársele si es cierto y por qué le consta que Machado Tordecilla y Emperatriz hicieron vida sexual, pública y notoria, por espacio de seis años, contestó que: "eso le consta porque él se la sacó en ese tiempo y estuvo viviendo con ella y fue una cosa que estuvo así públicamente"; y agrega que sabe que las niñas son hijas de Néstor "porque yo lo veía llegar ahí y yo era de ahí de la casa".

La convicción del Tribunal de haber sido probadas con estas declaraciones y algunos otros hechos indiciarios, las relaciones sexuales, estables y notorias, no se resiente de error de hecho, esto es, la conclusión contraria no es la que surge en los autos, necesariamente, con entera certidumbre, como única; puede ser que tampoco fluya aquélla, de esta misma manera evidente y única, pero fue acogida por el sentenciador. De las relaciones caracterizadas por la firmeza y la notoriedad, hablan los deponentes, en razón de haber sido vecinos de Emperatriz y amigos de ella y de su amante; de haber presenciado las visitas de éste a casa de aquélla; de no haber visto entrar en ella a otro varón, y ello por el lapso de varios años, de 1940 a 1946, o por un largo tiempo, dentro del cual fueron procreadas Naty y Marly.

El Tribunal dice que estimadas las pruebas en su conjunto, encuentra comprobadas las relaciones sexuales con los caracteres que exige la ley; pero, no obstante hablar de un examen de "conjunto", repasa una a una las pruebas producidas para establecer aquella presunción de paternidad natural. Dentro del hecho de las relaciones sexuales, por el tiempo a que la prueba se refie-

re, aparece establecida la época de cada concepción. La Corte ha dicho que "cuando se afirma que A y B hacen vida en común y que durante ella han procreado a C y D, no hay duda de que las épocas de la concepción se han sucedido dentro de esa misma vida conjunta". (Cas. junio 20 de 1950. LXVII, 413).

La sentencia acoge la circunstancia de haberse hecho figurar en las partidas de bautizo a Machado Tordecilla, como padre de las niñas. El fallo le da a tal hecho el valor de indicio de las relaciones sexuales. Tal indicio se vigoriza con respecto a la partida de Marly, puesto que Graciela Peinado de Mangones, que figura como madrina, declaró que había prestado este servicio porque se lo habían solicitado tanto Emperatriz como el propio Machado Tordecilla. Casación de 29 de julio de 1946 dice que "no es verosímil que sin mediar relaciones sexuales entre A y B se hiciera figurar a A como padre de C en el acta de bautismo de este niño" (LX 782).

13.—Viene al caso lo que esta Sala dijo en casación de marzo 23 de 1954:

"Si el Tribunal dio por probados unos hechos por medio de la prueba testimonial objetada por el recurrente, el error de hecho en la apreciación de esa prueba no puede consistir simplemente en que el Tribunal apreciara mal esos testimonios, sino en que los apreciara mal por no haber considerado una prueba constante en los autos y que tenga el valor de desvirtuar, de manera evidente, la convicción derivada de ellos o bien por haber atribuído a los testigos aseveraciones que ellos no hicieron en el proceso.

"Si no fuera así, no tendría ningún sentido el precepto legal que habla de mala apreciación de la prueba causada por un error de hecho evidente, pues, si en todos los casos en que el Tribunal aprecia mal una prueba, este error de apreciación debiera considerarse como un error de hecho, habría bastado al legislador conceder el recurso de casación por mala apreciación de los elementos probatorios sin más, y habría sobrado que agregara que esa mala apreciación debe tener como causa un error de hecho evidente. Y tampoco tendría sentido la insistente doctrina de la Corte según la cual en casación no puede cambiarse la estimación probatoria que hizo el Tribunal de instancia, por el solo motivo de que el criterio estimativo de la Corte no sea el mismo de aquél.

"El recurrente afirma que el error de hecho consistió en que el Tribunal vió demostrados, por la prueba testimonial, hechos que no fueron declarados por los testigos. Según él, estos hechos son las percepciones sensibles que sirvieron de fundamento a las afirmaciones de los deponentes. Pero lo dicho a propósito del error de derecho demuestra que el Tribunal consideró suficientemente fundados los testimonios por la determinación que los testigos hicieron de las circunstancias que les permitieron observar los hechos concretos de donde sacaron sus afirmaciones. No se trata, pues, de que el juzgador creyera que los testigos habían afirmado hechos sobre los cuales no depusieron, ni aparece que fuera tal creencia la causa de su convicción, sino que ésta se fundó en haber considerado suficientes las circunstancias expresadas para fundar los testimonios. Lo que el recurrente afirma es que aquéllas no son suficiente fundamento lógico de éstos pero, en el caso de que fuera así, podría, acaso considerarse que hubo deficiencia en el criterio con que el Tribunal valoró los testimonios, pero no que hubiera un error de hecho evidente que fuera causa de esa indebida apreciación". (LXXVII, 119).

Errores de derecho

14.—La acusación al respecto cita como infringidos los artículos del C. J. sobre presunciones (661 a 667), y funda el cargo en el hecho de haber acogido las declaraciones de testigos como prueba indiciaria de las relaciones sexuales durante las épocas de la concepción, siendo así que sólo demuestra que existieron en enero de 1940, y además, por haber aceptado hechos extraños a las relaciones, como indicios de haberse efectuado éstas.

Con respecto a lo último, no hay duda de que hechos tales como el decir de las gentes de que las niñas eran hijas de Machado y el trato dado por éste a aquéllas, entre otros, no sirven para probar la presunción de paternidad del ordinal 4º, artículo 4º, de la ley 45, porque no hay conexión legal entre dichos hechos indicadores y el averiguado, que es el de los vínculos sexuales, razón por la cual es fundado el cargo de error de derecho (quebranto del artículo 662 C. J.), por haberlos aceptado como indicios de las relaciones sexuales, pero, no es ello suficiente para casar la sentencia, porque queda en pie la apreciación de las demás pruebas sobre ese mismo extremo.

Con respecto a lo primero, o sea el cargo de infracción de los artículos 661 a 667, en cuanto las demás pruebas no acreditan hechos en los cuales pueda apoyarse la presunción de paternidad en referencia; en cuanto unos indicios no pueden probarse con otros indicios, y en cuanto no existen hechos demostrativos del hecho indagado de la paternidad, la Sala observa que situado el problema en el campo de los errores de derecho, la infracción no puede darse sino probando la inexistencia de los hechos externos, o la falta absoluta de nexo entre ellos y el hecho que se pretende establecer.

15.—Aquí se adujeron unas declaraciones de testigos que afirman haber visto vivir como amantes a Machado Tordecilla y Emperatriz Martínez Polo, de 1940 a 1946; que les consta tal hecho por haber habitado los declarantes en el mismo barrio en donde la última tenía su casa, y haber sido algunos de ellos vecinos de Emperatriz; por no haber visto entrar a dicha casa a otro varón que el primeramente nombrado; por haber conducido frecuentemente uno de ellos a Machado Tordecilla, a esa misma vivienda, ya en las horas de la noche.

Pudieron ser más explícitos los deponentes; pero, el Tribunal aceptó tales hechos como razón suficiente de su afirmación de constarles que aquéllos hicieron vida en común durante el tiempo dicho, y ello no puede ser modificado por la Corte, pues, como se ha visto, no hay error de hecho; y en cuanto al de derecho, los hechos índices fueron considerados como tales por el sentenciador, en un terreno que es propio de su apreciación autónoma.

16. — Sobre el error de derecho en materia de apreciación de pruebas tocantes a la investigación de la paternidad natural, dijo la Corte en la citada sentencia de 23 de marzo de 1954, a la cual vuelve la Sala por tratarse de un fallo que, como pocos, sienta doctrinas de suma importancia, que deben repetirse y divulgarse:

"En efecto, entre los hechos materia del testimonio humano pueden distinguirse aquellos que, por su naturaleza, son objeto de percepción directa e inmediata por los sentidos externos, y aquellos otros que, por el carácter de generalidad que tienen, o porque se extienden a un prolongado tiempo o a un espacio indeterminado, no pueden ser totalmente aprehendidos por los sentidos, sino que su conocimiento resulta de otros hechos, esos sí concretos o definidos en el espacio y el tiempo, que, por ser así definidos, pueden ser materia de actos de aprehensión sensible.

"A la primera de estas categorías, pertenece, por ejemplo, el testimonio sobre la entrega de una determinada cantidad de dinero que hace una persona a otra; este hecho puede caer totalmente bajo la percepción sensible; el testigo que sobre él depone puede derivar su conocimiento pleno de sensaciones suyas visuales y auditivas. De la segunda clase sería, por ejemplo, el testimonio sobre que una persona vivió en una ciudad durante cierto tiempo, pues, en este caso, el hecho que se afirma no puede ser totalmente percibido por los sentidos, sino que es el resultado de la observación de hechos precisos y concretos de aquellos que sí pueden percibirse directamente, como el de haberlo visto habitualmente en ocupaciones en esa ciudad, haber conocido y frecuentado la casa que habitaba en ella con su familia, etc.; etc.

"De los testigos Pedro Afanador, Francisco Delgado y Carlos J. Vesga, sólo es el último que explica la ocasión de haber adquirido conocimiento directo de los hechos por haber conocido a Rojas de treinta y cinco años atrás, haber residido en "La Cabrera" y haber oído decir frecuentemente a Rojas que los Galvis eran hijos naturales suyos. Los otros dos afirman los hechos por percepción directa pero sin expresar en detalle las circunstancias en que los percibieron o tuvieron ocasión de percibirlos.

"Debe examinarse en seguida si la explicación que estos testigos ofrecen acerca del origen de sus afirmaciones es deficiente, con deficiencia tal que alcance a fundar la causal de error de derecho consistente en que el tribunal violó el artículo 697 del C. J., al darles el valor de plena prueba.

"Si es cierto lo que atrás se dijo sobre el carácter peculiar que tienen las declaraciones de estos testigos, podría haberse exigido que ellos determinaran más las percepciones sensibles en que se fundaron para hacerlas, pues el juzgador al apreciar esta clase de testimonios, debe tener siempre en cuenta el mayor o menor nexo lógico que aparezca entre esas percepciones sensibles y las afirmaciones del testigo. Pero surge aquí el problema de si, en el caso de estimar la Corte, en casación, deficiente la determinación de los hechos concretos que sirven de fundamento a dichas afirmaciones, podría, por ello, considerar violado el artículo 697 del C. J., en cuanto esta

disposición exige que los testimonios estén acordes en las circunstancias de modo, tiempo y lugar. Y este problema está íntimamente vinculado a la determinación de los límites que tenga la facultad de la Corte en casación, de cambiar la apreciación de las pruebas hechas en segunda instancia por el tribunal sentenciador.

"Porque ha sido doctrina constante que la apreciación de las pruebas hecha por el tribunal debe ser respetada en casación, aun cuando ella no sea compartida por la Corte. Y debe ser respetada, porque el recurso de casación no tiene por objeto hacer un nuevo análisis de los elementos probatorios, ni rectificar el criterio del juzgador de instancia sobre las puras cuestiones de hecho. (Casación de 4 de abril de 1936, G. J. números 1909 y 1910, página 799). Por eso, para que haya error de derecho en la apreciación de una prueba se necesita que, al estimarla, se haya contravenido a la ley que la establece y valora. Y, por tanto, este concepto de error de derecho no comprende todo error en que haya podido incurrir el tribunal sentenciador en la estimación de los elementos lógicos que determinaron su convicción, sino que es necesario que el error implique la violación de un precepto legal positivo. La regla jurídica que se dice violada es la del artículo 697, por cuanto implícitamente exige que el testigo deponga sobre hechos concretos. Pero cuál debe ser el grado de concreción o determinación de esos hechos, es cosa que la ley no precisa y que deja, por tanto, a la discreta estimación del tribunal sentenciador.

"Así en los testimonios objetados por el recurrente, podría ciertamente haberse exigido mayor determinación de los hechos concretos que sirvieron de base a las afirmaciones de los testigos, por ejemplo, que éstos hubieran dicho con precisión cuántas veces, en qué lugares, a qué horas y a qué personas vieron que Rojas presentara a los Galvis como a sus hijos; que hubieran determinado en cuántas ocasiones y en qué sitios presenciaron que diera dinero para la manutención de sus pretendidos hijos y en qué cantidades, etc. Pero si el tribunal no exigió tal determinación o una aún mayor, no puede decirse que su fallo violara el artículo 697 del C. J., porque el mayor o menor grado de precisión que debe exigirse respecto de los hechos concretos que afirman los testigos, es cosa que la ley no determina y deja, por tanto, a discreción del tribunal. Y la Corte no podría sustituir esa discreción por la suya propia sin exceder los límites que la ley le ha señalado cuando, en tratándose de casación por mala apreciación de la prueba, no ha querido que pase por encima de la que ha hecho el tribunal sino por motivos determinados, uno de los cuales es el de error de derecho, que sólo existe, en este caso, cuando los testigos no aparezcan acordes en cuanto a las circunstancias concretas de los hechos sobre que deponen, o cuando no expresan esas circunstancias. Pero, en el fallo acusado, no aparece tal contravención porque los testigos **sí manifestaron las circunstancias que les permitieron observar los hechos sobre que deponen, tales como haber sido trabajadores de Rojas, haber vivido en la misma vecindad,** etc. Y si, con un más riguroso criterio, hubiera podido exigirse que ellos precisaran aún más las bases lógicas de sus afirmaciones, es lo cierto que, por tal causa, no podría según lo dicho atrás, desconocerse la apreciación que de esos testimonios hizo el juzgador de instancia. De lo contrario, se convertiría la casación en una nueva instancia, desconociéndose así la naturaleza y finalidades propias y restringidas de este recurso, pues entraría la Corte a decidir no sobre si el tribunal violó una norma de derecho, sino sobre el propio proceso lógico de su convicción, formada dentro del campo que la ley ha dejado a su juicio.

"En resumen: el tribunal consideró suficientemente determinados los hechos perceptibles por los sentidos en que los testigos fundaron sus afirmaciones, **por la sola determinación de las circunstancias que les permitieron percibir,** durante el lapso de veinte años, esos hechos concretos, y no estimó necesario que determinaran aún más esas percepciones sensibles, señalando el lugar, tiempo y demás circunstancias de cada una de ellas. Pues bien: esta apreciación del tribunal debe respetarse por la Corte, porque ella no implica, por lo ya dicho, una violación del artículo 697 del C. J., esto es, no implica el error de derecho señalado por el recurrente como causa de la mala estimación de la prueba".

Por tanto, en lo que respecta a los errores de hecho y de derecho alegados, no procede el cargo.

2º—Se acusa el fallo de error de derecho por haberle otorgado a las partidas de bautizo de las niñas, valor para probar la fecha del nacimiento, con quebranto de los artículos 11, 13, 18 y 19 de la ley 92 de 1938; 92, 373, 374 y 1759 del C. C.;

75 de la ley 153 de 1887 y 7º del Decreto número 1003 de 1939 y de manera mediata y sustancial los arts. 4º, ord. 4º; y 20 de la ley 45 de 1936, y ello con incidencia en la casación, puesto que sin determinar esas fechas no es posible aplicar la presunción consagrada en el artículo 92 del C. C.

Se considera:

18. — No es procedente el cargo por contener un "medio nuevo", o sea el hecho, extremo o planteamiento no propuesto en instancia y, por consiguiente, inadmisible en casación. La doctrina de la Corte tiene consagrada la teoría del medio nuevo en numerosas sentencias.

Los principales fundamentos de esta teoría radican en el derecho de defensa de los litigantes, quienes, si fueran admisibles los medios nuevos no alegados en el juicio, podrían ser sorprendidos con armas no esgrimidas en él, y en la naturaleza del recurso de casación, en el cual el fallo se enjuicia en relación con los materiales y los planteamientos que al juzgador le fueron presentados y no con otros que le fueron desconocidos. (Véanse, entre otras sentencias, las casaciones de marzo 12, septiembre 2 y diciembre 15 de 1936 (XLIII, 731. XLIV, 139. XLIV, 687); agosto 5 de 1938 (XLVII, 51); junio 6 de 1945 (LIX, 137) y noviembre 9 de 1951 (LXX, 771).

Reza la demanda de casación que "el valor probatorio de las actas de origen eclesiástico fue combatido en el alegato presentado ante el Tribunal de segunda instancia, en un punto distinto a la fecha del nacimiento, pero en todo caso su valor probatorio integral no fue aceptado por la parte demandada".

Ciertamente, en el alegato de bien probado de la primera instancia la parte demandada impugnó dichas actas, "por no haber probado el actor que el finado Machado Tordecilla, autorizó que estas niñas fueran batizadas con su apellido, como lo exige el artículo 777 del Código eclesiástico y el decreto 1003 de 1939".

La impugnación formulada en el juicio atañe a la circunstancia de que las partidas dicen que las niñas bautizadas son hijas de Machado Tordecilla, siendo así que esta afirmación no aparece autorizada por éste, como lo dispone el canon 777 del C. de Derecho Canónico, motivo por el cual las actas son nulas según la parte demandada. En tanto que el ataque en casación se refiere al hecho de señalar las fechas de los nacimientos, lo cual de nada vale, según el recurrente, porque las partidas mismas de origen eclesiástico, carecen de valor ya que son simples pruebas supletorias del estado civil.

La acusación por este último aspecto constituye un medio nuevo en casación, porque de esta manera no fueron combatidas en instancia las actas referidas, y es, por tanto, improcedente el cargo.

Resolución

Por lo exupesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha treinta (30) de mayo de mil novecientos cincuenta y cinco (1955), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería en el juicio ordinario seguido por Emperatriz Martínez Polo y otros contra Martina Arteaga Cordero.

Costas a cargo del recurrente.

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

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



SALA DE CASACION PENAL

ESTADOS PASIONALES.—IRA E INTENSO DOLOR—REQUISITOS QUE LOS CONFIGURAN — VEREDICTO—CUANDO SE OMITE EL RECONOCIMIENTO DE LA GRAVEDAD NO SE CONFIGURA LA MODALIDAD DEL ART. 28 —ESTADO DE IRA E INTENSO DOLOR—, SINO LA DEL ARTICULO 38, NUMERAL 3º DEL CODIGO PENAL

1 — La circunstancia modificadora de la responsabilidad prevista en el artículo 28 del C. P. está sometida por disposición expresa del Legislador al cumplimiento de varios requisitos no de simple fórmula sino de contenido esencial, y ella sólo tiene operancia jurídica cuando el hecho se comete "en estado de ira o intenso dolor causado por grave e injusta provocación". La concurrencia de todas y cada una de estas modalidades modifica la responsabilidad; la ausencia u omisión de alguna de ellas equivale a su negativa, es decir, no comporta una situación privilegiada, sino, simplemente una circunstancia de menor peligrosidad prevista en el artículo 38 Numeral 3º del C. P., o sea, el obrar en estado de ira injustamente provocada.

En otros términos, para que se configure la circunstancia modificadora de la responsabilidad prevista en la disposición que se comenta, es necesario e imprescindible la concurrencia de una PROVOCACION, o sea el medio estimulante que puede consistir en actos, palabras, ofensas o gestos que irriten o lesionen el patrimonio moral o material de la persona ofendida, circunstancias que lo incitan a reaccionar; que el agravio, origen de la provocación sea GRAVE; es decir, que tenga calidad o aptitud para producir un arrebato o alteración de ánimo que si no justifica explique al menos el rechazo violento de la ofensa; que la gravedad que reviste la provocación sea INJUSTA, o sea contraria a la razón o al derecho, sin motivo ni fundamento que la justifique; lo cual supone una relación de continuidad entre el agravio y la reacción, o sea que el agente al obrar, lo haga bajo la influencia de la ira o del intenso dolor.

2 — "Sí es responsable, pero en estado de ira injustamente provocada por el occiso" fue la respuesta del Jurado. El veredicto reconoce que el agravio, origen de la provocación fué injusto, es decir, sin razón o fundamento que lo justifique, pero omitió reconocer la GRAVEDAD de ella, desvirtuando en esta forma la circunstancia modificadora de la responsabilidad y desplazando automáticamente el fenómeno jurídico del artículo 28, para catalogarlo como una circunstancia de menor peligrosidad (Art. 38 Numeral 3º). Si el Juri guardó silencio sobre uno de los términos de la provocación, debió ser porque los hechos y las pruebas del proceso no suministraron datos suficientes para estructurar la convicción íntima de la gravedad y para no traicionar los intereses del procesado ni los de la sociedad que lo juzga, con imparcialidad y firmeza reconocieron únicamente la injusticia de la provocación, omitiendo uno de los elementos esenciales de ella, que es la gravedad.

"Pero se dirá que falta la gravedad de la ofensa —dice el recurrente— ya que, expresamente, con palabras y términos no lo consiguió el Jurado. Pues bien: aunque aparentemente falta en forma objetiva y adjetiva, está allí en forma tácita y sustantiva y tan elocuente y real como si la hubiera escrito". A lo cual se replica que los estados de ira e intenso dolor fueron calificados con palabras inequívocas por el Legislador, y para que esta modalidad tenga vivencia jurídica es necesario que la respuesta del Jurado contenga el reconocimiento expre-

so de la gravedad e injusticia de la provocación, no en forma "tácita y sustantiva" sino en términos claros y concisos como lo manda la ley, porque ni la gravedad se confunde con la injusticia ni ésta con aquélla y no siendo estas expresiones equivalentes ni representativas de un mismo fenómeno, tanto la gravedad como la injusticia deben ser declaradas por el Juri, porque el Juez de derecho no tiene facultad para llenar los vacíos u omisiones del veredicto, ni para completar el pensamiento de los Jueces de conciencia; su misión tiene un ámbito determinado por la ley, o sea, el de pronunciar el fallo de acuerdo con la calificación que el Jurado dé a los hechos sobre los cuales ha versado el debate.

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

Magistrado Ponente, Dr. DOMINGO SARASTY MONTENEGRO

VISTOS:

En sentencia de veinte de enero de mil novecientos cincuenta y cinco, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín condenó a ROSENDO GARCIA FLOREZ a la pena principal de quince años de presidio, como responsable de la muerte de Samuel Quintero.

Contra esta providencia el apoderado del recurrente interpuso recurso de casación y como se hallan cumplidas las formalidades legales, se procede a su estudio.

Hechos

El treinta de noviembre de mil novecientos cincuenta y dos, Samuel Antonio Quintero salió del establecimiento de Francisco Vahos en compañía de su madre Purificación Quintero y de su esposa Ana Francisca Villa en dirección a su casa de habitación; en el trayecto se puso a conversar con algunos amigos, y posteriormente fueron alcanzados por Rosendo García Flórez quien —según el decir de algunos declarantes— venía detrás de ellos y lo interrogó: "qué hubo hombre, ve que ya son las siete y se cumplió el plazo y vos me dijiste que a las siete". Quintero le puso una mano sobre el hombro y le manifestó que no fueran a pelear siendo como eran amigos que él no peleaba. La madre de Quintero dijo a García Flórez "que no le tire" que si Samuel le debía "alguna plata" ella se la pagaba. En estos momentos Ana Francisca Villa se interpuso entre García Flórez y Quintero, expresando aquél: "mujer quítate de hay porque te mato". Entonces Samuel Quintero corrió para su casa, instante que fue aprovechado por García Flórez para hacer el primer disparo hiriéndolo en una pierna; sin embargo Quintero salió corriendo y al llegar a la puerta de su habitación recibió otro impacto que le ocasionó la muerte.

El ocho de mayo de mil novecientos cincuenta y tres, el Juzgado Segundo Superior de Medellín calificó el mérito del sumario, llamó a responder en juicio a Rosendo García Flórez por un delito de homicidio, y en la parte motiva de esa providencia dijo: "que la actuación del sindicado está revestida de especial gravedad, puesto que a ella concurrió la causal 6ª del artículo 363 del Código Penal, en cuanto para el homicidio se aprovechó la manifiesta indefensión de la víctima, suficiente para tipificarlo como calificado o asesinato". El Tribunal, en providencia de diez de agosto de mil novecientos cincuenta y tres, confirmó el auto apelado.

Cumplidas las formalidades del juicio, a la consideración del Jurado se propuso la siguiente cuestión:

"El acusado Rosendo García Flórez es responsable de haber lesionado con proyectiles de arma de fuego (revólver) y con propósito de matar a Samuel Quintero, a consecuencia de lo cual falleció instantes después, habiendo aprovechado el victimario las condiciones de indefensión o inferioridad en que se encontraba la víctima al dispararle por la espalda y cuando huía, hecho ocurrido entre las seis y media o siete de la noche del día treinta de noviembre de mil novecientos cincuenta y dos, dentro del poblado del Corregimiento "La Chapa" ubicado en jurisdicción del Municipio de Sopetrán?"

Respuesta.

"Sí es responsable, pero en estado de ira injustamente provocada por el occiso".

En desarrollo de este veredicto, el Juzgado en providencia de dos de febrero de mil novecientos cincuenta y cuatro, condenó a Rosendo García Flórez a la pena principal de seis años de presidio, porque —en su concepto— la respuesta del Jurado modificaba la responsabilidad por la atenuante prevista en el artículo 28 del Código Penal, o sea, por haberse cometido en estado de ira

e intenso dolor causado por grave e injusta provocación, circunstancia ésta que en ningún caso se opone a la modalidad del homicidio agravado, y en la parte motiva de esa providencia expresó:

"La disposición infringida lo fue el artículo 363 del Código Penal, que establece una sanción máxima de veinticuatro años de presidio para el homicidio asesinato y mínima de quince años. Con el atenuante del artículo 28, la pena no puede exceder de doce años, mitad del máximo, ni rebajar de cinco años, tercera parte del mínimo. El Despacho ajustándose a esa norma legal, y teniendo en cuenta las modalidades del hecho delictuoso que destaca la peligrosidad del acusado, le aplicará la pena de seis años de presidio y accesorias como tiempo suficiente para conseguir la readaptación".

El Tribunal, en sentencia de veinte de enero de mil novecientos cincuenta y cinco, reformó la del Juzgado e impuso a García Flórez la pena principal de quince años de presidio; estimó que el veredicto no daba lugar a reconocer la circunstancia modificadora de la responsabilidad del artículo 28 del Código Penal, sino únicamente una circunstancia de menor peligrosidad prevista en el numeral 3º del artículo 38 de la Ley Sustantiva.

"El procesado —dice el Tribunal— obró 'en estado de ira injustamente provocada por el occiso' sin desconocer, como ya se analizó las circunstancias de asesinato. Esa calificación omitió una de las necesarias condiciones de la aminorante de responsabilidad prevista en el artículo 28 del C. P., o sea la gravedad de la provocación atribuída al occiso como determinante del homicidio".

"Dicha exclusión en el veredicto hace entender y así se impone dentro de los límites de interpretación legal que el fallador tiene, que el caso materia del juicio escapa al precepto citado, lo que quiere decir lógicamente que el estado de ira que el Jurado reconoció constituye tan solo una circunstancia de menor peligrosidad, al tenor de lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 38 del C. P".

Uno de los Magistrados que integran la Sala, doctor Juan Rafael Múnera, salvó su voto porque —en su concepto— si bien el hecho no podía catalogarse dentro de la disposición del artículo 28 del C. P, empero el veredicto daba lugar para catalogar la responsabilidad dentro de un homicidio simplemente voluntario, porque la ira injustamente provocada desplaza al estado de indefensión o inferioridad de la víctima, circunstancia deducida en el auto de proceder, para configurar el delito de homicidio agravado.

Demanda

Tres son las causales que sirven de impugnación al fallo; la primera, la segunda y la tercera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. Como los fundamentos de la primera y la tercera son idénticos, la Corte las estudiará conjuntamente dando preferencia a la tercera ya que la primera sería una consecuencia de aquélla.

Causales Tercera y Primera

Estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado, y ser violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

"Cuando el Juri —dice el recurrente— determinó que Rosendo García obró 'en estado de ira INJUSTAMENTE PROVOCADA POR EL OCCISO', quiso colocarlo en una privilegiada situación de responsabilidad, que fue descrita tal como ellos la entendieron, habida cuenta de las alegaciones de las partes y sin tener en cuenta ninguna terminología o lenguaje jurídicos. Y, de seguro llegaron a esta conclusión, muy especialmente y quizá definitivamente, basados en las propias manifestaciones del acusado, hechas poco tiempo antes en su presencia".

"Al decir los Jueces que García era responsable pero en estado de ira INJUSTAMENTE provocada por el muerto, consagraron la INJUSTICIA de la ofensa, su carácter contra derecho y el terreno deleznable en que se colocó la víctima frente a García. El plano de antijuridicidad en que fue apreciada la ofensa, salta a la vista y es, indiscutiblemente, del mismo tenor que el señalado por el C. P. en su artículo 28 cuando habla del '...estado de ira o intenso dolor causado por grave E INJUSTA PROVOCACION'.

"Pero se dirá que falta la gravedad de la ofensa, ya que, expresamente, con palabras y términos no la consignó el Jurado. Pues bien. Aunque **aparentemente** falta en forma objetiva y adjetiva, está allí en forma tácita y sustantiva y tan elocuente y real, como si la hubieran escrito. Y es que el veredicto no puede ser sacado de la nada, sino de la medula misma del proceso, de su entraña, de su naturaleza, por decirlo así, compuesta, en primer término, por la confesión cualificada que el sindicado hizo ante los Jueces y

que hay que presumir verídica, mientras no exista prueba en contrario".

En relación con la causal primera, las razones de impugnación se hacen consistir en lo siguiente:

"La 1ª —dice el recurrente— porque la sentencia proferida en contra de GARCIA por el H. Tribunal, es violatoria de la ley penal, por errónea interpretación de la misma, pues cuando el Jurado afirmó la responsabilidad penal en estos términos: 'SI ES RESPONSABLE PERO EN ESTADO DE IRA INJUSTAMENTE PROVOCADA POR EL OCCISO', sin duda alguna quiso modificar esencialmente la responsabilidad del procesado, situando jurídicamente su posición en un homicidio, sin agravantes, y afectado por la previsión del artículo 28 del C. P.".

"No es posible suponer, Honorables Magistrados, que 'el estado de ira o intenso dolor causado por grave e injusta provocación' en que obrara GARCIA, estuviera precedido del ánimo frío, sereno y tranquilo que le permitiera colocarse dentro de la última parte del Numeral 6º del artículo 363 del C. P."

Se considera

La ira o el intenso dolor reconocidos por la ley son ciclos emocionales, no pasionales. La emoción es un estado afectivo que se caracteriza por una impresión de los sentidos que produce una reacción orgánica tan imprevista que origina una turbación del equilibrio psíquico. "Las emociones —dice Vallejo Nágera— son procesos afectivos, intensos, breves y circunscritos". O como expresa Nerio Rojas: "La emoción perturba la inteligencia, disminuye la síntesis superior de la conciencia, altera la inhibición voluntaria y tiende al automatismo. Pero en los límites normales, ella no llega hasta el estado inconsciente completo con pérdida de memoria".

En cambio la pasión, es una emoción en estado permanente, duradero, violento y a veces con caracteres de irresistible. "La pasión —expresa Vallejo Nágera es una inclinación irresistible que se origina por el predominio que adquiere determinada inclinación sobre las restantes, la cual se vale para satisfacerse de todo lo que pueda utilizar, satisfacción a que se subordina todo, como el avaro a la adquisición de riquezas. Tan intenso es el deseo apetitivo en la pasión que dirige hacia ella todos los pensamientos e imágenes, y llega a convertirse en una idea fija, poniendo en juego elementos racionales". "La pasión es una crisis psicológica profunda y duradera, que afecta la integridad del espíritu y del cuerpo, arrastrando a veces el delito". (Kant y Ribot).

Los ciclos emocionales o pasionales de que se habla, se predican exclusivamente para personas normales que bajo la influencia de un estado de esta naturaleza delinquen; por consiguiente, los hechos no son producto de constituciones anormales, por cuya circunstancia su responsabilidad ante la ley es atenuada (Art. 28), ya que, si los actos fueran el resultado de constituciones patológicas, el ámbito de la responsabilidad quedaría circunscrito dentro del artículo 29 del Código Penal.

La circunstancia modificadora de la responsabilidad prevista en el artículo 28 del C. P., está sometida por disposición expresa del Legislador al cumplimiento de varios requisitos no de simple fórmula sino de contenido esencial, y ella sólo tiene operancia jurídica cuando el hecho se comete "en estado de ira o intenso dolor causado por grave e injusta provocación". La concurrencia de todas y cada una de éstas modalidades modifica la responsabilidad; la ausencia u omisión de alguna de ellas equivale a su negativa, es decir, no comporta una situación privilegiada, sino, simplemente, una circunstancia de menor peligrosidad prevista en el artículo 38 Numeral 3º del C. P. o sea, el obrar en estado de ira injustamente provocada.

Los fenómenos jurídicos del artículo 28 del C. P. tienen por origen una ofensa grave e injusta cuando la injuria es de poca monta o futil, ésta no justifica ni la gravedad de la provocación ni la injusticia de la misma. El agravio, origen de la provocación, debe ser de tal entidad que tenga poder suficiente para producir en el ánimo de quien lo recibe o a quien se le irroga, un estado de ira e intenso dolor para que el delito se realice como secuela de ese estado emocional.

En otros términos, para que se configure la circunstancia modificadora de la responsabilidad prevista en la disposición que se comenta, es necesario e imprescindible la concurrencia de una **provocación,** o sea el medio estimulante que puede consistir en actos, palabras, ofensas o gestos que irriten o lesionen el patrimonio moral o material de la persona ofendida, circunstancias que lo incitan a reaccionar; que el agravio, origen de la provocación sea **grave;** es decir, que tenga calidad o aptitud para producir un arrebato o alteración de ánimo que si no justifica explique al menos el rechazo violento de la ofensa; que la gravedad que reviste la provocación sea **injusta,** o sea contraria a la razón o al derecho, sin moti-

vo ni fundamento que la justifique; lo cual supone una relación de continuidad entre el agravio y la reacción, o sea que el agente al obrar, lo haga bajo la influencia de la ira o del intenso dolor.

En los juicios por Jurado quien califica la responsabilidad como lo atinente a circunstancias modificadoras de la misma o elementos constitutivos del delito, es el Juri; por consiguiente, cuando se trata de catalogar el hecho dentro de las condiciones del artículo 28 de la Ley Sustantiva, la respuesta tiene que ser clara, precisa y categórica para que el veredicto se atempere a los postulados de la ley, no sólo en cuanto a la afirmación de la responsabilidad inicial, sino en cuanto a las circunstancias modificadoras de la misma, lo cual implica que la respuesta debe contener la afirmación de que el hecho se realizó en estado de ira o intenso dolor —según el caso— causado por grave e injusta provocación.

"Sí es responsable, pero en estado de ira injustamente provocada por el occiso" fué la respuesta del Jurado. El veredicto reconoce que el agravio, origen de la provocación fue injusto, es decir, sin razón o fundamento que lo justifique, pero omitió reconocer la **gravedad** de ella, desvirtuando en esta forma la circunstancia modificadora de la responsabilidad y desplazando automáticamente el fenómeno jurídico del artículo 28, para catalogarlo como una circunstancia de menor peligrosidad (Art. 38 Numeral 3º). Si el Juri guardó silencio sobre uno de los términos de la provocación, debió ser porque los hechos y las pruebas del proceso no suministraron datos suficientes para estructurar la convicción íntima de la gravedad y para no traicionar los intereses del procesado ni los de la sociedad que lo juzga, con imparcialidad y firmeza reconocieron únicamente la injusticia de la provocación, omitiendo uno de los elementos esenciales de ella, que es la gravedad.

"Pero se dirá que falta la gravedad de la ofensa —dice el recurrente— ya que, expresamente, con palabras y términos no lo consignó el Jurado. Pues bien: aunque aparentemente falta en forma objetiva y adjetiva. está allí en forma tácita y sustantiva y tan elocuente y real como si la hubiera escrito". A lo cual se replica que los estados de ira e intenso dolor fueron calificados con palabras inequívocas por el Legislador, y para que esta modalidad tenga vivencia jurídica es necesario que la respuesta del Jurado contenga el reconocimiento expreso de la gravedad e injusticia de la provocación, no en forma "tácita y sustantiva" sino en términos claros y concisos como lo manda la ley, porque ni la gravedad se confunde con la injusticia ni ésta con aquélla y no siendo estas expresiones equivalentes ni representativas de un mismo fenómeno, tanto la gravedad como la injusticia deben ser declaradas por el Juri, porque el Juez de derecho no tiene facultad para llenar los vacíos u omisiones del veredicto, ni para completar el pensamiento de los Jueces de conciencia; su misión tiene un ámbito determinado por la ley, o sea, el de pronunciar el fallo de acuerdo con la calificación que el Jurado dé a los hechos sobre los cuales ha versado el debate.

"Así pues, —ha dicho la Corte— cuando el Juri en su veredicto declara que el hecho se realizó 'en estado de ira o intenso dolor' sin reconocer que esos estados pasionales fueron 'causados por grave e injusta provocación', la responsabilidad no se modifica para dar aplicación al artículo 28 del Código Penal, pero la afirmación de esos estados emocionales debe computarse por el juzgador como circunstancia de menor peligrosidad, al tenor de lo dispuesto por el artículo 38, Numeral 3º de la Ley Sustantiva, porque en estos casos —se repite— la ira e intenso dolor pierden su capacidad de elementos modificadores de la responsabilidad para adquirir la de circunstancia de menor peligrosidad".

Como las razones base de la causal primera son las mismas de la causal tercera, basta lo dicho para negarla; por otra parte, el recurrente en la demanda no indica cuáles fueron las disposiciones de la Ley Sustantiva indebidamente aplicadas, y las que, en su concepto, debieron aplicarse, para que de la comparación de los textos legales el juzgador pueda formarse un concepto claro y preciso de la violación de la ley penal; pero en este punto la demanda es incompleta y la Corte no puede suplir el pensamiento del demandante.

Por estos motivos, las causales tercera y primera no prosperan.

En cuanto a la causal segunda, en reiterada jurisprudencia la Corte ha dicho que ella es inoperante en los juicios con intervención del Jurado.

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, NO INVALIDA el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, por medio del cual se condena a Rosendo García Flórez a la pena principal de quince años de presidio, como responsable del delito de homicidio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra — Julio E. Arguello, Secretario.

SE ORDENA CESAR TODO PROCEDIMIENTO POR CUANTO EL PROCESADO NO COMETIO EL HECHO QUE LE FUE IMPUTADO

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal—Bogotá, siete de mayo de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monselve)

Vistos:

Consulta el Tribunal Superior de Cali la providencia de fecha 3 de febrero de 1954 que en su parte resolutiva **"ordena cesar la investigación** seguida contra el doctor Santiago Cadena Copete, de condiciones civiles conocidas en el informativo, por el delito de demoras en proceso penal, por considerar que no cometió dicho delito, por el que fue denunciado".

Según la denuncia formulada por Gabriel Victoria V. el 17 de julio de 1946 —que dio origen a este expediente en que se pidió averiguar la responsabilidad del culpable o culpables del hecho— el Juez Primero Penal del Circuito de Cali dejó prescribir la acción penal en un sumario adelantado contra Marco Fidel Montoya por abuso de autoridad. Tal sumario, como consta a folio 14 del cuaderno 1º, correspondió a dicho Juzgado en reparto del 19 de mayo de 1941. En él se ordenó la práctica de diligencias tendientes a adelantar la investigación, que se declaró cerrada el 8 de mayo de 1944 y concluyó con la declaratoria de prescripción de la acción el 19 de febrero de 1946.

Dice el auto consultado:

"Si se tiene en cuenta que el señor doctor Santiago Cadena Copete fue nombrado Juez 1º Penal de este Circuito el 25 de junio de 1945 por Acuerdo número 59 del H. Tribunal Superior, que su nombramiento fue confirmado en septiembre de ese mismo año y que su posesión tuvo lugar el 5 de octubre siguiente, necesario será concluir que no es el doctor Cadena Copete el responsable de las demoras denunciadas, pues se observa que antecedieron en el Juzgado otros funcionarios. Se observa, además, que el doctor Cadena cuando estuvo de Juez Primero Penal del Circuito de Cali, tuvo a su estudio tres días (del 16 al 19 de mayo de 1946) el expediente que terminó con un auto de prescripción.

"De allí que, sin mayores esfuerzos, se establezca a través del informativo que es el caso de aplicar el artículo 153, puesto que los hechos enunciados en el denuncio no aparecen demostrados y por tanto, se puede decir que no han existido".

El señor Procurador Segundo Delegado dice que el Tribunal cometió un error al dirigir la acción penal contra el doctor Cadena Copete exclusivamente, ya que no fue éste el único denunciado sino que "lo fueron todos los señores Jueces o funcionarios que por una u otra razón tuvieron conocimiento de la investigación iniciada por virtud de la denuncia del señor Victoria V. contra el señor Marco Fidel Montoya"; que el doctor Cadena Copete era el que menos tenía que ver con la prescripción que él mismo decretó "a los pocos meses de posesionado del cargo... cuando posiblemente ya se había efectuado el fenómeno de la prescripción extintiva de la acción penal..."; y agrega: "...si tomamos la fecha del 19 de febrero de 1946 en la cual se declaró la prescripción de la acción en el proceso contra Marco Fidel Montoya, como punto de partida para los efectos del presente proceso, encontramos que también se ha operado en él el mismo fenómeno de la prescripción extintiva de la acción penal, no sólo contra el doctor Cadena Copete sino contra cualesquiera otros funcionarios que hubieran intervenido en la instrucción o tramitación del proceso primeramente citado... Es, pues, el caso de confirmar la providencia consultada y así atentamente lo solicita la Procuraduría a la H. Corte".

Demanda, además, el Colaborador Fiscal de la Sala se investiguen las demoras ocurridas en este proceso y que motivaron la prescripción, "especialmente la sucedida entre el 10 de junio de 1947 hasta el 26 de mayo de 1952 en el Juzgado Tercero del Circuio Penal de Cali".

Se considera:

Ya había conocido la Corte de estas diligencias

al revocar el auto de 6 de junio de 1952, a petición de la Procuraduría, por haberse proferido sin el previo concepto favorable del Ministerio Público a que se refiere el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal (fls. 6 y 7 del cuaderno 2º), formalidad que hoy se halla cumplida.

No aparece establecido, ni el mismo denunciante lo señala, el día en que el Juez Primero de Policía Departamental del Valle —señor Marco Fidel Montoya —incurrió en el abuso de autoridad investigado, y no es posible por ello contar desde este momento el tiempo en que la acción prescribe para los ilícitos sancionados por el artículo 172 del Estatuto Punitivo. Mas si se toma como punto de referencia la fecha de la denuncia (13 de enero de 1941), muy claro resulta que cuando el doctor Cadena Copete se hizo cargo del Juzgado Primero Penal del Circuito de Cali (5 de octubre de 1945) habían transcurrido 4 años, 8 meses y 22 días, es decir que apenas faltaban 3 meses y 8 días para consumarse la prescripción.

De esta sencilla confrontación de fechas y del estado de absoluto descuido en que el doctor Cadena Copete, al entrar en ejercicio de sus funciones, encontró el informativo —al cual se habían allegado únicamente, no obstante el largo tiempo corrido hasta entonces, las copias del Acuerdo de nombramiento de aquél y de la respectiva acta de posesión (fls. 15 y 22 del cuaderno 1º), la certificación expedida por el Secretario del Juzgado Primero Penal del Circuito de Cali sobre el curso del negocio (fls. 14 ibidem) y el certificado del Alcalde Mayor de la misma ciudad sobre desempeño del cargo por el inculpado entre el 5 de octubre de 1945 y el 4 de noviembre de 1946 (fl. 23 ibidem), necesario es concluir que la prescripción ya era un hecho inevitable, si es que no había tenido cumplimiento durante la actuación de los antecesores del doctor Cadena Copete en el despacho mencionado, hipótesis cuya verificación no es factible por ignorarse, como antes se dijo, el tiempo en que se cometió la infracción denunciada.

En estas condiciones la morosidad que determinó la prescripción del negocio contra Marco Fidel Montoya por abuso de autoridad no le es imputable al doctor Cadena Copete, quien no fue oído en las presentes diligencias porque, según constancia secretarial que obra al folio 23 v. del cuaderno 1º, no fue localizado para responder de cargos que no le fueron, por lo demás, comprobados, y cuya averiguación no se dirigió en primer lugar, inexplicablemente, contra los jueces que sí estuvieron en posibilidad de activar el sumario para su calificación oportuna.

No es, por tanto, procedente ordenar la cesación del procedimiento —como la Procuraduría lo propone— "por no poderse proseguir la acción". y el Tribunal fue justo al fundar su decisión en el motivo aducido en la providencia que se revisa, la cual, no obstante, habrá de reformarse para ajustarla, en su parte resolutiva, a los términos del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal.

El proceso permaneció sin actuación por espacio de varios años, o sea entre el 10 de junio de 1947 y el 26 de mayo de 1952 (fl. 25 del cuaderno 1º), demora que debe ser, a su turno, investigada, como lo pide el señor Procurador Segundo Delegado.

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 de su Colaborador Fiscal, REFORMA la providencia consultada en el sentido de declarar, como en efecto declara, que el doctor Santiago Cadena Copete no cometió el hecho que le fue imputado, y que a esta causa obedece la cesación del procedimiento. En lo demás la confirma.

El Tribunal de instancia dispondrá lo conducente a la investigación de la demora indicada en la parte motiva de este proveído.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra — Julio E. Argüello, Secretario.

RECURSO DE CASACION. — INADMISIBILIDAD DEL RECURSO POR SER LA PENA INFERIOR A LA CONTEMPLADA POR EL ARTICULO 557 DEL C. DE P. P.

El recurso de casación contra las sentencias de segunda instancia dictadas por Tribunales Superiores de Distrito Judicial en causas de que hayan conocido los Jueces de Circuito, es procedente cuando el delito tiene como sanción privativa de la libertad una pena cuyo máximo sea o exceda de cinco años. La sanción a que hace referencia el artículo 557 del C. de P. P. para la viabilidad del recurso, no es la pena impuesta en la respectiva sentencia sino la imponible de acuerdo con la ley, o sea la resultante de aplicar la disposición base que sanciona el delito in genere con aquellas que —según el caso— modifican la responsabilidad, que es precisamente la que corresponde al delito específicamente determinado en sus elementos objetivos y subjetivos, y al cual hace referencia el fallo.

Las disposiciones que se tomaron en cuenta para fijar la pena son: la del artículo 374 del C. P., disposición base que corresponde al delito intencional, y la del artículo 7º de la ley 164 de 1938, disposición complementaria que corresponde a la modalidad de las infracciones culposas, siendo la resultante de ellas —principal y modificadora— la pena imponible que sirve de base para aceptar o negar el recurso de casación.

Si el delito —lesiones personales— fuera intencional, la pena sería de dos a seis años de presidio, mas, como en el auto de proceder y en la respectiva sentencia se admitió por los falladores de instancia la modalidad de la culpa, la pena principal se disminuirá de las tres cuartas partes a la mitad; si se aplica la sanción sobre la base del máximo o mínimo, la pena específica sería para el primero de tres años y para el segundo de diez y ocho meses, tiempo menor al exigido por el artículo 557 del C. de P. P. para la viabilidad del recurso, toda vez, que la pena privativa de la libertad imponible al delito así determinado, tiene que ser o exceder de cinco años.

Cuando la pena imponible no alcanza a los términos fijados por la disposición del artículo 557 de la Ley procedimental, el recurso de casación puede ser negado en dos oportunidades: ora, cuando el negocio se estudia para decretar la admisibilidad del recurso, bien, al examinar la correspondiente demanda de casación. El auto de admisibilidad no crea ningún obstáculo jurídico ni implica "un compromiso indesatable" para que la Corte al examinar la demanda, estudie los fundamentos del recurso para aceptar su procedencia o negar su viabilidad.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

VISTOS:

JAIME GRILLO MEJIA fué condenado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, a la pena principal de diez y ocho meses de presidio como responsable de un delito de lesiones personales culposas, cometido en la persona de la menor Aída Bedoya.

La sentencia fué proferida el quince de marzo de mil novecientos cincuenta y cinco, y contra ella se interpuso recurso de casación.

Demanda

En escrito digno de encomio, por la técnica que interpreta a cabalidad los requisitos que debe contener una demanda de esta naturaleza, por los argumentos jurídicos que se aducen como razones de impugnación de la sentencia, y por la presentación y estudio de cada una de las causales que en forma lógica se aducen contra el fallo, el doctor Jorge Gutiérrez Gómez formula la correspondiente demanda, invocando como causales de ca-

sación la primera y la segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Concepto del procurador

El Agente del Ministerio Público al contestar el traslado de la demanda dice que: "el recurso de casación no es admisible por cuanto la pena máxima imponible en el caso de autos no llega al límite fijado por el artículo 557 del Código de Procedimiento Penal".

"En efecto, el juzgado Penal del Circuito de Pereira, en auto de 21 de junio de 1954, llamó a responder en juicio a Jaime Grillo Mejía por el delito culposo de lesiones personales en la menor Ayda Bedoya, a consecuencia de las cuales sufrió ésta una incapacidad de cincuenta días y perturbación funcional permanente del miembro inferior izquierdo".

"Al tenor del artículo 557 del Código de Procedimiento Penal 'habrá lugar al recurso de casación contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en causas de que hayan conocido los jueces de Circuito, por delitos que tengan señalada una sanción privativa de la libertad personal cuyo máximo sea o exceda de cinco años' ".

"El inciso segundo del artículo 374 del Código Penal reprime con pena de dos a seis años de presidio y con multa de doscientos a cinco mil pesos las lesiones intencionales que produzcan una perturbación funcional o psíquica de carácter permanente".

"Con todo, esta pena, de conformidad con el artículo 7º de la Ley 164 de 1938, debe reducirse de las tres cuartas partes a la mitad cuando las lesiones se han causado por culpa, y en tal evento 'en lugar de la prisión, se aplicará el arresto, y del presidio, la prisión'.

"De tal suerte que el máximo de pena imponible en este supuesto es el de tres años de prisión, tomando como base la mayor sanción que señala el artículo 374 antes citado, disminuída en la mitad".

"Por consiguiente, no se cumplen aquí las exigencias del artículo 557 del Código de Procedimiento Penal para que proceda el recurso de casación".

Sentencia

Jaime Grillo Mejía fue llamado a responder en juicio por un delito no intencional sino culposo de lesiones personales, y sobre esta base se adelantó la causa que finalizó con la sentencia hoy recurrida en casación.

En el mencionado fallo se expresa:

"La norma penal violada por el responsable es la del artículo 374 del C. Penal, que fija para el caso una pena que oscila entre dos y seis años de presidio y multa de doscientos a cinco mil pesos. De conformidad con el artículo 7º de la Ley 164 de 1938 la sanción fijada por la ley penal se reduce de las tres cuartas partes a la mitad cuando se trata de delitos culposos..."

"Por consiguiente, la pena que merece el sindicado Grillo debe ser más alta que la mínima y ella se fija en treinta y dos meses de presidio y doscientos cincuenta pesos de multa en favor de la Caja de Previsión Social. Pero como ésta es la básica según la ley 164 de 1938 y por ello se conviene en llevar esa rebaja a un poco más de la mitad, quedando la pena definitiva en diez y ocho meses de presidio y multa de ciento cincuenta pesos en favor de la Caja de Previsión Social".

Se considera

El recurso de casación contra las sentencias de segunda instancia dictadas por Tribunales Superiores de Distrito Judicial en causas de que hayan conocido los Jueces de Circuito, es **procedente** cuando el delito tiene como sanción privativa de la libertad una pena cuyo máximo sea o exceda de cinco años. La sanción a que hace referencia el artículo 557 del C. de P. P. para la viabilidad del recurso, no es la pena impuesta en la respectiva sentencia sino la imponible de acuerdo con la ley o sea, lo resultante de aplicar la disposición base que sanciona el delito in genere con aquellas que —según el caso— modifican la responsabilidad, que es precisamente la que corresponde al delito específicamente determinado en sus elementos objetivos y subjetivos, y al cual hace referencia el fallo.

Las disposiciones que se tomaron en cuenta para fijar la pena son: la del artículo 374 del C. P. disposición base que corresponde al delito intencional, y la del artículo 7º de la Ley 164 de 193í, disposición complementaria que corresponde a la modalidad de las infracciones culposas, siendo la resultante de ellas —principal y modificadora— la pena imponible que sirve de base para aceptar o negar el recurso de casación.

Los hechos delictuosos sancionados en las disposiciones transcritas, son sustancialmente diferentes; el primero (Art. 374 del C. P.) tipifica un delito intencional para cuya existencia —aparte de los elementos objetivos— es indispensable la concurrencia del dolo; el segundo (Art. 7º de la

Ley 164 de 1938), configura un hecho integrado por elementos propios que lo determinan como un delito independiente, la culpa, negación del dolo, caracteriza al delito culposo como figura delictual autónoma, porque la intención criminal —dolo— no puede ser concurrente con la culpa; lo uno excluye a lo otro, lo cual hace que los ilícitos sean diferentes en los elementos subjetivos que sirven para estructurarlos, distinción de la cual depende que las penas en su duración y calidad sean diferentes y que las sanciones de los primeros no sean las mismas de los segundos.

Si el delito —lesiones personales— fuera intencional, la pena sería de dos a seis años de presidio, mas, como en el auto de proceder y en la respectiva sentencia se admitió por los falladores de instancia la modalidad de la culpa, la pena principal se disminuirá de las tres cuartas partes a la mitad; si se aplica la sanción sobre la base del máximo o mínimo, la pena específica sería para el primero de tres años y para el segundo de diez y ocho meses, tiempo menor al exigido por el artículo 557 del C. de P. P. para la viabilidad del recurso, toda vez, que la pena privativa de la libertad imponible al delito así determinado, tiene que ser o exceder de cinco años.

Cuando la pena imponible no alcanza a los términos fijados por la disposición del artículo 557 de la Ley procedimental, el recurso de casación puede ser negado en dos oportunidades: ora, cuando el negocio se estudia para decretar la admisibilidad del recurso, bien, al examinar la correspondiente demanda de casación. El auto de admisibilidad no crea ningún obstáculo jurídico ni implica "un compromiso indesatable" para que la Corte al examinar la demanda, estudie los fundamentos del recurso para aceptar su procedencia o negar su viabilidad.

El auto de admisibilidad dio lugar al apoderado del recurrente, Dr. Jorge Gutiérrez Gómez, para estudiar la sentencia y presentar motivos valederos de impugnación que con claridad meridiana indican los errores del fallo, como, por ejemplo; imponer pena de presidio en vez de prisión, que es lo que determina la ley; hacer un cómputo de sanción que no tiene ningún fundamento legal; aumentar la indemnización de perjuicios y suspender la condena condicional.

Es claro que el deber del apoderado una vez admitido el recurso, era el de formular la correspondiente demanda de casación porque su obligación jurídico moral así se lo imponía, y las consecuencias del error inicial, ajenas a sus actividades, no impedían el cumplimiento exacto del mandato a él conferido. Pero la Sala no tuvo oportunidad de estudiar el contenido sustancial de la demanda porque la pena impuesta no alcanza a los límites fijados por la ley para que el recurso tuviera operancia en este caso.

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, de acuerdo con él SE INHIBE de conocer del presente recurso de casación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra — José Amadeo Rey, Secretario.

LA CORTE DICTA SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO A FAVOR DE UN EXGOBERNADOR Y ORDENA ADELANTAR UNA INVESTIGACION

Corte Suprema de Justicia — Sala Penal — Bogotá, nueve de mayo de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado ponente, doctor JESUS ESTRADA MONSALVE)

VISTOS:

El doctor Carlos A. Lozano Agudelo, vecino de Ibagué, formuló denuncia ante la Corte contra el Gobernador del Departamento del Tolima doctor Francisco González Torres, con fecha 9 de junio de 1952, por detención arbitraria y abuso de autoridad.

Adelantado el proceso por el Juez 44 de Instrucción Criminal, designado al efecto por el Ministerio de Justicia, se sobreseyó temporalmente en favor del inculpado y se reabrió la investigación para que se le recibiera a éste declaración instructiva, a cuyo fin se le libró despacho al Consulado de Colombia en Londres, ciudad donde se hallaba por entonces el doctor González Torres, por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores. Practicada tal diligencia —que se llevó al cabo sin la observancia de elementales normas procesales, pues al exponente se le oyó sin asistencia de apoderado y bajo la gravedad del juramento— se declaró perfeccionado el informativo, cuyo mérito entra a calificar la Sala de la manera siguiente:

Los hechos

En el bar "Bucamba", situado en las afueras de Ibagué, se reunieron el 2 de junio de 1952 varias personas entre ellas algunas unidades del personal de detectives de la misma ciudad, con el ánimo de celebrar la llegada del doctor Pablo E. Casasfranco, antiguo Jefe de la Seguridad en el Tolima, quien acababa de regresar de Bucaramanga. Las diez de la noche serían cuando se dio comienzo a los discursos de usanza en ocasiones semejantes, esta vez pronunciados por los doctores Francisco Restrepo Echandía, Carlos A. Lozano Agudelo y el propio festejado, quienes emularon en la tarea de desatar sobre el Jefe de la Administración Departamental, doctor González Torres, airadas críticas y ofensivas acusaciones.

Enterado de lo que estaba ocurriendo, el Gobernador se comunicó con las oficinas de la Seguridad para ordenar el acuartelamiento de los agentes que participaban en el agasajo; y fue así como el Sub-jefe de aquella dependencia, Eugenio Varón, irrumpiendo entre los asistentes, transmitió la orden supuestamente impartida. "Hubo un murmullo, voces de protesta, y el doctor Casasfranco dijo: 'eso lo esperábamos' ", declara Varón. Sólo cuatro detectives, dirigiéndose al cuartel, obedecieron el mandato, mientras se reanudaba el curso del homenaje que, a eso de las dos de la mañana, epilogó dramáticamente el doctor Restrepo Echandía avanzando hasta el centro del salón y haciendo suspender la música que amenizaba el acto para fracturarse el cráneo de un disparo mortal, después de proferir las palabras que en su boca pone el testigo Alfonso Valencia Ruiz: "A ustedes mis amigos y a mis hijos que los quiero porque son buenos les dedico esto".

Como consecuencia de tales sucesos o con ocasión de ellos, el mismo Eugenio Varón dispuso, en las primeras horas del día 3 de junio, la detención del doctor Carlos A. Lozano Agudelo, que se cumplió entre las ocho y media y las doce y media en los cuarteles de la Policía; la del doctor Luis Guillermo Granados, realizada entre las nueve o diez y las doce y media en las oficinas de la Seguridad; y la del doctor Pablo E. Casas Franco, efectuada en la misma mañana, por el espacio aproximado de una hora, en su casa de habitación.

Concepto de la Procuraduría

El señor Procurador Primero Delegado solicita se sobresea definitivamente en favor del Gobernador González Torres, y se pasen los autos al funcionario competente "por cuanto hace al juzgamiento de personas no justiciables por la H. Corte".

Al respecto dice:

"...el Gobernador no dio propiamente una orden de detención individualizada y concreta con-

tra el doctor Carlos Lozano Agudelo, ni contra ninguno de sus amigos de fiesta, ni esa orden debería entenderse privando de la libertad a persona alguna, sino que, por el motivo que la causaba (muerte del Dr. Restrepo Echandía) y por su sentido general y abstracto, ha debido interpretarse en forma más inteligente, y comprenderla en el natural sentido de que lo que el Gobernador quería era una celosa y rígida investigación alrededor de los hechos que hubieran podido haber ocasionado la muerte del doctor Francisco Restrepo Echandía, máxime cuando ya se hablaba de "asesinato", como lo afirma el declarante Guillermo Granados al folio 22 v., y cuyo suicidio, en tan temprana hora sabido y sin tiempo para confirmarlo, bien podía aceptarse como una de tantas versiones callejeras que surgen a raiz de un acontecimiento grave, y que a la postre resultan sin fundamento...

"Es lógico suponer que la intención del doctor Francisco González Torres, en relación con los hechos del proceso, es la que él manifiesta en la declaración que rindió en Londres, refrendada, como se halla, por declarantes de todo valor probatorio, ante quienes negó haber ordenado la detención del doctor Lozano Agudelo, en los mismos momentos en que éste se hallaba privado de libertad, y que el señor Eugenio Varón Varón, Sub-jefe de la Seccional de Seguridad de Ibagué, en su calidad de subalterno y por un exceso de celo en el cumplimiento de las órdenes superiores, haya extremado las medidas precautelativas que le fueron dictadas por el Gobernador, en relación a la muerte del doctor Restrepo Echandía, ya que no sabía exactamente las circunstancias dentro de las cuales se había realizado este deceso, y era fácil que supusiese complicaciones de orden criminal, que podrían desvirtuarse si no se obraba con rigidez..." (fls. 101 a 103).

Consideraciones de la Corte

Sólo el deponente Eugenio Varón le formula al Gobernador González Torres —cuya calidad oficial se acreditó en el expediente en forma legal— el cargo de haber ordenado las detenciones mencionadas. Su declaración reza, en lo pertinente:

"...Todos los concurrentes principiaron a lanzar vivas al Dr. Casas Franco, al Dr. Alzate Avendaño y al partido conservador". Yo me regresé al carro, y al carro mío subieron cuatro de los allí asistentes que pertenecen a la institución. Al llegar al edificio, dí orden al Jefe de información que tomara nota del personal que fuera entrando, y me retiré a mi habitación. A las seis de la mañana, me levanté y le pregunté al Jefe de información, qué novedad había habido y me contestó: 'solamente entró el detective Valencia, a las cinco y media de la mañana'. El señor Valencia se encontraba en esos días prestando sus servicios en el Juzgado 70 de Instrucción, como Secretario. Después de eso fue la llamada del señor Gobernador de recoger el personal de la institución, mejor dicho preguntándome si había cumplido la orden de acuartelamiento que le había dado a las once de la noche. Entonces fue cuando me refirió si yo sabía cómo había perecido el Dr. Francisco Restrepo Echandía y yo le contesté 'que no tenía conocimiento'. Volvió a preguntarme: 'que si el personal había cumplido la orden que él había dado' y le contesté: 'que cuatro habían regresado conmigo y uno había entrado a las cinco y media de la mañana y que los demás habían desobedecido la orden'; entonces fue cuando me ordenó que ese personal había desobedecido y debía de recogerlo inmediatamente y detenerlo, igual cosa debía hacer con el resto del personal particular que se encontraba en ese lugar; entonces fue cuando ordené la detención del Dr. LOZANO AGUDELO, GRANADOS y la captura del Dr. CASAS FRANCO, yo mismo la efectué en compañía de uno de los detectives de nombre ALFONSO SUAREZ, esa captura se llevó a efecto en la casa de habitación del Dr. CASASFRANCO. Al llegar a su casa, yo golpié y salió él en bata de baño y le dije: "Dr. Casasfranco, de orden del señor Gobernador, queda usted detenido', él se alarmó, protestó diciendo que él no había cometido ningún delito y que le extrañaba la actitud del señor Gobernador, puesto que él no había hecho más que servirle; me dijo que le era materialmente imposible seguir conmigo, puesto que su señora se encontraba en estado de gravedad. Le dije: 'Dr. usted sabe más que ninguno, estas órdenes hay que cumplirlas'. Me dijo 'hombre usted comprende cuál es mi situación en estos momentos'.

En vista de eso le dije: Vamos a ver cómo le damos solución a este asunto, yo dejo aquí al detective Suárez, acompañándolo y yo me voy a conversar con el señor Gobernador y exponerle su situación. Me regresé al edificio de la seguridad y llamé por teléfono al señor Gobernador, le conté las circunstancias en que se encontraba el Dr. Casasfranco por la enfermedad de la señora y que me autorizara la forma como debía de proceder. Entonces él me contestó: 'qué gravedad es la que tiene la señora', le dije es de maternidad y parece que hay un parto prematuro. Volvió a

decirme, eso se debía constatar por medio de un certificado médico. Me regresé a la casa del Dr. Casasfranco y le comuniqué lo que había hablado con el señor Gobernador y él me dijo que inmediatamente llamaría al médico y me mandaría el certificado a la oficina. Me retiré dejando al detective que cuidara al Dr. Casasfranco en calidad de detenido. Yo me retiré nuevamente a mi oficina y más o menos una hora después me llegó el certificado médico, firmado por el Dr. Franco, no recuerdo el nombre; en que constaba la gravedad de la señora del Dr. Casasfranco y por cuyo motivo él no podía retirarse de la casa. Volví a llamar al señor Gobernador y le comuniqué lo del certificado y también de la detención del Dr. Lozano Agudelo y el Dr. Granados. Supongo que el motivo de la detención de los señores Dr. Agudelo, Casasfranco y Granados se debió a que se encontraban en el lugar donde perdió la vida el Dr. Francisco Restrepo Echandía, esa misma noche del dos de junio, y todos ellos según lo pude apreciar estaban vivando con el Dr. Restrepo Echandía, porque inclusive ellos me ofrecieron que les aceptara alguna copa e invitación que yo rehusé, pues mi demora fue muy corta, y mientras permanecí no noté que entre ellos mediara enemistad alguna, todos conversaban amistosamente. Al darme la orden de detención el señor Gobernador, no me manifestó el motivo de la detención, auncuando yo ya tenía conocimiento de la muerte del Dr. Restrepo Echandía. A eso de las siete de la mañana, para ser más concreto salí de las oficinas de la seguridad con el fin de realizar la captura del Dr. Casasfranco, dejando la orden de captura para los doctores Carlos Lozano Agudelo y Granados, por escrito, pero a ellos no se les incomunicó en ningún momento. No recuerdo qué agente se encargó del cumplimiento de esa orden, pero en todo caso como a eso de las siete y media regresé a la seguridad y llegó el Dr. Carlos Lozano Agudelo, ya capturado y quedó detenido en el Casino de Oficiales de la Policía pero sin privarlo de comunicación y después de eso no volví a saber de él ni quien daría la orden de libertad. Debo advertir que el señor Gobernador en ningún momento me pasó orden de detención por escrito ni para el Dr. Lozano ni para las demás personas..." (fls. 10 v. a 12).

El incriminado, por su parte, al responder el interrogatorio a que fue sometido, reconoció haberle ordenado al Sub-Jefe de Investigación Criminal del Tolima el acuartelamiento de los detectives que en el bar "Bucamba" se asociaban, en la noche de autos, a la celebración del regreso del doctor Casasfranco "pues no podía aceptar que dicho cuerpo de seguridad diera escándalo e incumpliera sus deberes de vigilancia y control", y aceptó haberle manifestado al mismo empleado, una vez que tuvo conocimiento de la muerte violenta del doctor Restrepo Echandía, "que debía proceder a adelantar la investigación de rigor, llamando a declarar a todas las personas que habían acompañado al doctor Restrepo hasta última hora debiendo hacerlo dentro del menor término; y sin dejar a ninguno de sus acompañantes sin serle recibida la información". Negó, en cambio, toda participación en las detenciones investigadas, expresándose de esta manera: "Es obvio que no podía dar órdenes de detención, pero sí podía prescribir, preceptuar que se llamara a declarar a quienes habían sido testigos de la muerte violenta del fiscal del juzgado superior... Ignoro si hubiera habido detención alguna por razón de la muerte del doctor Echandía, y menos si las hubo debidas o arbitrarias. Recuerdo que cuando nos preparábamos para asistir al entierro del doctor Restrepo, algunas personas se me acercaron para solicitarme dijera al Jefe de Investigación que había citado al doctor Lozano para recibirle información o declaración sobre la muerte del doctor Restrepo, que accediera a cambiar la hora para permitir a aquél concurrir al sepelio. Ante la noticia procedente de personas que me merecen toda veracidad llamé al Jefe de la Seguridad quien inmediatamente accedió y fue así como pude advertir, con gran satisfacción, que el doctor Lozano Agudelo asistió al entierro de su amigo el doctor Restrepo E.".

Hay, pues, versiones contrapuestas en estas dos piezas fundamentales del proceso, y entre ellas debe acogerse la contenida en la declaración instructiva del doctor González Torres, porque, siendo la más favorable al sindicado, es al mismo tiempo la que ofrece en el informativo mayor respaldo probatorio.

En efecto, mientras Eugenio Varón es el único que inculpa al Gobernador de haberle dicho al deponente —después de ordenarle la detención de los detectives que en la noche de autos se negaron a volver a cuartel— que "igual cosa podía hacer con el resto del personal particular que se encontraba en ese lugar" (en el bar "Bucamba"), los demás declarantes, aún los que pudieran considerarse interesados en sostener tal imputación por su manifiesta hostilidad a la persona del mandatario seccional, se abstienen de confirmarla.

Bien por el contrario, obran en el expediente declaraciones de indiscutible valor según las cua-

les el doctor González Torres, a raíz de las detenciones materia de la investigación, rechazaba el cargo de haberlas autorizado u ordenado. Se citan a continuación algunas.

La del doctor Hernando Arbeláez Jiménez:

"...Fuimos a la Gobernación y al entrar, se nos sumaron el señor Luis Carlos Echandía y un señor de apellido Trujillo. El Gobernador nos recibió muy gentilmente, **nos manifestó ignoraba la causa de la detención de Lozano y agregó que naturalmente alrededor de la muerte del Dr. Restrepo se irían a tejer múltiples consejas que él estaba dispuesto a averiguar con una investigación detenida y rigurosa. Finalmente dijo que daría la orden para que se pusiera en libertad a Lozano Agudelo.** Serían aproximadamente las nueve de la mañana..." (fl. 20).

La del doctor Ernesto Polanco Ureña:

"...Al entrar al edificio de la Gobernación, Mazuera y yo nos encontramos con los señores Ismael Santofiño y Luis Carlos Echandía, quienes nos manifestaron que iban a hablar con el Gobernador precisamente sobre lo mismo que motivaba nuestra entrada. Fue así como entramos juntos los cuatro y se nos recibió inmediatamente. Después de haber saludado al Gobernador, yo me retiré hacia un extremo del Salón a conversar con el señor Jorge Viña Calderón, Secretario Privado y Mazuera se sentó en una silla en tal forma que ni él ni yo intervinimos en la conversación planteada entre Luis Carlos Echandía y el Gobernador. Nos (sic) obstante no haber tenido ninguna intervención en el cambio de palabra, efectuado entre el Gobernador y Echandía, **pude darme cuenta de recriminaciones hechas por Echandía al Gobernador seguramente influídas por el estado anímico en que se encontraba aquél a consecuencia de la muerte trágica de su pariente el Dr. Restrepo Echandía.** Alcancé a oír que el Gobernador cuando Echandía le dijo o le preguntó, por qué había hecho poner preso al Dr. Lozano Agudelo, González le respondió más o menos lo siguiente: **que él, González, posiblemente había cometido muchas bestialidades y torpezas, pero que esa de enviar a Lozano detenido no la había cometido**..." (fl. 33 v.).

La del señor Luis Carlos Echandía:

"...En compañía de los doctores Polanco y Arbeláez y de Santofiño nos fuimos al Despacho de la Gobernación y una vez allá yo le dije al Dr. González Torres en presencia de los tres caballeros antes dichos y de los doctores Giraldo Yepes, Secretario de Hacienda y de Hernando Vallejo, Secretario de Educación, que por qué razón había ordenado él la detención de Lozano Agudelo. **Debo de declarar que no recuerdo quién dijo que el Gobernador había ordenado esa detención, y no lo recuerdo sencillamente porque yo estaba en una situación espiritual bastante confusa que me impedía poner atención a lo que oía. El Dr. González Torres, Gobernador del Departamento, visiblemente disgustado me respondió que cómo lo iba yo a considerar a él tan bruto y de ignorante como para aceptar que él había dado esa orden de detención. Yo le contesté que ignoraba si él había dado o no esa orden,** y entonces alguna persona que estaba allí presente manifestó **que en el Detectivismo así lo habían informado**... Yo volví a manifestarle al Gobernador que poco me interesaba saber quién había dado la orden de detención, que lo que yo pedía era la libertad siquiera provisional o transitoria de Lozano Agudelo y apoyaba mi petición explicándole a González Torres la situación aflictiva en que estaba el Dr. Lozano Agudelo a consecuencia de la muerte violenta e inesperada de su amigo el Dr. Restrepo Echandía, cuyo cadáver se estaba velando en su casa de habitación. **González Torres me dijo que iba a llamar al detectivismo y personalmente el Dr. Calderón jefe de la Seguridad para que viera la manera de poner en libertad a Lozano Agudelo**... Posteriormente fue hallado el Dr. Calderón y **seguramente recibió la orden dada por el Gobernador y de esta manera el Dr. Lozano Agudelo recobró su libertad.** En cuanto hace relación a la detención del Dr. Casasfranco, a quien no tengo el honor de conocer personalmente, solamente supe después que estaba detenido en su casa de habitación **pero ignoro qué autoridad dió la orden y por qué razones.** En cuanto a la detención del Dr. Guillermo Granados, **no tengo ninguna idea sobre ese particular**..." (fls. 36 v. y 37).

Además del doctor Hernando Arbeláez Jiménez —cuya declaración se ha reproducido antes en parte el doctor Lozano Agudelo citó en la denuncia a los doctores Luis Ayram y Humberto Arbeláez Londoño, como testigos de que su detención "se debió a orden impartida por la Gobernación", pero ninguno de los dos afirma haber tenido tal conocimiento por percepción directa, sino por información del Comandante de la Policía Nacional en Ibagué. "Tanto el Dr. Arbeláez como yo —dice Ayram— le preguntamos si Lozano Agudelo estaba detenido por orden expresa y escrita del Gobernador del Departamento y **él nos declaró que se encontraba detenido por orden de la Gobernación sin indicarnos concretamente**

qué funcionario o empleado había dado la orden" (fl. 16 v.).

Interrogado el Comandante, señor Jorge Alfonso Galeano Gómez, manifestó que nada le constaba por no haber tenido intervención directa ni indirecta en la detención del doctor Lozano Agudelo, pues por entonces se hallaba ausente de Ibagué o "en alguna actividad del servicio que le impidió enterarse del caso que se investiga", y exhibió las anotaciones de fecha 3 de junio de 1952 —visibles a folios 185 y 186 del respectivo libro de entradas y salidas—, que coinciden con el informe de la Jefatura de la Estación Central de la División Tolima y que rezan: "Detenido. 8 y 40. Fue detenido el señor Carlos A. Lozano Agudelo **por orden de mi Mayor Castellanos.** (Fdo.) Jesús M. Garay. Teniente Primero Oficial de Servicio". — "12 y 45 p. m. Detención. salió con el Jefe de la Seguridad el señor Dr. Carlos A. Lozano Agudelo **quien estaba detenido a órdenes del Mayor Castellanos.** (Fdo.) Rafael A. Giraldo C. Capitán Oficial de Servicio" (fls. 47 y 49 v.).

La escaza luz que parecían verter sobre los hechos las anteriores constancias se disipó con la propia declaración del Mayor Pablo Enrique Castellanos Rodríguez, en ellas mencionado, quien expresó haber sabido que Lozano Agudelo "se encontraba incomunicado por cuenta del señor Gobernador del Departamento Dr. Francisco González Torres, **según afirmcaiones del Capitán Rafael A. Giraldo, Jefe de la Sección del Departamento del Personal"** (fl. 68), y con el testimonio que los dos oficiales que suscribieron aquéllas —Giraldo y Garay Vera— rindieron manifestando haber ignorado por orden de quién fuera conducido al cuartel el abogado denunciante (fls. 48 y 53).

No es, por otra parte, verosímil que persona alguna, empleado o ciudadano particular, desconociera tan absolutamente la orden dada, en tan difíciles momentos, por el doctor González Torres a Eugenio Varón, de haber existido ella realmente; y parece más bien como la Procuraduría lo sugiere que el Sub-Jefe de la Seccional de Seguridad de Ibagué, por mal entendimiento o excesivo celo, extremara las órdenes del Gobernador relacionadas con el acuartelamiento de los detectives y con la muerte del doctor Restrepo Echandía, "la que no sabía exactamente las circunstancias dentro de las cuales se había realizado este deceso, y era fácil que supusiese complicaciones de orden criminal, que podrían desvirtuarse si no se obraba con rigidez". En esa hipótesis —observa la Sala— el cargo que a González Torres le formuló Varón, y que éste no le había comunicado a nadie antes de declarar en el proceso, ni siquiera a sus superiores o inferiores inmediatos, bien pudo obedecer al interés de rehuír ante el instructor toda responsabilidad propia en las detenciones por él mismo ejecutadas.

Es indudable que la situación confrontada en la capital del Tolima por el Gobernador González Torres, entre la noche del 2 de junio de 1952 y la mañana del siguiente día, no fue tan llevadera política y socialmente (o al menos tuvo todas las apariencias de no serlo) como para admitir su absoluta despreocupación frente a ciudadanos que acababan de participar, en compañía de los mismos agentes encargados de guardar el orden, en una reunión de manifiesto sabor oposicionista, finaliza súbitamente con la muerte violenta de uno de los anfitriones más prestantes, el Fiscal del Juzgado Segundo Superior de Ibagué doctor Restrepo Echandía. Pero como lo anota la Procuraduría "Aún en el caso de que la orden del Gobernador hubiese sido dada concretamente (que no lo fue, aclara la Sala) para privar de la libertad personal a alguien, este mandato telefónico no era capaz de producir la detención, por cuanto no se estaba obrando dentro de ordenamientos de disciplina militar, ni se había dado la orden observando el formulismo de ser escrita, por lo menos, para ser atendible".

No le son imputables, por tanto, al funcionario acusado los hechos objeto de la investigación, y en su favor habrá de darse aplicación a lo prescrito en el ordinal 2º del artículo 437 del Código de Procedimiento Penal, no sin ordenar el envío de los autos a la autoridad competente para que se averigüe la responsabilidad que en los hechos investigados hubieran podido tener personas no justiciables por la Corte.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia 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 y acorde con él, SOBRESEE DEFINITIVAMENTE en favor del doctor Francisco González Torres por razón de los cargos que se le hicieron en este proceso, en su carácter de Gobernador del Departamento del Tolima.

Remítase por la Secretaría copia de lo conducente a los señores jueces del Circuito (reparto) de Ibagué para los fines indicados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Conjuez, **Jorge E. Gutiérrez Anzola. — José A. Rey,** Secretario.

RECURSO DE REVISION. — CAUSAL 3ª — CALIDAD DE LA PRUEBA.—LA DEFENSA EN EL PROCESO PENAL NO ES UN PRIVILEGIO SINO UN DERECHO QUE OTORGA LA LEY

1 — El recurso de revisión tiene como finalidad el restablecimiento de la justicia dentro del ámbito de la cosa juzgada, por errores judiciales que se hallan directamente vinculados a los hechos materia del proceso y nó a cuestiones de confrontación del fallo con la ley, como ocurre en casación. El recurso, puede decirse, constituye una excepción al principio de la cosa juzgada, toda vez que permite después de fenecido un juicio sea revisado por motivos que la ley contempla en el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal.

El recurso no es una tercera instancia, ni tiene por objeto la crítica de la sentencia para revocarla, reformarla o adicionarla según fuere el caso. Su finalidad es la de salvar los fueros de la justicia comprometida por posibles errores judiciales cometidos por los funcionarios que la administran, revisando el proceso a la luz de hechos o pruebas no conocidos en los debates, o por estar frente a sentencias contradictorias pronunciadas sobre un mismo delito, o porque se compruebe la existencia de la persona que se presume muerta por un homicidio, o porque se demuestre que la sentencia se pronunció sobre un documento o prueba secreta que no existía en el proceso, o porque se determine que es falso algún testimonio, documento o PRUEBA DE CUALQUIER OTRA CLASE QUE HAYA PODIDO DETERMINAR EL FALLO RESPECTIVO (Art. 571 del C. de P. P.).

La prueba a que hace referencia la disposición que se comenta, (Numeral 3º del citado artículo, parte in fine) no la especifica la ley, por consiguiente, queda al prudente criterio de la Corte el determinarla y darle valor como elemento de convicción para revisar determinado proceso, y esa prueba no puede ser otra que aquella que sirvió de base o fundamento para que el funcionario incurriera en el error judicial, error en virtud del cual se privó al acusado no sólo de la defensa de sus derechos, sino también de su presencia en el juicio, dándole en esta forma el conocimiento del proceso, de sus actos fundamentales, auto de proceder, pruebas, audiencia, sentencias de primera y segunda instancia, y posteriormente de la liquidación en perjuicios. El informe falso o irregular de la Secretaría produjo como consecuencia la declaratoria de "reo ausente", por este motivo se le juzgó "en contumacia", siendo evidente, por otra parte, que el acusado ni estuvo ausente, ni se hallaba prófugo, ni rehusó en ningún momento la citación a juicio.

2 — La defensa no es un privilegio que otorga la ley sino un derecho originario del hombre, reconocido por el legislador; por consiguiente, ese derecho es inalienable e irrenunciable por el interés que tiene el Estado y la sociedad de que no se condene a un inocente sino al verdadero culpable. Nadie puede renunciar a su propia defensa, y cuando por cualquier circunstancia la persona así lo hiciere, la ley faculta al funcionario para nombrar un apoderado o defensor de oficio que patrocine la causa y haga valer los derechos del acusado para absolverlo si es inocente, o para que sea sujeto de sanción penal en la justa medida de la ley, si resultara ser culpable.

Pero el ejercicio del mandato presupone deberes y obligaciones que deben cumplirse y no renunciarse, porque el cargo de apoderado y defensor en lo penal es de orden público y no privado como en lo civil; aquí se atienden INTERESES económico-particulares, en aquél se defienden valores de superior jerarquía, como es la libertad del hombre, su inocencia o el reconocimiento de una responsabilidad en los términos de la ley. El mandato no se cumple ni se justifica con el solo acto de suscribir notificaciones. No; es necesario asistir al procesado en todas las diligencias en que la presencia de éste sea prescrita por la ley, y represen-

tarlo en todos los actos e incidentes del proceso, bien sea en orden a contradecir las pruebas o allegar elementos que demuestren su inocencia, o a buscar los términos en que la debe ser aplicada.

Si el apoderado o defensor no cumple con sus deberes, si la defensa es inútil por inercia o despreocupación, si no se hace nada por tratarse de un REO AUSENTE, o por ser un defensor de oficio a quien los intereses del acusado no importan nada, es claro que en este caso especialísimo no puede hablarse de defensa, máxime cuando el acusado no estuvo ausente ni se hallaba prófugo de la justicia, se lo juzgó en ausencia o en "contumacia" siendo, por otra parte, evidente que en sitio donde se adelantaba la causa estaba presente, lo que equivale a decir que se omitió uno de los sujetos procesales del juicio, o sea el sujeto pasivo de la acción penal —el acusado— ya que el defensor fué un convidado de piedra en este proceso.

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

Magistrado Ponente, Dr. DOMINGO SARASTY MONTENEGRO

VISTOS:

El doctor Fernando Londoño y Londoño, en demanda de veintinueve de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco, interpone ante la Corte recurso de revisión contra las sentencias ejecutoriadas proferidas por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Manizales y por el Tribunal Superior del mismo Distrito, por las cuales se condena a NOEL PARRA PALACIO a la pena principal de veintiocho meses de presidio y accesorias consiguientes.

Antecedentes

El día cinco de mayo de mil novecientos cincuenta y tres, cuando Noel Parra Palacio se dirigía a su casa de habitación, Alfredo Castellanos preguntó: "Don Noel, qué piensa hacer en los linderos de la finca?" A lo cual respondió que "pensaba hacer el cerco por donde siempre estaba", replicando aquél "que por allí no era el lindero, que era más abajo y que lo que pasaba era que yo les iba a robar, que yo era un pícaro y que tenía muchas cosas qué decirme a mí y que así era pues que si yo echaba el alambrado por allí me lo tumbaban y que inclusive a mí también me tumbaban". En las horas de la tarde en el café denominado "Nogal" cuando departía con sus amigos Jesús Giraldo, los hermanos Aristizábal y Enrique Escobar, a quienes relataba lo acaecido en las horas de la mañana, "al mirar hacia atrás" observó que Alfredo Castellanos "estaba casi pegado hacia mí por detrás y lo ví con intenciones de tirarme" por lo cual inmediatamente tomó un taburete y le pegó en la cabeza; ya herido y estando en el suelo le preguntó "que por qué quería asesinársele por detrás, que por qué no lo hacía por delante como los hombres". En esos momentos sintió la detonación de un disparo y observó que frente a él estaba el hermano de Castellanos "midiéndome con un revólver"; trató de defenderse y quiso "encuallarlo" entonces hizo otros disparos y salió corriendo. Como consecuencia de esto, resultó con una herida en el brazo izquierdo, causada por un impacto de revólver.

Sobre estos hechos se adelantó la investigación, y el mérito del sumario fue calificado por el Juzgado Segundo Penal del Circuito, en auto de treinta de mayo de mil novecientos cincuenta y cuatro, llamando a responder en juicio a Noel Parra Palacio por un delito de "las lesiones personales" en Alfredo Castellanos. Esta providencia no fue notificada personalmente al procesado, ya que el Secretario del Juzgado informó al Juez que "Noel Parra Palacio no ha sido hallado para notificársele el auto de enjuiciamiento dictado en esta causa".

Con base en este informe —que no responde a la realidad de los hechos— se emplazó a Noel Parra Palacio para que compareciera a juicio y recibiera la notificación del auto de proceder. Posteriormente se le nombró defensor de oficio al doctor Alfonso Quintero Osorio, quien asumió la representación del procesado. El defensor —según consta de la documentación allegada a estas diligencias— no hizo nada para defender los derechos de Noel Parra Palacio y, cumplidas las formalidades propias del juicio, el Juzgado, en providencia de cuatro de marzo de mil novecientos cincuenta y cinco, lo condenó a la pena de dos años de presidio y accesorias consiguientes, providencia que al ser consultada ante el respectivo Tribunal fué reformada en el sentido de aumentar la pena a veintiocho meses de presidio, y

en cuanto a la condena en perjuicios se dispuso que ellos fueran tasados mediante el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial. La sentencia lleva fecha nueve de mayo de mil novecientos cincuenta y cinco.

Del proceso y de su correspondiente actuación —fuera de la diligencia de indagatoria— Noel Parra Palacio no tuvo conocimiento, pues la declaratoria del "reo ausente" le privó de toda defensa y el doctor Quintero Osorio nunca le informó sobre esta investigación.

Demanda

El apoderado del recurrente interpone recurso de revisión contra las sentencias ejecutorias de primera y segunda instancia dictadas por el Juzgado Segundo Penal del Circuito y por el Tribunal de Manizales, que condenaron a Noel Parra Palacio a la pena de veintiocho meses de presidio que actualmente purga en la Cárcel del mismo Distrito.

Como fundamento de la demanda —dice el recurrente— "me apoyo especialmente en la disposición contenida en el Numeral 3º del artículo 571 del Código de Procedimiento, por cuanto a mi entender ha resultado de toda evidencia la falsedad del informe de Secretaría y consiguiente diligencia judicial que declaró "reo ausente" a mi poderdante, y a cuya virtud se le juzgó por la espalda, sin oírsele ni vencérsele en juicio incurriendo con ello en una nulidad constitucional insalvable".

Pruebas

a) El apoderado del recurrente ha demostrado que Noel Parra Palacio desde la iniciación del proceso hasta hoy ha residido en la ciudad de Manizales, en su casa de habitación distinguida con el número 18-26 de la calle 19, y que a su domicilio no se presentó autoridad alguna para hacerle citación. (Declaraciones de Rosalba Peña y Debora Arias, Fls. 10-11).

b) Con las declaraciones de Gustavo Robledo Isaza, ex-Alcalde de Manizales, Guillermo Gómez Ossa, Personero Municipal, Lino Jaramillo Montoya, ex-Secretario de Obras Públicas, y Elías Hoyos Estrada, comprueba que su poderdante hizo una vida pública social acompañando al Gobernador del Departamento en la comitiva que inspeccionó la "proyectada carretera entre los termales del Ruiz y la población de Murillo en el Tolima". De estos hechos informó ampliamente la prensa de Manizales, como consta en el diario "La Patria" cuyos ejemplares se acompañan.

c) Con los testimonios de Rodrigo Becerra, Rafael Estrada y Filiberto Gutiérrez, se demuestra que el procesado hacía una vida normal y pública en la ciudad de Manizales, que frecuentaba sitios concurridos y que su residencia era la ciudad de Manizales; y con el testimonio de Gonzalo Villegas, Gerente del Banco Comercial Antioqueño, establece que su poderdante concurría con asiduidad a dicho establecimiento para hacer consignaciones de dinero o para cobrar cheques girados a esa Entidad.

d) Con la declaración de Guillermo Londoño Mejía, ex-Ministro de Estado y ex-Gobernador de Caldas, se prueba que Noel Parra Palacio reside en la ciudad de Manizales sin variar de domicilio, y que "ha hecho vida regular y pública en medio de la sociedad, de sus amigos y en desarrollo de las actividades de sus negocios". En idéntico sentido declaran los señores Filiberto Botero, Rubén Cuéllar, Tulio Hoyos, Daniel Jaramillo, Elías Hoyos y Julio Arbeláez y otros.

e) Con la certificación del Juzgado Segundo del Circuito Penal, demuestra que ese Despacho donde se adelantaba el juicio, "no solicitó a la Policía Nacional o al Detectivismo la captura de Noel Parra Palacio".

f) Con las certificaciones del Jefe del Servicio de Inteligencia y del Comandante de la Policía, demuestra que a esas Entidades no se solicitó ni la comparecencia ni la captura de Noel Parra Palacio. Y,

g) Finalmente, con la certificación del Juzgado Segundo Penal Municipal, demuestra que continuamente concurría a ese Despacho su poderdante con el fin de hacer recibir las órdenes de citación para algunos declarantes, lo cual hacía "sin reservas de ninguna naturaleza y pública y notoriamente".

Derecho

Como ya se expresó, el apoderado del recurrente invoca la causal 3ª parte in fine del art. 571 del Código de Procedimiento Penal haciendo hincapié en la "prueba de cualquier otra clase que haya podido determinar el fallo respectivo", y en orden a sostener su tesis argumenta así:

"El recurso de revisión según la ley y la reiterada jurisprudencia de la Corte que no se refiere a la sentencia sino al juicio en sí mismo, y que mira al restablecimiento de la justicia aún contra

la cosa juzgada, tiene lugar excepcional frente al error judicial cuando como en este caso parece de manifiesto que de una manera que no pudo ser sino deliberada se juzgó por la espalda a un ciudadano, y se esquivó en toda forma el que éste pudiera usar los medios legales de defensa. El informe falso del Secretario sobre ausencia irremediable de Parra, y el auto también de fundamento falso en que se le declara reo ausente, no sólo pudo influír en la sentencia, sino que influyó necesariamente en ella. Porque el defensor de oficio como está visto, ni concurrió a la audiencia, ni apeló de las providencias, ni objetó las tasaciones arbitrarias, sino que facilitó la velocidad muy significativa del proceso con la renuncia de sus traslados".

"Bien comprendo que la declaratoria de reo ausente es una garantía de la justicia contra la ocultación o fuga de los reos. Pero tiene que ser ocultación o fuga y ella no puede establecerse definitivamente por la declaración caprichosa de un Secretario, cuando las mayores evidencias la recusan y anulan. Si bien es cierto que no puede admitirse en términos generales la impugnación de los reos de una declaratoria semejante, si lo es que en concreto y en este caso, y por sus modalidades especiales este hecho puede y debe ser reconocido". Y concluye solicitando a la Corte se ordene la revisión del proceso contra Noel Parra Palacio.

Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, después de hacer una síntesis de los hechos y de la petición de la demanda, afirma que tanto los elementos objetivos y subjetivos del delito quedaron plenamente demostrados por la prueba allegada al proceso, por lo cual tanto el Juzgado como el Tribunal pronunciaron las sentencias respectivas en contra de Noel Parra Palacio por encontrarlo "plenamente responsable de las lesiones personales causadas a Alfredo Castellanos, y por ello fue sancionado".

Y en relación con los motivos invocados para sustentar el recurso, expresa:

"El señor abogado recurrente sostiene que es falso el informe secretarial donde se afirma que no fue posible hallar al procesado Parra Palacio para notificarle el auto de proceder y que, por ende, el juzgamiento en contumacia resulta también falso, por ser irreal y falta de veracidad la base en que se apoya".

"Sea de ello lo que fuere, la cuestión alegada como fundamento del recurso de revisión hace referencia directa a las formas del juicio, a irregularidades de procedimiento, que pueden entrañar motivos de nulidad, subsanables en su oportunidad por otra clase de recursos, mas no por el de revisión, que la ley ha estatuído sólo para enmendar graves errores judiciales en virtud de los cuales se halle cumpliendo condena un inocente".

En consecuencia, pide se deniegue la revisión del proceso que por un delito de lesiones personales se siguió en contra de Noel Parra Palacio.

Se considera

El "objeto fundamental del proceso penal —dice Florián— es una determinada relación de derecho penal que surge de un hecho que es considerado como delito, y se desarrolla entre el Estado y el individuo al cual se le atribuye el hecho, con el fin de que sea aplicado a éste último la ley penal por la inculpación directa y concreta de un hecho delictuoso a determinada persona por parte del Estado". En otros términos, el objeto del proceso penal es el ejercicio de la función represiva del Estado por la comisión de un delito, mediante un conjunto de actos externos tendientes a demostrar la verdad histórica y material de los hechos investigados para deducir —según el caso— la responsabilidad o inocencia de las personas a quienes se supone autores o partícipes de una infracción de la ley penal.

El juicio penal presupone la existencia de sujetos procesales con los cuales se desarrolla y lleva a cabo la relación jurídico-penal. El Estado representado por el Ministerio Público, titular de la acción penal; el Juez o funcionario que representa el órgano jurisdiccional que decide sobre los resultados del juicio, y el acusado, sujeto pasivo de la acción penal. La ausencia de sujetos procesales o su no representación en juicio, conlleva como consecuencia lógica la negación de la relación jurídico procesal con las partes, por consiguiente, la afirmación de la inexistencia del juicio.

La presencia del acusado es necesaria e indispensable para que tome parte dentro del juicio que se instaura en contra suya, pues, "no sólo es inhumano, sino ilógico —afirma Carrara— que se pueda llevar a término una investigación sobre la culpabilidad de un individuo, y que, declarándolo culpable se lo pueda someter a castigo. sin que se haya llamado a **tomar parte en tal examen al sujeto contra el cual va dirigido**", intervención que el acusado —en calidad de parte—

puede asumir en el sumario o en el juicio. personalmente o por medio de un representante legal.

Pero el resultado de la investigación y las consecuencias del juicio no pueden quedar en suspenso por la sola circunstancia de que el acusado eluda su presentación ante el Juez o funcionario que conoce del negocio. No. Para estos casos la ley sabiamente ha establecido el cargo de apoderados y defensores (Art. 107 y 108 del C. de P. P.) para que en ausencia del inculpado (Art. 435) o ante la negativa directa o indirecta de presentarse a juicio lleven su personería y con ellos se adelante el proceso hasta su culminación.

La defensa no es un privilegio que otorga la ley sino un derecho originario del hombre, reconocido por el legislador; por consiguiente, ese derecho es inalienable e irrenunciable por el interés que tiene el Estado y la sociedad de que no se condene a un inocente sino al verdadero culpable. Nadie puede renunciar a su propia defensa, y cuando por cualquier circunstancia la persona así lo hiciere, la ley faculta al funcionario para nombrar un apoderado o defensor de oficio que patrocine la causa y haga valer los derechos del acusado para absolverlo si es inocente, o para que sea sujeto de sanción penal en la justa medida de la ley, si resultare ser culpable.

Pero el ejercicio del mandato presupone deberes y obligaciones que deben cumplirse y no renunciarse, porque el cargo de apoderado y defensor en lo penal es de orden público y no privado como en lo civil; aquí se atienden **intereses** económico-particulares, en aquél se defienden valores de superior jerarquía, como es la libertad del hombre, su inocencia o el reconocimiento de una responsabilidad en los términos de la ley. El mandato no se cumple ni se justifica con el solo acto de suscribir notificaciones. No; es necesario asistir al procesado en todas las diligencias en que la presencia de éste sea prescrita por la ley, y representarlo en todos los actos e incidentes del proceso, bien sea en orden a contradecir las pruebas o allegar elementos que demuestren su inocencia, o a buscar los términos en que la ley debe ser aplicada.

Si el apoderado o defensor no cumple con sus deberes, si la defensa es inútil por inercia o despreocupación, si no se hace nada por tratarse de un **reo ausente**, o por ser un defensor de oficio a quien los intereses del acusado no importan nada, es claro que en este caso especialísimo no puede hablarse de defensa, máxime cuando el acusado no estuvo ausente ni se hallaba prófugo de la justicia, se lo juzgó en ausencia o en "contumacia" siendo, por otra parte, evidente que en el sitio donde se adelantaba la causa estaba presente, lo que equivale a decir que se omitió uno de los sujetos procesales del juicio, o sea el sujeto pasivo de la acción penal —el acusado— ya que el defensor fue un convidado de piedra en este proceso.

Cuál fue la prueba que llevó a las anteriores conclusiones? El informe del Secretario que dice: "El procesado Noel Parra Palacio no ha sido hallado para notificársele el auto de enjuiciamiento dictado en esta causa". Con base en esta certificación contraria a la evidencia, se emplazó a Noel Parra para luego declararlo **reo ausente** y nombrarle un defensor de oficio en la persona del doctor Alfonso Quintero Osorio, para adelantar la causa.

El término "reo ausente" se predica de una persona que se halla separada "especialmente de la población en que reside", o de la persona "de quien se ignora su paradero, si vive todavía o en dónde está", y para hacer esta afirmación "reo ausente", dentro del proceso penal, es indispensable cumplir los requisitos de la ley (Art. 433), y mientras esto no se haga, la declaratoria de reo ausente es improcedente. En el proceso no existe constancia de que se hubiera citado al procesado por medio de los empleados del Juzgado, ni por Agentes de la Policía o del Detectivismo, para hacer la afirmación de que éste "no ha sido hallado para notificársele el auto de enjuiciamiento". En cambio, sí reposan certificaciones de que a estas entidades nunca les fue solicitada su colaboración para cumplir las finalidades de la ley, en orden a la comparecencia del acusado.

En estas condiciones, la declaratoria de "reo ausente" no era pertinente ni para justificar el contenido del informe secretarial, ni para hacer el nombramiento de defensor de oficio, porque —se repite— con evidencia suma se ha demostrado que el acusado ni estuvo ausente ni se ocultó. Su vida pública y social en compañía de altos funcionarios de la administración, su intervención en obras de interés colectivo de las cuales da cuenta la prensa, sus relaciones comerciales y de múltiples amistades demuestran que no era persona ausente ni reo prófugo, ni oculto a quien hubiera querido citarlo para comparecer en juicio. Nadie en el lugar de su domicilio podía afirmar que ignoraba su paradero o que hubiera cambiado de residencia, como sí lo hace la Secretaría del Juzgado, lo que equivale a decir que el informe no está ceñido a los preceptos de la ley ni a los términos exactos de la verdad.

Cuáles fueron las incidencias ocurridas en el

juicio a virtud del informe falso de la Secretaría? Ellas pueden sintetizarse así:

a) Nombramiento de un defensor de oficio en "el único abogado que tenía en Manizales investigaciones penales en su contra, originadas en el ejercicio de la profesión, y aún más, en el propio Juzgado que hacía extraña investidura", según lo dice el demandante.

b) Que el defensor no impugnó los cargos contenidos en el auto de proceder; que en la causa no pidió pruebas tendientes a demostrar la inocencia de su defendido o a contradecir las pruebas de incriminación; que no concurrió a la diligencia de audiencia, ni apeló de la sentencia condenatoria; que no se opuso en forma alguna a la condena en perjuicios a pesar de que el Tribunal expresó:

"...que es legal la obligación impuesta al reo de indemnizar los perjuicios causados con la infracción, los que se tasarán mediante el procedimiento determinado en el artículo 553 del C. Judicial, y no en forma concreta, porque si bien es cierto que en la etapa sumarial se practicó un avalúo de perjuicios, en el que **arbitrariamente** y con base en meras suposiciones se tasarán en la suma de siete mil cuatrocientos cuarenta y dos pesos con sesenta y cinco centavos, en la etapa de la causa ni siquiera se solicitó por las partes su aprobación. Se apartó pues el avalúo de las normas procedimentales por lo cual no habrá de tenerse en cuenta para una condenación en concreto".

Que posteriormente en el incidente de liquidación de perjuicios, el defensor, sin representación legal, asumió la personería del acusado, recibió el traslado de la liquidación, la aceptó, no la objetó ni interpuso recurso alguno, sino al contrario renunció los términos del traslado, es decir, no cumplió con los deberes del cargo para el cual fue nombrado, porque si el Tribunal en la respectiva sentencia no aceptó el avalúo de perjuicios en la cantidad de siete mil cuatrocientos cuarenta y dos pesos con sesenta y cinco centavos ($ 7.442.65), qué diría de la nueva estimación de perjuicios hecha por el abogado de la parte civil en la cantidad de veintiun mil trescientos ochenta pesos con veinte centavos ($ 21.380,20) que el llamado representante del acusado acepta y no reclama? Será ésto jurídico y se podrá llamar defensa la actitud asumida por el doctor Alfonso Quintero Osorio?

c) Que el informe del Secretario dio lugar a que se adelantara un proceso penal con la calificación de "reo ausente" para el acusado, sin que en realidad fuera cierto que Noel Parra "no ha sido hallado para notificársele del auto de enjuiciamiento", que en estas condiciones el informe y la posterior actuación en el juicio, los testimonios, dictámenes médicos y peritazgos son pruebas que pudieron influír positivamente en la determinación del fallo.

Se dice que la actuación, testimonios, dictámenes médicos y conceptos periciales influyeron en la determinación del fallo, porque esa es la realidad procesal. Si el acusado hubiera sido citado, probablemente su situación pudo ser distinta, porque entonces habría tenido oportunidad de contradecir las pruebas de incriminación y la sentencia seguramente confrontaría la verdad material; de esta manera y por virtud de un informe irregular se construyó un juicio no de carácter público sino secreto para el procesado quien no estuvo prófugo ni oculto y sin embargo, por esa certificación, fue declarado reo ausente.

Pero hay más: su representación fue nula porque el defensor, en vez de complementar la personería del acusado, la hizo nugatoria, contribuyendo en esta forma a que el juicio se adelantara sin intervención de uno de los sujetos procesales para determinar la relación jurídico penal proveniente del delito. Así, pues, sobre una certificación no verdadera se siguió un juicio que tuvo influencia defintiva en el proceso para determinar el fallo respectivo, ora porque en ella se funda la sentencia penal y civil, bien porque toda la prueba fue ignorada por el acusado, quien no tuvo oportunidad de enterarse de los cargos formulados en el auto de proceder, de las pruebas practicadas en el juicio para contradecirlas, ni de las sentencias condenatorias de primera y segunda instancia por desconocimiento total del proceso, y porque el defensor jamás lo enteró del juicio y sus consecuencias.

En un recurso de revisión en el cual se alegaba que en el juicio se había omitido la presencia del acusado y que las pruebas en tales condiciones tenían el carácter de secretas, la Corte expresó:

"Estudiadas con prolija atención todas las causales que abarca el artículo transcrito a la luz de las circunstancias que obran en autos, halla la Corte que ocurre aquí la causal cuarta del memorado artículo primero, la cual tiene lugar cuando se hayan producido documentos u otras pruebas secretas que no se hubieren comunicado a los acusados o a sus defensores, o que a juicio de la Corte hayan podido determinar la condenación de los acusados".

"En efecto, como se ha visto desde un principio, en el simulacro de juzgamiento hecho a Gal-

vis, se produjeron pruebas que para él fueron "secretas" toda vez que subsistieron en estado de sumario sin calificar su mérito probatorio en vía de un llamamiento a responder en juicio o siquiera de hacer notificación de algún auto, como él lo solicitara a folios 6" ..... "tales pruebas sirvieron para fulminar en contra de Galvis la sentencia condenatoria y que en tan anómalas condiciones de juzgamiento determinaron, a no dudarlo, la condenación del acusado " "sin ser oído y con la carencia absoluta de defensa" " pues que el nombramiento hecho por Galvis en la persona de Leonidas Jiménez para que se encargase de defenderlo, tuvo lugar cuando ya estaba condenado por sentencia y declarado desierto su recurso de apelación". (Providencia de mayo 28 de 1926).

El recurso de revisión tiene como finalidad el restablecimiento de la justicia dentro del ámbito de la cosa juzgada, por errores judiciales que se hallan directamente vinculados a los hechos materia del proceso y no a cuestiones de confrontación del fallo con la ley, como ocurre en casación. El recurso, puede decirse, constituye una excepción al principio de la cosa juzgada, toda vez que permite después de fenecido un juicio sea revisado por motivos que la ley contempla en el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal.

El recurso no es una tercera instancia, ni tiene por objeto la crítica de la sentencia para revocarla, reformarla o adicionarla según fuere el caso. Su finalidad es la de salvar los fueros de la justicia comprometida por posibles errores judiciales cometidos por los funcionarios que la administran, revisando el proceso a la luz de hechos o pruebas no conocidos en los debates, o por estar frente a sentencias contradictorias pronunciadas sobre un mismo delito, o porque se compruebe la existencia de la persona que se presume muerta por un homicidio, o porque se demuestre que la sentencia se pronunció sobre un documento o prueba secreta que no existía en el proceso, o porque se determine que es falso algún testimonio, documento o **prueba de cualquier otra clase que haya podido determinar el fallo respectivo** (Art. 571 del C. de P. P.).

La prueba a que hace referencia la disposición que se comenta, (Numeral 3º del citado artículo, parte in fine) no la especifica la ley, por consiguiente, queda al prudente criterio de la Corte el determinarla y darle valor como elemento de convicción para revisar determinado proceso, y esa prueba no puede ser otra sino aquella que sirvió de base o fundamento para que el funcionario incurriera en el error judicial, error en virtud del cual se privó al acusado no sólo de la defensa de sus derechos, sino también de su presencia en el juicio, vedándole en esta forma el conocimiento del proceso, de sus actos fundamentales, auto de proceder, pruebas, audiencia, sentencias de primera y segunda instancia, y posteriormente de la liquidación en perjuicios. El informe falso o irregular de la Secretaría produjo como consecuencia la declaratoria de "reo ausente", por este motivo se le juzgó en "contumacia", siendo evidente por otra parte, que el acusado ni estuvo ausente, ni se hallaba prófugo, ni rehusó en ningún momento la citación a juicio.

Es claro que "la prueba de cualquier otra clase que haya podido determinar el fallo" no comprende aquellas a que hace referencia taxativamente la ley en los diversos numerales del artículo 571 del C. de P. P., sino aquella otra prueba —informe— que directamente dio base para que el Juzgado hiciera la declaración de "reo ausente" y si bien es verdad que ella —como lo dice la Procuraduría— "hace referencia directa a las formas del juicio o a irregularidades del procedimiento" también es evidente que esa prueba o informe dio margen para que la posterior actuación influyera definitivamente en el fallo, error que, por no ser subsanable por ningún medio, toda vez que el acusado fue ajeno al juicio, la Corte puede corregirlo mediante la revisión del proceso.

Lo anterior no quiere decir que en todos aquellos casos en que al procesado se lo declare "reo ausente", posteriormente pueda interponer recurso de revisión. No; la tesis de la Corte solo vincula el recurso en casos en que, como el presente, se demuestre plenamente que la declaratoria de "reo ausente" tuvo lugar respecto de una persona que hallándose presente en el lugar del juicio, previa comprobación de esta circunstancia por un informe no ceñido en un todo a la verdad, el funcionario hace la declaratoria de "reo ausente" y se adelanta el proceso en contumacia.

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, en desacuerdo con él,

RESUELVE:

Ordenar la revisión de la causa que por un delito de lesiones personales se adelantó contra el señor Noel Parra Palacio en el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Manizales y en el respecti-

vo Tribunal de ese Distrito, sentencia (mayo 9 de 1955) en virtud de la cual se impone al acusado como pena principal la de veintiocho meses de presidio y accesorias consiguientes.

La revisión se efectuará en el Juzgado Penal del Circuito de Pereira (reparto) a quien por conducto del Tribunal de Manizales se remitirán las presentes diligencias, entidad que a su vez, dispondrá el envío del expediente original a dicho Juzgado.

El Tribunal tomará las medidas del caso, en relación con la conducta observada por el doctor Alfonso Quintero Osorio apoderado de Noel Parra Palacio (Ley 69 de 1945).

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra. — Julio E. Argüello, Secretario.

REVISION Y NULIDAD—DIFERENCIAS. — NO SE ACLARA LA SENTENCIA ANTERIOR

El recurso de revisión lo otorga la ley para rever la totalidad del proceso y no parte de él. El examen parcial de la actuación (concepto del apoderado) incide directamente en la nulidad; en ésta, se retrotrae el proceso hasta la fecha o acto en que aquélla se cumplió; en la revisión nó. Los conceptos de nulidad y revisión no son homogéneos sino disímiles; expresan situaciones jurídicas distintas e inconfundibles. El primero se vincula directamente al contenido de vicio u omisión de formalidades en el procedimiento; el segundo trata de impedir los efectos de la sentencia dictada contra un inocente, o con base en pruebas falsas o en elementos probatorios que por circunstancias especiales influyeron en la decisión.

Si los conceptos analizados fueran idénticos, el apoderado tendría razón al decir que "solicita que el proceso fuera anulado y revisado a partir de las diligencias de excarcelación"; pero como la revisión no implica nulidad, y aquélla se dá para todo el proceso, y ésta para una actuación parcial, la sentencia no podía limitar los efectos del recurso a una situación parcial, ora por no existir facultad especial para ello, bien porque incidiría en el error de equiparar los efectos del recurso de revisión con los de la nulidad. Por esto es por lo que la Corte no accede a aclarar la sentencia, porque no hay conceptos o frases que ofrezcan motivos de duda.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal. — Bogotá mayo treinta de mil novecientos cincuenta y seis.

Magistrado Ponente, Dr. DOMINGO SARASTY MONTENEGRO.

VISTOS:

El doctor Fernando Londoño y Londoño, apoderado de NOEL PARRA PALACIO, solicita a la Corte aclaración del fallo que ordena la revisión del proceso seguido contra su mandante, para que se diga:

a) Desde cuál acto o diligencia en adelante debe revisarse la causa. Y,

b) Si Noel Parra Palacio tiene o no derecho al beneficio de libertad provisional.

"En mi demanda de revisión —dice el apoderado— solicité que el proceso fuera anulado y revisado a partir de la diligencia de excarcelación del sindicado Parra, porque fue precisamente desde entonces cuando no se le tuvo más en cuenta como parte pasiva del juicio..." "Tomando la nulidad y revisión desde este punto, se deja al funcionario del nuevo proceso la facultad de determinar lo concerniente a la libertad provisional; se restaura el derecho pleno del procesado Parra para ampliar su indagatoria y producir sus pruebas sumariales; se habilita al nuevo Juez para establecer la verdadera naturaleza de las lesiones y la calidad real de las deformidades, lo mismo (sic) que la valoración de la pena posible, en orden a determinar con toda amplitud lo relativo al mantenimiento o no de la libertad con fianza".

Se considera

La ley (Art. 482 del C. J.) consagra el derecho que tienen las partes para solicitar la aclaración del fallo en los "conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda", y confiere facultades restringidas al juzgador para hacer la respectiva aclaración. ... Pero ésta no puede ir más allá de lo resuelto en el fallo, bien sea en los conceptos que contienen la parte motiva, o en las determinaciones de la parte resolutiva. Las omisiones en que pudiera haberse incurrido no serían motivos de aclaración, porque, entonces, al repararlas se estaría modificando el fallo; es decir, haciendo algo distinto de lo que implica una simple aclaración.

El recurso de revisión lo otorga la ley para rever la totalidad del proceso y no parte de él. El examen parcial de la actuación (concepto del apoderado) incide directamente en la nulidad; en ésta, se retrotrae el proceso hasta la fecha o acto en que aquélla se cumplió; en la revisión nó. Los conceptos de nulidad y revisión no son homogéneos sino disímiles; expresan situaciones jurídi-

cas distintas e inconfundibles. El primero se vincula directamente al contenido de vicio u omisión de formalidades en el procedimiento; el segundo trata de impedir los efectos de la sentencia dictada contra un inocente, o con base en pruebas falsas o en elementos probatorios que por circunstancias especiales influyeron en la decisión.

Si los conceptos analizados fueran idénticos, el apoderado tendría razón al decir que "solicita que el proceso fuera anulado y revisado a partir de las diligencias de excarcelación"; pero como la revisión no implica nulidad, y aquélla se da para todo el proceso, y ésta para una actuación parcial, la sentencia no podía limitar los efectos del recurso a una situación parcial, ora por no existir facultad especial para ello, bien porque incidiría en el error de equiparar los efectos del recurso de revisión con los de la nulidad. Por esto es por lo que la Corte no accede a aclarar su sentencia, porque no hay conceptos o frases que ofrezcan motivos de duda.

En cuanto a la libertad provisional, ella es facultativa de la Corte y depende, por lo mismo, de las causales que encuentre probadas para decretar la revisión, y como en el presente caso, el recurso no se basa en ninguna de las causales que hacen patente la inocencia del procesado, la Sala de abstuvo de hacer pronunciamiento especial sobre este tema para que el juzgador de instancia resuelva lo que sea pertinente, de acuerdo con las nuevas demostraciones que obtenga en el curso del proceso.

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, decide que no es el caso de hacer la aclaración pedida.

Cópiese y notifíquese.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra — José Amadeo Rey, Secretario.



LA SALA SE INHIBE DE DECIDIR EN EL FONDO UN INCIDENTE DE REDUCCION DE EMBARGO, POR CUANTO EL PETICIONARIO NO ES ABOGADO INSCRITO

La solicitud sobre reducción de embargo no puede resolverse en el fondo porque se ha recibido informe secretarial de que el peticionario no es abogado inscrito, lo que le impide ser oído por no estar la cuestión de derecho que se ha sometido al juicio de la Corte comprendida dentro de las excepciones de que tratan los artículos 1º y 2º de la ley 69 de 1945 y 1º del Decreto 1209 de 1954.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal—Bogotá, catorce de mayo de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve)

Vistos:

Con fundamento en los artículos 130 y 703 del Estatuto Procesal Penal y 283 del Código de Procedimiento Civil —este último en concordancia con el 138 de la obra primeramente citada—, el señor Nepomuceno Matallana M. ha formulado la solicitud que a continuación se transcribe:

"Que previos los trámites de una articulación, se reduzca el embargo decretado por el señor Juez Séptimo de Instrucción Criminal, en auto de fecha 22 de septiembre de 1947, únicamente al inmueble que paso a demarcar:

"Un lote de terreno y construcciones de piedra, ladrillo, madera y teja de barro que dentro de él existen, situado en la carrera quinta (5ª) al Sur de Bogotá, y distinguido en su puerta de entrada, según la última nomenclatura, con el número catorce veintiocho S (14-28 S), (antes 14-32), con extensión superficiaria de doscientas diez y ocho varas cuadradas, con setenta centésimos de vara cuadrada (218 v. 70 c. de v.), según los planos levantados por el ingeniero doctor Rarael Rojas G., y que se halla protocolizado. Dicha propiedad ha sido avaluada en el Catastro Municipal, por la cantidad de trece mil quinientos pesos ($ 13.500.00).

"Según el fallo de la segunda instancia, se fijó la suma de cuatro mil quinientos pesos ($ 4.500) como indemnización de daños materiales y morales, ocasionados con las infracciones que se imputaron; **y, consecuencialmente, se decrete el desembargo de lo que sigue:**

"a) Del inmueble denominado 'La Regadera', ubicado en la vereda de 'Yomasa', en la jurisdicción de Usme, por la alinderación a que hace mención el auto de embargo que, como ya dije, tiene fecha 22 de septiembre de 1947; y,

"b) Del crédito hipotecario en mi favor y contra el señor Gorgonio Pedraza, por escritura pública, según el citado auto de embargo del 22 de septiembre de 1947 varias veces citado".

Sin que las partes se pronunciaran al respecto en el término del traslado, el incidente se tramitó en la forma legal, pues la Sala ha reconocido su atribución para limitar el embargo y secuestro preventivo de bienes afectos al pago de indemnizaciones por perjuicios causados a la víctima de un delito, dentro del recurso extraordinario de casación, en jurisprudencia de que dan fe los autos de 18 de abril de 1952 y de 17 de octubre de 1955, que se reitera en este proveído.

No obstante, la solicitud en referencia no puede resolverse en el fondo porque preguntada la Secretaría —en vista de algunas constancias de autos— sobre si el señor Matallana es abogado inscrito, se ha recibido informe negativo, lo que le impide al peticionario ser oído por no estar la cuestión de derecho que se ha sometido al juicio de la Corte comprendida dentro de las excepciones de que tratan los artículos 1º y 2º de la ley 69 de 1945 y 1º del Decreto 1209 de 1954.

Lo dicho es suficiente para que la Corte Suprema —Sala Penal— se inhiba, como en efecto SE INHIBE, de decidir sobre la petición suscrita por el señor Nepomuceno Matallana, de que se ha hecho mérito.

Cópiese y notifíquese.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra — José A. Rey, Secretario.

DEFORMIDAD FISICA Y PERTURBACION FUNCIONAL. — DIFERENCIAS. — INTERPRETACION DEL ARTICULO 374 DEL C. P.—SIGNIFICADO DE LAS PALABRAS ORGANO O MIEMBRO EN SU ASPECTO DE PERTURBACION FUNCIONAL

La deformidad física es todo defecto que altera la constitución y naturaleza estética de las personas, la integridad o la proporción anatómica que guardan entre sí las diversas partes que constituyen el cuerpo humano, o sea, todo aquello que altere la modalidad normal con la que proporcionalmente intervienen los elementos objetivos de la belleza en la constitución de lo que acostumbramos llamar "las formas". En cambio, la perturbación funcional implica una limitación, trastorno, alteración o supresión de las funciones vitales de un órgano o miembro que pueden ser debilitados o suprimidos en su carácter funcional por consecuencia de la lesión.

Los términos "órgano", "miembro" empleados por el Legislador colombiano, hacen referencia directa a la actividad funcional que desempeña cualquiera de las partes del cuerpo destinadas por naturaleza a ese ejercicio, y la lesión puede producir una perturbación total del órgano o miembro o el debilitamiento de la actividad fisiológica de una de sus partes. Por esto se dice que: "órgano es el conjunto de tejidos que actúan simultáneamente en el ejercicio de una función determinada". En otros términos, la perturbación se predica de todo el órgano o miembro o de la disminución de capacidad funcional de una de sus partes, ya que los motivos de esta agravante (artículo 374 del C. P.) están en razón directa de la pérdida o debilitamiento de las funciones de la parte lesionada.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia de la Corte ha sido constante y reiterada en el sentido de afirmar que las palabras órgano o miembro empleadas por el Legislador, comprende no sólo la totalidad de ellos, sino también, cualquiera de los elementos que los integran, y que la perturbación hace referencia al aspecto funcional que el todo o uno de sus componentes desempeñan en la vida de los individuos; por esto es por lo que, cuando se lesiona una de sus partes y como consecuencia de ella queda una perturbación funcional de carácter transitorio o permanente, el hecho se sanciona de conformidad con el artículo 374 del Código Penal, con prescindencia absoluta del artículo 373 que contempla casos diferentes; tesis ésta, que se halla en abierta pugna con los conceptos emitidos por el Juez y por el Tribunal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, mayo diez y nueve de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en providencia de veintiuno de abril de mil novecientos cincuenta y cinco, condenó a **Luis Carlos Arango Yepes**, a la pena principal de trece meses de presidio como responsable de un delito de lesiones personales cometido en Eduardo y Aldemar Marín.

Contra esta sentencia el Fiscal de dicha Entidad interpuso recurso de casación, y como se hallan cumplidos los trámites reglamentarios, se procede a su estudio.

Antecedentes

El tres (3) de abril de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954) Eduardo Marín Orrego, en compañía de sus hijos Aldemar, Gonzalo y Norbey Marín Valencia, viajó de la ciudad de Sevilla (V.) hasta el sitio denominado "La Estrella". Al retornar a la ciudad, Marín Orrego trajo como pasajeros, además de sus hijos, a Norman de Jesús

Osorio y a Luis Carlos Arango Yepes, quien ocupó el puesto entre el conductor Orrego y Aldemar Marín.

Sin motivo explicable y sin causa que lo justifique, intempestivamente Arango Yepes lesionó con la peinilla que portaba a Marín Orrego, por lo cual detuvo la marcha del vehículo, y al bajar de él nuevamente fue atacado por su gratuito agresor. Para defender a su padre intervino Aldemar Marín quien también fue lesionado.

Los conceptos médicos legales dan cuenta de las lesiones y sus consecuencias así:

"Eduardo Antonio Marín Orrego:

"Presenta las siguientes heridas por arma cortante: 1º Sobre la primera falange del dedo medio de la mano izquierda, que interesó piel y tendones extensores. 2º De 2 cms. de longitud en el borde externo de la muñeca que interesó la piel. 3º Desprendimiento del pulpejo del pulgar derecho por sección. 4º De 7 cms. de longitud sobre la cabeza, región frontal derecha de arriba a abajo, que interesó piel, cuero cabelludo y tabla externa del frontal. 5º De 7 cms. de longitud sobre el lado izquierdo de la cara, región zigómato temporal, que interesó piel, cuero cabelludo, arco zigomático y hueso temporal en todo su espesor. 6º De 5 cms. de longitud en la cara anterior, tercio inferior del hemitórax derecho que interesó piel, tejido celular y músculos intercostales del IX espacio intercostal". Incapacidad 30 días salvo complicaciones. De las consecuencias se hablará posteriormente.

Segundo reconocimiento

"La incapacidad definitiva es de 25 días. Las heridas han cicatrizado. Como consecuencias anotamos: Desfiguración facial permanente".

Tercer reconocimiento

"Sí hay tendencia a desaparecer la cicatriz facial. Es aparente hoy a una distancia de cuatro (4) metros".

"Aldemar Marín Valencia

"Presenta las siguientes heridas con arma cortante: 1º Amputación del dedo meñique derecho. 2º Fractura de la primera falange del anular y sección del extensor, correspondiente a la mano derecha. 3º De 4 cms. de longitud sobre la cara dorsal de la mano derecha que interesó piel, tejido celular y tendones extensores del anular y dedo medio. 4º Herida contusa de la frente. 5º Herida contusa de la nariz. 6º Herida contusa que interesó la piel del mentón. Incapacidad: 15 días con buen tratamiento. De las consecuencias se hablará en los próximos reconocimientos".

Segundo reconocimiento

"Las heridas han cicatrizado. La incapacidad había sido fijada en el primer reconocimiento. Como consecuencias se anotan: 1º La pérdida total del meñique derecho, y 2º La impotencia del dedo anular derecho para hacer movimientos de extensión y de flexión por lesión de articulación metarcarpo falángica".

Tercer reconocimiento

"Hay pérdida total para ejecutar las funciones de extensión y de flexión del anular derecho".

Adelantada la correspondiente investigación, calificado el mérito del sumario, con base en los conceptos periciales se fijó la duración y calidad de la pena.

Sentencia

Al analizar los hechos —lesiones personales— en relación con las disposiciones que los sancionan, dice la sentencia de primera instancia:

"La lesión sufrida por Aldemar Marín consistente en la pérdida del deño meñique y pérdida de las funciones propias del dedo anular, ambos de la mano derecha, no puede tener el alcance fijado por el artículo 374 del estatuto penal, ya que esta disposición hace relación a lo que en medicina legal debe entenderse por **'órgano o miembro'**, y en el presente caso no encajaría en tal disposición ni la sección de la mano entera; porque **'miembro'** es cualquiera de las cuatro extremidades del cuerpo que se articula con el tronco o el miembro viril. Para que exista su pérdida se necesita referirse a toda su extensión anatómica y capacidad funcional. Según lo que se deja expuesto se trata aquí de una **deformidad** que define el segundo inciso del art. 373 ya citado; con todo será la sanción determinada por tal segundo inciso la que se imponga con el aumento señalado por el artículo 31 de la obra citada".

El Tribunal al revisar por apelación la senten-

cia de primera instancia, la confirmó con estas consideraciones:

"En cuanto a la sanción corporal impuesta al reo en la sentencia que se estudia, la Sala considera que ella ha sido correctamente deducida, desde luego que la infracción más grave encaja indudablemente en el segundo inciso del artículo 373 del C. Penal, y no en la sanción prevista en la parte final del artículo 374 ibidem, como lo sostiene el señor Fiscal de la Corporación. Las razones que al respecto invoca el señor Juez de la primera instancia son de una lógica jurídica indiscutible y están enteramente acordes con la jurisprudencia y la doctrina, de acuerdo con las cuales no puede sancionarse con la pena señalada en el artículo 374 del Código sino aquellas infracciones que comportan la perturbación funcional transitoria o permanente de un órgano o miembro entendiéndose por tal no una mera porción o parte de él, sino toda la estructura anatómica de cualquiera de las extremidades del cuerpo humano articuladas con el tronco. En los demás casos, la infracción deberá tenerse o considerarse como una desfiguración o deformidad. sancionable de acuerdo con lo previsto por el artículo 373 del Código de las Penas, ya que sería en extremo aberrante e inequitativo castigar con la misma pena a quien priva o perturba a otro de un brazo que a quien solamente lo priva o perturba en el uso de la mano o de una parte de ella".

Demanda

El Agente del Ministerio Público —Fiscal del Tribunal— en su respectiva demanda impugna la sentencia con fundamento en la causal primera del artículo 567 del C. de P. P. A su vez el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, sin oponerse a las razones alegadas por el recurrente complementa la demanda e invoca la causal segunda como principal por ser la más técnica, pidiendo que se tenga la otra como subsidiaria ya que la primera es una consecuencia de la segunda.

La Corte, estudiará conjuntamente las dos causales, toda vez que, al prosperar o negar la causal segunda, la primera que es consecuencia de aquélla, seguirá la suerte de ésta.

Causales segunda y primera

Errada interpretación o apreciación de los hechos, porque en la sentencia se les haya atribuído un valor probatorio que no tienen, o se les haya negado el que sí tienen. Y ser la sentencia violatoria de la ley penal por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

"El Honorable Tribunal de Buga —dice la Procuraduría —en su sentencia interpretó erradamente el dictamen médico-legal efectuado al señor Aldemar Marín Valencia, que se ha dejado transcrito anteriormente, atribuyéndole un valor que no tiene (el del artículo 373 del Código Penal) y negándole el que en realidad tiene (el del artículo 374, parte final, ibidem), circunstancia que influye en la determinación de la sanción y que viola los dos artículos citados...".

Respalda su afirmación en la doctrina de la Corte que en lo pertinente dice:

"Según la tesis del recurrente para que el artículo 374 del C. P. tenga una correcta aplicación es necesario que la herida sufrida por la víctima le afecte íntegramente todo el órgano o miembro lesionado, y no una parte de él.

"Tal tesis es inadmisible.

"En efecto, el artículo 374 citado dice:

"Si la lesión produjere la perturbación funcional transitoria de un órgano o miembro, la pena será de dos a cinco años de presidio y multa de doscientos a cuatro mil pesos".

"Al tenor de esta norma y de acuerdo con los principios doctrinales, los vocablos órgano o miembro deben interpretarse, para los efectos penales, en su sentido funcional, y no en su acepción anatómica. Por eso, como lo anota acertadamente el profesor Nerio Rojas (citado por el demandante), los Códigos no debieran hablar de sentidos, órganos o miembros, sino de funciones.

"En tal virtud, si la lesión afecta elementos anatómicos que integran el órgano o miembro, sin perturbar la respectiva función fisiológica, no hay trastorno de ésta, y por lo mismo no procede la aplicación del artículo 374. Tal sucedería, por ejemplo, con la simple pérdida de la yema de un dedo, con un ligero desgarramiento del pabellón de la oreja, con la pérdida de un diente, etc., lesiones que no alcanzan a debilitar ni a restringir las operaciones de aprehensión, la audición y la masticación.

"Por el contrario, si la lesión ataca, limitándolo, el ejercicio propio de la actividad fisiológica del órgano o miembro vulnerados, el hecho cae bajo las previsiones del artículo 374, aunque los tejidos de que se componen aquellos no estén interesados en su totalidad, sino parcialmente.

"En una palabra; el artículo 374 del Código mira únicamente al trastorno fisiológico que produce la lesión, y no al menoscabo anatómico o estético que la herida cause en el cuerpo humano.

"Así las cosas, aparece que Aldemar Marín Valencia ha quedado sometido (sic) a una perturbación funcional parcial de carácter permanente e irreparable, prevista en la última parte del artículo 374 del Código Penal, y no a una deformidad física que es lo que establece el segundo inciso del artículo 373 ibidem que fue la disposición aplicada por el H. Tribunal".

En cuanto a la causal primera, el Fiscal del Tribunal dice que hay "indebida aplicación de la ley penal por cuanto se tomó como base para fijar la sanción impuesta el artículo 373 del C. Penal y no el artículo 374 del mismo Código, que es el que debe servir para señalar la pena en este caso, teniendo en cuenta que al más grave lesionado le quedó como consecuencia una verdadera perturbación funcional parcial, al sufrir, no solamente la pérdida del dedo meñique de la mano derecha, sino la pérdida de las funciones de extensión y flexión del dedo anular derecho, lo cual constituye una limitación permanente de las funciones de aprehensión de la mano derecha".

Se considera:

Las disposiciones de los artículos 373 y 374 del Código Penal en su aplicación, individualizan casos diferentes. La primera, se impone como consecuencia de una lesión que produce desfiguración facial, deformidad física reparable o perturbación psíquica transitoria; si son de carácter permanente la pena se aumenta. La segunda, se aplica para aquellos casos en que la lesión produce perturbación funcional o psíquica transitoria de un órgano o miembro, agravándose la pena cuando la perturbación fuere de carácter permanente.

La deformidad física es todo defecto que altera la constitución y naturaleza estética de las personas, la integridad o la proporción anatómica que guardan entre sí las diversas partes que constituyen el cuerpo humano, o sea, "todo aquello que altere la modalidad normal con la que proporcionalmente intervienen los elementos objetivos de la belleza en la constitución de lo que acostumbramos llamar las formas". En cambio, la perturbación funcional implica una limitación, trastorno, alteración o supresión de las funciones vitales de un órgano o miembro que pueden ser debilitados o suprimidos en su carácter funcional por consecuencia de la lesión.

Los términos "órgano" "miembro" empleados por el legislador colombiano, hacen referencia directa a la actividad funcional que desempeña cualquiera de las partes del cuerpo destinadas por naturaleza a ese ejercicio, y la lesión puede producir una perturbación total del órgano o miembro o el debilitamiento de la actividad fisiológica de una de sus partes. Por esto se dice que: "órgano es el conjunto de tejidos que actúan simultáneamente en el ejercicio de una función determinada". En otros términos, la perturbación se predica en todo el órgano o miembro de la disminución de capacidad funcional de una de sus partes, ya que los motivos de esta agravante (artículo 374 del C. P.) están en razón directa de la pérdida o debilitamiento de las funciones de la parte lesionada.

La Corte en la interpretación que en diversas oportunidades ha dado al contenido del artículo 374 del C. P., se expresa así:

"La perturbación puede ser total o parcial, afectar un sector anatómico grande o pequeño, los que a pesar de su extensión constituyen o pueden constituir órganos especiales con funciones también especiales interdependientes los unos de los otros; cuando la ley penal habla de perturbación funcional —no defecto funcional— de órganos o miembros, no puede tomarse únicamente en el sentido de su totalidad, porque de lo contrario toda perturbación funcional parcial quedaría asimilada a deformidad física, y al margen, por consiguiente, de toda sanción penal; no es aceptable por lo tanto, la tesis de que no hay perturbación funcional —sino deformidad física— porque la lesión sólo afectó una parte de la mano, que es el miembro y no toda la mano o miembro". (Casación de Gerardo Andrade Erazo. Abril 14 de 1945 y la de Luis Alberto Guerrero).

La sanción prevista en el artículo 374 del Código Penal se aplica en dos casos diferentes: primero, cuando la lesión produce una perturbación funcional transitoria de un órgano o miembro, y segundo, cuando la lesión produce una perturbación funcional permanente; en estos casos, no es indispensable que la lesión afecte todo el órgano o miembro en su sentido íntegro o completo; puede que las consecuencias de la lesión lo afecte en una sola parte, para que se imponga la correspondiente sanción; porque las expresiones órgano y miembro en el sentido que se usan en

el Derecho Penal, hacen referencia a la función que el órgano o miembro desempeñan y no al sentido anatómico que les asigna y emplea la medicina legal.

"Así, pues, si la lesión afecta alguno o algunos de sus elementos antómicos que integran el órgano, y como consecuencia de ello limita la función y el ejercicio propio de la actividad fisiológica del mismo, el hecho cae bajo las sanciones del artículo 374 del Código Penal, aunque el conjunto de tejidos de que se halla integrado el órgano o miembro no esté afectado en su totalidad sino parcialmente". (G. J. Tomo LXVI. Mayo 11 de 1949, pág. 177).

En reciente oportunidad la Corte al interpretar la disposición del artículo 374 dijo que: "Como los miembros del cuerpo humano cumplen funciones naturales utilizando las partes que los integran o componen, cada vez que una de estas partes se altere, inhabilite o destruya, queda de hecho perturbada aquélla. Y es, por esta razón, tan elemental como innegable, por lo que la jurisprudencia ha convenido en interpretar en su sentido científico la expresión 'perturbación funcional de un miembro u órgano' sin que ello quiera decir que se ha tratado de llenar un vacío del Código, que no siendo casuísta ni didáctico resultaría contrario a su escuela exigirle un catálogo de todas las consecuencias posibles de las heridas. Lo que se ha procurado es acomodar sus expresiones a la técnica legal". (Casación de 14 de enero de 1956. G. J. Tomo LXXXII, pág. 123).

Lo anterior demuestra que tanto la doctrina como la jurisprudencia de la Corte ha sido constante y reiterada en el sentido de afirmar que las palabras órgano o miembro empleadas por el legislador, comprende no sólo la totalidad de ellos, sino también, cualquiera de los elementos que los integran, y que la perturbación hace referencia al aspecto funcional que el todo o uno de sus componentes desempeñan en la vida de los individuos; por esto es por lo que, cuando se lesiona una de sus partes y como consecuencia de ella queda una perturbación funcional de carácter transitorio o permanente, el hecho se sanciona de conformidad con el artículo 374 del Código Penal, con prescindencia absoluta del artículo 373 que contempla casos diferentes; tesis ésta, que se halla en abierta pugna con los conceptos emitidos por el Juez y por el Tribunal.

Es indudable que la sentencia atribuyó a la prueba pericial relativa a Aldemar Marín un valor que no tiene; porque el concepto médico legal no hace referencia a la **deformidad física** de que trata el art. 373 del Código Penal, sino a la **perturbación funcional permanente** a que hace referencia el art. 374 de la ley sustantiva, ora por la pérdida total del meñique derecho, bien "por la impotencia del dedo anular derecho para hacer movimiento de extensión o de flexión por lesión de articulación metacarpo falángica", para concluir —tercer concepto— con la afirmación de que "hay pérdida total para ejecutar las funciones de extensión o flexión", o sea, una limitación, debilitamiento o pérdida de la función de los dedos anular y meñique, elementos integrantes de uno de los miembros del cuerpo, aun cuando la anatomía de éste no haya sido afectada.

En estas condiciones, al apreciar la prueba —concepto médico legal— el Tribunal, por una parte, negó el valor que ella tenía para catalogar el hecho en la modalidad del artículo 374 del Código Penal por la existencia de una perturbación funcional permanente en los dedos de la mano, y, por otra, le dio un valor que no tenía al estructurar sobre ella el fenómeno jurídico del artículo 373, que sanciona la deformidad facial o la deformidad física resultante de la lesión, conclusión que no fue afirmada por la oficina médico legal. Equivocada apreciación de la prueba que por lógica consecuencia condujo al Tribunal a la violación de las disposiciones de los artículos 374 y 373 del Código de las Penas, lo que equivale a decir que los motivos de impugnación están probados.

Por tanto las causales segunda y primera prosperan.

Sentencia

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 570 del Código de Procedimiento Penal, numeral b), cuando la causal aceptada fuere la primera o la segunda como en caso de estudio, la Corte invalida el fallo y dicta el que debe reemplazarlo.

Los delitos investigados —lesiones personales— de los cuales se ha declarado responsable a Luis Carlos Arango Yepes, son los cometidos en perjuicio de Eduardo Marín Orrego y Aldemar Marín; como consecuencia de ellas (lesiones) el primero quedó con una desfiguración facial con "tendencia a desaparecer"; el segundo, con "amputación del dedo meñique derecho" y con "pérdida total para ejecutar las funciones de extensión y flexión del anular derecho".

Las disposiciones violadas son los artículos 373 y 374 en relación con el artículo 33 del Código

Penal. No existe concurso ideal de delitos (artículo 31), porque no se trata de un solo hecho que infrinja varias disposiciones de la ley penal, sino, de un concurso material de infracciones, porque la acción comprende actos que lesionan derechos, bienes o intereses jurídicamente diferentes; son delitos autónomos e independientes aun cuando se sancionen conjuntamente con una sola especie de pena.

Así pues, la sanción se impondrá tomando como disposición base el inciso 2º del artículo 374 del C. P., o sea en su mínimo de dos años; a esto se agregan cinco meses más por efectos del concurso material de delitos, o sea un total de veintinueve meses de presidio.

Dentro de la investigación no se pudo establecer los motivos determinantes que dieron origen al delito; seguramente el estado de embriaguez en que se encontraba el acusado pudo ser uno de **los móviles del mismo. No existen circunstancias** de mayor peligrosidad que agraven la responsabilidad. En cambio, está demostrada la buena conducta anterior del acusado, no hay constancia de ningún pasado judicial que obre en su contra y la embriaguez voluntaria —en este caso— puede reputarse como una circunstancia de menor peligrosidad.

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,

RESUELVE:

a) Invalidar la sentencia de veintiuno de abril de mil novecientos cincuenta y cinco, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga;

b) Condenar a Luis Carlos Arango Yepes de notas civiles conocidas en el proceso, a la pena principal de veintinueve (29) meses de presidio que pagará en el lugar que designe el Director General de Prisiones, y a las accesorias de: interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal; pérdida de toda pensión de jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial; pérdida de la patria potestad por el tiempo de la condena; a pagar a favor del Tesoro Nacional la suma de dosciento cincuenta pesos ($ 250.00) moneda nacional; y,

c) Condenar a Luis Carlos Arango Yepes al pago de perjuicios causados por la infracción, condena que se hace en abstracto, por no haber sido avaluados dentro del juicio, en favor de Antonio María Orrego y Aldemar Marín.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra. — José Amadeo Rey, Secretario.

CAUSALES 1ª Y 2ª DE CASACION. — REFORMATIO IN PEJUS. — LA MERA "CURIOSIDAD" CON QUE OBRA EL INCRIMINADO AL APODERARSE DE UN OBJETO, CONSTITUYE DOLO ESPECIFICO DEL ROBO. — CUAL ES EL MOMENTO CONSUMATIVO DEL ROBO Y EL HURTO. —TENTATIVA Y FRUSTRACION. — EL HURTO Y EL ROBO SON SUSCEPTIBLES DE TENTATIVA PERO NO DE FRUSTRACION. — APLICACION DEL ART. 404 DEL CODIGO PENAL

1 — La causal segunda de casación no se encamina a que la Corte, en un caso concreto, emprenda el estudio de todas las pruebas del proceso para decidir si está o no demostrado el cuerpo del delito, o la responsabilidad del incriminado, o las circunstancias modificadoras que hayan influído en la individualización de la pena. Ello es tarea propia de los juzgadores de instancia. Lo que dicha causal permite en este recurso extraordinario es examinar si el Tribunal, al apreciar las pruebas, incurrió en un yerro extremo y evidente que lo llevó a dar por establecido un hecho que no sucedió, o a negar la existencia del que sí acaeció, o a no tomar en cuenta otro que se halla acreditado en los autos; o también cuando a los elementos de convicción les atribuyó un valor probatorio que la ley no les da, o les desconoció el que ésta les asigna.

2 — El dolo específico que requieren el hurto y el robo, según los principios jurídicos, se caracteriza por el FIN DE LUCRO O APROVECHAMIENTO de la cosa objeto material del ilícito; entendiendo por lucro cualquier ventaja o satisfacción que el delincuente persiga con el uso del bien patrimonial que le quita a la víctima. En este sentido, el legislador fue muy enérgico para tutelar la posesión de las cosas ajenas, teniendo más en cuenta los derechos del perjudicado que las ganancias o enriquecimiento injusto que pueda derivar el responsable con el hecho antisocial.

Por eso, el hurto y el robo son compatibles hasta con una pérdida económica por parte del reo cuando éste, con su delito, obtiene cualquier goce o beneficio, aún puramente moral. (V. Carrara, Programa Nº 2035, Nota 2, Vol. IV, págs. 37 y 38).

De suerte que, la mera CURIOSIDAD con que obró el incriminado al apoderarse de un objeto para el solo efecto de enterarse de su contenido, ese deseo y ese placer que lo animaban en su comportamiento, constituyen el dolo específico del robo.

3 — El recurrente ataca la sentencia con base en la causal 1ª por cuanto se condenó al reo como responsable de ROBO FRUSTRADO. El Procurador estima que estuvo mal enfocado el cargo por la causal 1ª, pues debió invocarse la 2ª pero la Sala se aparta de tal apreciación. En efecto, el demandante no plantea en este capítulo de su libelo un error probatorio por parte del Tribunal al analizar los hechos referentes al delito imperfecto. Lo que él sostiene es que esa figura degradada del robo "no se estructura dentro de nuestra legislación". O sea, que el acto suscita un punto de puro derecho que incide directamente en la causal 1ª, pues ésta prevé la violación de la ley penal, ya por haberla interpretado equivocadamente el sentenciador, o por haberla aplicado en forma indebida. En la primera hipótesis —interpretación errónea— se incurre en desacierto sobre el contenido de la norma legal, haciéndole producir efectos que élla no contempló. En la segunda hipótesis —aplicación indebida—, se interpreta rectamente el contenido del precepto, pero se aplica a hechos o situaciones no regulados por el mismo. Y, precisamente, a esto último equivale el cargo que formula el apoderado con base en el art. 17 del C. P.

4 — Larga y vigorosa controversia doctrinaria se ha suscitado sobre las formas imperfectas y el momento consumativo del hurto, problema que también se extiende al robo, puesto que éste es un hurto calificado por la violencia. La contienda arranca de la manera de interpretar el vocablo "contrectatio" que empleó la clásica definición romana del hurto: FURTUM EST CON-

TRECTATIO FRAUDULOSA REI ALIENAE, LUCRI FACIENDI GRATIA, VEL IPSIUS REI, VE LETIAM EIUS POSSESSIONISVE.

Para unos, la "contrectatio" —que consuma el delito— consiste en el simple hecho de tomar o coger la cosa mueble ajena (apprehensio rei); para otros radica en la remoción de la misma de un lugar a otro (amotio); una tercera corriente sostiene que debe ponerse a salvo la cosa, sacándola de la esfera de actividad de quien la tiene (ablatio); una cuarta proclama que la cosa debe llevarse a lugar seguro, o al destinado por el ladrón (illatio); y una quinta teoría es la de que el hurto y el robo son perfectos o acabado cuando el agente logra el provecho que se propone obtener con la sustracción del objeto (locupletatio).

Tales doctrinas, en su mayoría, han sido rebatidas por lo extremas y porque entrañan un concepto demasiado especial y materialista de los actos que desarrollaba el culpable. Sólo subsisten hoy las de la AMOTIO y la ABLATIO, defendidas en su orden por Carrara y Pessina.

Sin embargo, parece que el criterio orientador más seguro para fijar la consumación del hurto y el robo, es el de atender al momento en que el objeto jurídico de esas infracciones queda lesionado por obra del delincuente.

En dichos delitos contra el patrimonio, la ley penal tutela la POSESION de las cosas muebles, posesión que en esta materia represiva se entiende en un sentido amplísimo, equivalente a cualquier poder directo y de hecho que se ejerce sobre el objeto, aún con título absolutamente ilegal. Comprende, por lo tanto, hasta la simple tenencia.

De consiguiente, el hurto y el robo están consumados cuando la víctima pierde su poder de hecho sobre la cosa materia del ilícito, aunque sea por breves momentos. Mejor aún, cuando ha sido despojada del bien mueble respectivo y lo ha ocupado el ladrón. Hay entonces un desplazamiento completo de la cosa, en que ésta se traslada de la posesión ajena a la posesión del responsable, que es en lo que consiste la acción de apoderarse que perfecciona el delito.

Pero es muy importante anotar al respecto, como la hace el expositor Ricardo C. Núñez, que la incriminación del hurto "no deriva de la necesidad de impedir que el ladrón logre una posesión completa del objeto, sino de evitar que el propietario sea despojado por quien desea apoderarse de ella. La ofensa criminal mira el efecto del acto de apoderamiento sobre el derecho protegido, no el efecto sobre la situación de hecho creada para el ladrón. El apoderamiento ya está consumado cuando, con la intención de apoderarse del objeto, el ladrón ha privado de la cosa al ofendido quitándosela o sacándola de su esfera de poder y custodia" (Delitos contra la propiedad, págs. 114 y 115).

Es obvio que la desposesión del perjudicado —traducida en las legislaciones modernas por el verbo APODERARSE— no se realiza uniformemente en todos los casos, pues ello depende en particular "de la forma en que el derecho violado es ejercido sobre la cosa"; de tal manera que ese ejercicio del derecho, "algunas veces determinará la necesidad de que la cosa sea llevada o sacada de determinado lugar, no bastando la simple remoción, y, por el contrario, en otras ocasiones, resultaría absurda esa exigencia. La afirmación de que se haya o no producido el apoderamiento depende, en consecuencia, de las variadas formas en que pueda realizarse la EXCLUSION del propietario y la OCUPACION de la cosa por el ladrón". (Soler, Derecho penal argentino. T. IV, pág. 196).

5 — Para determinar si un hecho punible admite o no tentativa y frustración resultan ineficaces las viejas distinciones entre delitos materiales, formales e instantáneos, porque la realidad palpitante de la vida demuestra que aun en los dos últimos pueden existir tales manifestaciones recortadas de la acción criminosa. La pauta decisiva hay que buscarla en el ITER CRIMINIS: si el delito es susceptible de un proceso ejecutivo, de un fraccionamiento en varios actos que no alcanzan a lesionar el bien jurídico amparado por la norma penal, entonces caben las formas imperfectas o degradadas del ilícito, presupuesto naturalmente el dolo que guía la actividad del malhechor. En consecuencia, las infracciones que se perfeccionan con un acto único (qui unico actu perficiuntur), excluyen la tentativa, porque se consuman tan pronto como se inician, en virtud de carecer de un ITER CRIMINIS.

Alimena se expresa así: "Cuanto hemos

dicho, no significa que los delitos que hemos llamado materiales, admitan todos tentativa sólo por ser materiales, y que los delitos que hemos denominado formales, no admiten tentativa sólo por ser formales. Esta conclusión es errónea. Los delitos materiales admiten la tentativa, no porque estén constituídos por la lesión real y efectiva de un bien jurídico, SINO PORQUE PARA ALCANZAR ESTE OBJETO ES MENESTER HACER CIERTO CAMINO. Tan cierto es esto que si fuese posible matar a un hombre con una mirada, el homicidio no dejaría de ser un delito material, y, sin embargo, entre la intención y la consumación NO HABRIA INTERVALO ALGUNO. De igual manera los delitos formales, aunque estén siempre constituídos por un peligro actual y por un daño potencial para el bien jurídico, admiten o no tentativa, SEGUN QUE ENTRE LA INTENCION Y EL PELIGRO ACTUAL Y EL DAÑO POTENCIAL, HAYA O NO QUE RECORRER CIERTO CAMINO. Así, imputar cualidades o hechos injuriosos, es siempre, como sabemos, un delito formal; pero este delito no admite tentativa si se realiza oralmente; en cambio, la admite si se realiza mediante la imprenta, que necesita el manuscrito, la composición, etc.". (Principios de Derecho Penal. Vol. I, Págs. 440 y 441 y se subraya).

6 — El hurto y el robo, a pesar de ser infracciones instantáneas, tienen o pueden tener su camino, su intervalo, un más y un menos ("grados" en la teoría de Carrara), entre los actos ejecutivos y los consumativos. Porque si en ellos la acción se perfecciona con el apoderamiento de la cosa y el desapoderamiento correlativo de la víctima, para llegar a este extremo, el delincuente realiza actos sucesivos que pueden quedar interrumpidos por circunstancias ajenas a su voluntad. Es, por consiguiente, posible la tentativa. Así, el carterista que es sorprendido cuando trata de extraer el dinero del bolsillo del transeúnte; el ladrón que se halla trepado en el estante del almacén listo a coger las cosas, y en ese momento lo captura el celador; el que está rompiendo, dentro de la habitación ajena, el baúl que contiene los caudales, y la presencia de los moradores impide el apoderamiento; el que es atrapado en el instante de abrir el cajón donde se guardan las cosas que pretende sustraer. Todos estos sujetos son reos de tentativa de hurto y robo, en su caso. Los ejemplos podrían multiplicarse.

En cambio, el hurto y el robo no tienen frustración. Es característico de esta figura que el delincuente lleve a término todos los actos necesarios para la consumación del delito, y, sin embargo, éste no se produce por mero accidente. En el delito frustrado la ejecución es completa; mientras que en la tentativa es inacabada porque al culpable le faltaba aun realizar otros actos posibles de su parte para obtener la obra criminal.

De suerte que si el ladrón hace lo indispensable para privar al ofendido de la posesión de la cosa mueble, culmina con el apoderamiento y el ilícito queda perfecto en su objetividad jurídica. Por lo tanto, entre la ejecución y la consumación no hay más término medio que la tentativa.

Irureta Goyena dice: "...No se requiere en el hurto el goce completo de la cosa objeto del delito, o sea la LOCUPLETATIO; basta, sencillamente, el apoderamiento, el cual tiene mucho menos extensión que el usufructo o que el goce amplio y absoluto de la cosa robada. Para que el hurto tuviera frustración, sería necesario que la infracción no consistiera, como consiste, en el apoderamiento de la cosa con ánimo de aprovecharse de ella, sino en el aprovechamiento efectivo de la misma. En la hipótesis última, y sólo en ella, si el delincuente hubiera verificado todo lo necesario para realizar el delito, y después de verificar todos los actos pertinentes, por una causa independiente de su voluntad, no hubiera podido aprovecharse efectivamente de la cosa, podría hablarse de frustración". (El Delito de Hurto, págs. 144 y 145).

7 — Claro está que no pueden someterse al mismo tratamiento represivo el sujeto que disfruta plenamente de la cosa sustraída, y el que ninguna utilidad práctica logra sacar de élla. Pero tal aspecto del asunto mira sólo a la reparación del daño ocasionado por el delito y al monto de la pena que debe imponerse al reo, de acuerdo con los índices de peligrosidad que señala el art. 36 del C. P.; más no a la cuestión relacionada con el momento consumativo de dichas infracciones.

8 — El Tribunal violó el art. 17 del C. P., al condenar por robo frustrado. Sin embargo, no es el caso de infirmar la sentencia,

porque, de hacerlo, la Corte tendría que definir una de estas dos situaciones jurídicas ineludibles: la de tentativa de robo, o la del robo consumado, puesto que en el presente negocio no se trata de meros actos preparatorios como lo alega el actor, sino de una acción que es manifiestamente punible. Y en esta alternativa, la Sala estaría imposibilitada para condenar por robo tentado, ya que el demandante rechaza esa figura imperfecta del delito; ni tampoco podría condenar por robo consumado, porque agravaría la situación del reo en un recurso extraordinario interpuesto por él, que excluye, por lo mismo la REFORMATIO IN PEJUS.

9 — Ha sido doctrina firmemente sostenida por la Corte, la de que con el robo calificado (art. 404 C. P.) no juegan las modalidades específicas del hurto previstas por los arts. 398 y 399 ibidem, porque con la aplicación del art. 404, "queda debidamente reprimido el robo en sus manifestaciones más graves, y sería aberrante y contrario a la equidad hacer todavía otro aumento, recurriendo a las circunstancias cualificadoras de los artículos 398 y 399" (sentencia septiembre 27 de 1955. G. J. 2157-58, pág. 306).

Corte Suprema de Justicia — Sala de lo Penal. Bogotá, veintiuno de mayo de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. LUIS ZAFRA)

Vistos:

Se decide el recurso de casación interpuesto por el defensor de José Guillermo Suárez Rojas contra la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, que lo condenó a cuatro años y veinte días de presidio como responsable del delito de robo imperfecto.

En la demanda —que elaboró un distinguido abogado—, se invocan las causales segunda y primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

2ª Causal. - Errada interpretación o apreciación de los hechos.

Revive aquí el demandante un tema que la defensa suscitó vivamente en las instancias, a saber: la inexistencia del robo, por faltar el dolo específico, que es uno de los elementos constitutivos de ese delito.

Para sustentar la acusación el apoderado emprende, primero, una crítica a la prueba apreciada por el sentenciador y de la cual dedujo el elemento doloso del robo; y luégo pasa a sostener que el Tribunal no tomó en cuenta otros hechos acreditados en el proceso y que confirman la confesión del acusado, en el sentido de que éste no tuvo el propósito de aprovecharse de los objetos sustraídos. Concluye así el autor del libelo.

"...Las actividades por las cuales se ha procesado a Suárez Rojas no son punibles. Nada valen ante la ley penal esas actividades, sin la prueba de que las ejecutó con el ánimo de aprovecharse del aparato de "tránsito"...; las circunstancias que rodearon la sustracción de aquel objeto, rechazan en forma absoluta la concurrencia del elemento subjetivo. Muchos equilibrios y argumentaciones equivocadas que se hacen en la sentencia de segunda instancia con la finalidad de hallar la prueba que respalde la existencia del **animus lucrandi**, pero los fundamentos que se aducen no tienen capacidad probatoria para acreditarlo. Y debe tenerse en cuenta que la demostración del expresado elemento, no puede basarse en cualquier clase de prueba, en una prueba incompleta; se trata de un dolo específico, y por ausencia de la plena prueba, el hecho no puede surgir como entidad punible".

El señor Procurador 1º Delegado en lo Penal replica el cargo, diciendo que todas las notas esenciales del robo concurren en el caso **sub judice,** porque aquello que alega Suárez Rojas, de que procedió por simple "curiosidad" al apoderarse de los bienes, integra cabalmente la acción dolosa del ilícito; pues "el ánimo de lucro no se refiere solamente al deseo de obtener provechos económicos. Cualquier ánimo de provecho es apto para configurar el delito. Y tánto, que si consideramos verdadero lo afirmado por el procesado de haber llevado a donde llevó el estuche, con el solo objeto de averiguar su contenido, y lo devuelve, aun no **satisfecho** su deseo, al lugar donde antes se hallaba, ya ha cometido el delito de robo".

Cita, al efecto, la opinión de Carrara sobre el alcance que debe darse a la expresión "ánimo de lucrar". Este ánimo —continúa el Procurador— "sí está demostrado en autos, incluso con la propia confesión del procesado, y que no se hace necesario acudir a otras consideraciones, como se hace en la sentencia acusada y en la demanda de casación, para buscar ese elemento del delito".

Hechos

José Guillermo Suárez Rojas trabajaba como tapicero y ayudante de mecánica en el establecimiento destinado al servicio de la zona de carreteras, en la ciudad de Chiquinquirá. El 10 de octubre de 1954, Suárez Rojas fue visto cuando estaba trepado en el zarzo del taller de mecánica, y, luégo de sonreírse ante las miradas y los comentarios de dos de sus compañeros, se bajó. Al día siguiente —20 de octubre— como a eso de las dos y media de la tarde, hora en que llovía torrencialmente, Suárez no pudo dedicarse, por esa causa, al trabajo que le correspondía fuera del edificio y optó entonces por escalar el muro que separa el taller del almacén y por un hueco que allí se hizo, descendió al almacén y cogió, de un estante, unas cajas de lápices y un aparato de ingeniería denominado "tránsito", el cual colocó en otro estante que había cerca de un sanitario. Después salió en la misma forma como había entrado; se dirigió al sanitario y se subió al techo del mismo; descorrió unas tejas y por ahí sacó el tránsito, lo llevó a la tapicería donde trabajaba, cerró la puerta y ocultó el aparato dentro de una caja de cartón, que cubrió con motas de cojinería. Igualmente ocultó los lápices, pues éstos aparecieron "debajo del tablado de la pieza y por entre unos huecos que hay", como lo declara el Ingeniero Jefe de la Zona de Carreteras.

En los momentos en que Suárez trataba de sacar el "tránsito" por el tejado del sanitario, fue sorprendido por el celador Jorge Burgos Pineda, quien le preguntó "qué hace ahí, eso qué pasa", y aquél le respondió: "aquí sacando un tarro, que lo necesito y no lo puedo sacar". Suárez le pidió al celador que le abriera la puerta del almacén y le ayudara a sacar el aparato, cosa que le fue negada.

Burgos Pineda dio la voz de alarma y en seguida puso el hecho en conocimiento de sus superiores, ante quienes el procesado confesó su falta, exigiéndoles que guardaran reserva sobre lo acaecido para que los compañeros de trabajo no se dieran cuenta. Suárez indicó dónde estaba el "tránsito", o sea dentro de la tapicería.

Sobre el particular declara lo siguiente el señor Francisco García García, Ayudante del almacén:

"Inmediatamente yo me trasladé, en compañía del señor Páez y del señor Jesús Vargas (El Negro), hacia el lugar donde decía el celador que había visto sacándose dicho tránsito, lugar que queda situado cerca a la pieza de la tapicería donde trabajaba Chepe Suárez; al llegar allí, encontró en la puerta de la tapicería al señor Suárez. Allí el celador le hacía cargos de haberse sacado el tránsito y decía el celador que debía practicarse una requisa por la autoridad. Entonces le dije a Suárez que me entregara la llave de la tapicería; inmediatamente éste me la entregó y llamándome en reserva me dijo que el nivel estaba ahí en la tapicería, entre una caja: le dije que cómo iba a hacer eso y él me dijo que no quería que se enteraran los demás empleados ni se regara la noticia, que por eso me confesaba a mí. Yo le dije: "Chepe, siempre usted se metió en la grande porque el asunto es grave y merece investigación". Le pregunté yo: "por dónde se entró usted", y él me dijo que por el lado del taller, que esto lo había hecho en un momento de fragilidad, pero que procurara que no lo supieran los empleados, que no hubiera escándalo... Aclaro que al informarme yo por Suárez que el tránsito estaba en la tapicería, llamé a Suárez y me fui con él para enterarme dónde estaba. El me indicó y estaba el tránsito entre una caja de cartón tapado con mota, en la dependencia de la tapicería".

Es de observar que, aparte del tránsito y los lápices, también desaparecieron del almacén un nivel de precisión, un altímetro y una caja con mil funminantes; pero por la pérdida de estos objetos no fue incriminado Suárez.

Conviene transcribir el relato de los hechos que hizo el procesado, ya que en él se funda el demandante para negar la existencia del dolo. Dice así:

"Siendo a eso de las dos y media de la tarde, pregunté al Jefe de Talleres, encargado, qué me ponía a hacer y me contestó él que no había trabajo porque no habían repuestos para las máquinas. Luego en vista de que no había qué hacer, me puse a dar vueltas dentro del mismo taller y de pronto se me ocurrió subirme a las vigas de la enramada del taller y luego encima de las vigas ví que había un hueco que comunicaba a una pieza donde hay unos barriles. Despreocupadamente me entré por el hueco y dentro de la pieza ya, me puse a dar vueltas alrededor de los barriles, seguí adelante y encontré un poco de papeles viejos; seguí más adelante y me dí cuenta que estaba dentro del almacén de la Zona, en la cual yo trabajo y en donde estaba ocurriendo este episodio; dí una vuelta al almacén y me llamó la curiosidad una especie de tarro verde, la bajé, luego la puse sobre un estante que queda al lado de un sanitario dejándola ahí con intenciones de ver más tarde qué contenía; no teniendo nada que hacer ahí, volví otra vez al hueco por donde salí del taller; estando en el taller, tampoco ví nada que hacer y me dirigí al antiguo taller don-

de trabajaba yo y me di cuenta de que comenzaba a llover y recordé que habían unas goteras y decidí subirme a arreglarlas. Corrí una teja y me bajé sobre el techo del sanitario y desde ahí pude ver que se me facilitaba sacar el tarro; comencé a sacarlo, cuando de pronto apareció un celador que me dijo que qué estaba haciendo, y yo le contesté que estaba sacando un tarro, que abriera el almacén y me lo ayudara a sacar; no hizo caso y me di trazas de sacarlo y meterlo a la pieza donde funcionaba el antiguo taller; lo dejé adentro y salí y encontré al celador frente a la pieza; le dije que por qué me vigilaba, él no contestó nada y gritó y llamó otro celador; yo me fuí para el taller y volví y encontré a Pacho García y a un celador en mi pieza esculcando; pregunté que qué era y me respondieron que se había perdido un tránsito; salieron de la pieza, yo me quedé y examiné el tarro y ví que era un aparato que usan en ingeniería e inmediatamente fuí al almacén, donde encontré a don Pacho García y le dije que yo tenía el tránsito, el aparato ese porque no sabía el nombre, que no quería que se divulgara para que no fueran a creer que yo iba a robármelo o a intentar robármelo. Me fui para el taller... y de pronto apareció don Pacho y me dijo que si había algún cómplice, respondiéndole yo que no había tal cómplice porque era una cosa impensada, de momento y le dije que sin ninguna clase de intención más que la curiosidad y le dije que como tenía la llave de la pieza, fuéramos a sacar unas cajas... Nos dirigimos allá, le mostré dónde estaba el tránsito... Preguntado: Y qué pretendía usted hacer con el referido tarro? Contestó: No, averiguar su contenido por curiosidad... Preguntado: Si no iba a obrar con malicia, por qué no dejaba el tarro cuando el celador lo sorprendió, sino que quiso guardarlo? Contestó: Lo guardé por curiosidad y yo le dije al celador que me lo ayudara a sacar.. Preguntado: Puede usted decirme quién dejó esta caja en un sitio en medio de unas ollas, en el Almacén y donde usted dejó el aparato para luego sacarlo? Contestó: Yo la dejé ahí con intención de usar los lápices en el taller. Preguntado: Sírvase decir de qué lugar del almacén tomó usted estas cosas, tanto el tránsito como esta caja? Contestó: El tránsito y la caja los encontré en un estante, el tránsito en la parte alta y los lápices en el centro".

Adelantada la investigación por el procedimiento de la Ley 48 de 1936 y Decretos complementarios, el Juez 2º Penal del Circuito de Chiquinquirá encontró plenamente demostrada la responsabilidad del agente por el delito de robo frustrado, y lo condenó a cuatro años y dos meses de presidio, con base en los artículos 2º de la ley 4ª de 1943, 1ª del Decreto Legislativo Nº 2184 de 1951, y 1ª, 398, 403 y 404 del Código Penal.

El Tribunal confirmó el fallo, con la modificación de reducir a cuatro años y veinte días de presidio la pena privativa de la libertad. Respecto a la acción psíquica del delito, concluyó que en el proceso "existen hechos materiales, plenamente comprobados, que demuestran que al tomar (Suárez Rojas) el aparato de ingeniería, tuvo derechamente el ánimo de hurtarlo, de robarlo, de desplazar de su dominio a su poseedor o tenedor para trasladarlo a la zona de su dominio privado".

Ello lo dedujo el sentenciador de múltiples circunstancias, que pueden resumirse así:

a) Suárez Rojas manifestó que, al sentirse descubierto por el celador Burgos, fue donde el señor Francisco García y le dijo que él (Rojas) tenía el "tránsito", cosa contradicha por García y el celador, quienes afirman que Suárez encerró el aparato y que, para encontrarlo, tuvieron que pedirle la llave de la tapicería;

b) Suárez Rojas expresó que al escalar el muro vio que los listones de madera estaban "gorgojeados". Pero resulta que de las inspecciones oculares y de lo expuesto por la mayoría de los testigos que pudieron observar ese sitio, "aparece que no solamente los listones estaban "gorgojeados', sino que allí se había abierto recientemente un verdadero hueco por donde pasó la persona autora de la sustracción";

c) Suárez Rojas confesó haber roto, involuntariamente, el vidrio de la ventana de la tapicería. Sin embargo, la prueba recogida establece que ese daño lo hizo voluntariamente con un destornillador;

d) También confesó haber sacado del almacén los lápices con intención de usarlos para el servicio del Taller, excusa inadmisible, porque si ese hubiera sido su propósito, ha debido pedir previa licencia o permiso al Almacenista. De otro lado, Suárez "no era el encargado del suministro de estos útiles al taller y la cantidad era exorbitante";

e) Suárez Rojas no sustrajo el "tránsito" por la simple curiosidad de examinarlo, como él lo declara. De haber tenido ese deseo, otra habría sido su conducta cuando lo sorprendió el celador: apresurarse a abrir el "tarro", y, en presencia del vigilante, averiguar qué contenía. Pero no lo hizo; por el contrario, ocultó el aparato y lo intro-

dujo rápidamente al Taller. Allí lo guardó dentro de una caja de cartón y lo tapó con unas motas; y

f) La invocada "curiosidad" tampoco es aceptable, si se tiene en cuenta lo que Suárez le dijo al señor García cuando éste le increpó su proceder: que lo había hecho en un momento de "fragilidad", vocablo que en este caso se acerca mucho "al dolo o a la culpa".

Por su parte, el actor combate ordenadamente cada una de tales circunstancias, y, según él, "unas no están demostradas y otras sólo son indicativas de la buena fe" con que obró Suárez.

Acerca del hecho concretado en el numeral a), observa que la mentira que la sentencia le atribuye a Suárez, carece en absoluto de realidad, ya que "si García pidió la llave al procesado no fue para encontrar el aparato, porque de los dichos de aquel declarante no consta que la mencionada pieza estuviera cerrada en esos momentos". Además, Suárez le dijo a García dónde estaba el tránsito y le mostró el sitio en que se hallaba dentro de la tapicería;

Sobre el hecho b), anota que las pruebas citadas por el Tribunal no establecen que Suárez hubiera abierto el hueco para introducirse por él al almacén; y, lo que es más importante, dicha circunstancia no guarda ninguna relación "con el ánimo de aprovechamiento del aparato".

Del hecho c), dice que carece igualmente de nexo con la prueba sobre el elemento doloso del delito.

Del hecho d), afirma que es verosímil la explicación de Suárez, pues bien pudo éste sacar los lápices para emplearlos en los trabajos del taller; aparte de que no está probado que tales objetos se sustrajeran "en el mismo momento que el tarro".

Respecto al hecho e), replica que la conducta del acusado demuestra que "en su fuero interno no existía propósito delictuoso alguno, sino la conciencia de que estaba realizando un acto completamente inocente".

Y, por último, del cargo f) expresa:

"Ya se ha visto, al relacionar la declaración del testigo García, cómo éste no ha hecho la afirmación de que habla la sentencia; lo que el testigo refiere es que al preguntarle a Suárez Rojas por dónde había entrado al almacén, le contestó que por el lado del taller y que esto lo había hecho en un momento de "fragilidad". Así las cosas, esta palabra que se pone en los labios del procesado, no dice relación a la sustracción del aparato, sino a la penetración al almacén por el lado del taller".

Se considera:

La causal segunda de casación no se encamina a que la Corte, en un caso concreto, emprenda el estudio de todas las pruebas del proceso para decidir si está o no demostrado el cuerpo del delito, o la responsabilidad del incriminado, o las circunstancias modificadoras que hayan influído en la individualización de la pena. Ello es tarea propia de los juzgadores de instancia. Lo que dicha causal permite en este recurso extraordinario es examinar si el Tribunal, al apreciar las pruebas, incurrió en un yerro extremo y evidente que lo llevó a dar por establecido un hecho que no sucedió, o a negar la existencia del que sí acaeció, o a no tomar en cuenta otro que se halla acreditado en los autos; o también cuando a los elementos de convicción les atribuyó un valor probatorio que la ley no les da, o les desconoció el que ésta les asigna.

En la sentencia acusada no se descubre aquella manifiesta equivocación sobre el factor doloso del robo, a pesar de los plausibles esfuerzos hechos por el demandante para desquiciar el fallo en ese punto.

El Tribunal, en verdad, relaciona entre sí una serie de hechos, los cuales —unos en forma directa y otros indirectamente— confirman el dolo y excluyen la rebuscada afirmación del procesado sobre el incentivo de "curiosidad" que dice lo movió a tomar el "tránsito". Porque eso de que Suárez penetrara al almacén mediante escalamiento; sacara de allí varias cajas de lápices y el tránsito para llevarlo al salón de la tapicería, donde los ocultó cuidadosamente, a pesar de sentirse vigilado por el celador Burgos; y confésase luego que ello lo había hecho en un momento de "fragilidad" son actos suficientes para que el sentenciador formara la certidumbre de que el reo se apoderó de las cosas con el ánimo de aprovecharlas.

Según los términos de la indagatoria del acusado, su "curiosidad" sólo surgió después de haberse introducido al almacén. Entonces cabe preguntar: ¿con qué fin escaló los muros y llegó hasta los depósitos? La explicación es obvia, teniendo en cuenta lo hecho inmediatamente después: tomar el aparato de la alacena, colocarlo sobre un estante en situación tal que pudiese, desde afuera y por el tejado del sanitario, sacarlo del almacén y conducirlo a la pieza de la tapicería donde Suárez trabajaba. Todo un proceso de preparación y ejecución, francamente incompatible con el propósito inocente que Suárez alega.

Además, si como éste lo declara, su **curiosidad** nació al ver el llamado "tarro" dentro del almacén, ha debido allí mismo satisfacerla, abriendo el estuche que contenía el aparato. Aún más: Suárez regresó al taller, y si tánta era su curiosidad por informarse del contenido del "tarro", lo lógico y natural hubiera sido dirigirse al empleado que tenía las llaves del almacén y obtener de él que le facilitara el medio de llegar hasta el depósito y cerciorarse lícitamente de lo que perseguía. Pero no lo hizo así, sino que recurrió a un despliegue de complicados y comprometedores actos, que dieron por resultado el apoderamiento del objeto y la ocultación del mismo.

Lo anterior adquiere mayor fuerza ante el hecho de que el procesado también sustrajo del almacén unos lápices, no ya con ánimo curioso, sino con el de utilizarlos en el taller, como él lo confiesa. Y los lápices los cogió juntamente con el tránsito, según se desprende del siguiente pasaje de su indagatoria:

"Preguntado: Sírvase decir de qué lugar del almacén tomó usted estas cosas, tanto el tránsito como esta caja? Contestó: el tránsito y la caja los encontré en un estante, **el tránsito en la parte alta y los lápices en el centro**" (Subraya la Sala).

Por consiguiente, no puede aceptarse que, en tratándose de una misma acción, desarrollada en idénticas circunstancias, concurrieran en Suárez dos propósitos diversos cuando se apoderó de los objetos: uno constituído por el fin de usar los lápices y otro atinente al deseo único de ver el contenido del estuche donde se guardaba el tránsito.

Pero aún admitiendo, en gracia de discusión, la mera **curiosidad** del acusado, ésta cabría dentro del concepto del dolo específico que requieren el hurto y el robo, como atinadamente lo sostiene el señor Procurador.

Dicho dolo, según los principios jurídicos, se caracteriza por el **fin de lucro o aprovechamiento** de la cosa objeto material del ilícito; entendiendo por lucro cualquier ventaja o satisfacción que el delincuente persiga con el uso del bien patrimonial que le quita a la víctima. En este sentido, el legislador fue muy enérgico para tutelar la posesión de las cosas ajenas, teniendo más en cuenta los derechos del perjudicado que las ganancias o enriquecimiento injusto que pueda derivar el responsable con el hecho antisocial.

Por eso, el hurto y el robo son compatibles hasta con una pérdida económica por parte del reo cuando éste, con su delito, obtiene cualquier goce o beneficio, aun puramente moral.

Carrara, citado tan oportunamente por el Procurador, expresa al respecto:

"El dolo específico del hurto (y también del robo, agrega la Corte) consiste en la intención de procurarse un **goce o placer cualquiera** con el uso de la cosa ajena. Aun cuando aquí no se entiende por **lucro** un efectivo **enriquecimiento,** sino una ventaja o satisfacción cualquiera procurada para sí mismo. Incluso el que roba con ánimo de dar a otro es reo de hurto, porque su lucro consiste en el placer de dar.

"...La niña que se prenda del pañuelito de la compañera, aunque de algodón, y lo sustrae poniendo en lugar de aquél el propio pañuelo de seda, no ha obrado con el fin de hacer, de modo delicado, un regalo a su compañera. Si tal fuese su propósito, la cuestión no se presentaría. Ella ha obrado con el fin de procurarse un **bien,** un goce, porque como tal se le presentaba la posesión de aquel pañuelo, y ha despojado de él a la compañera contra la voluntad de ésta, para procurarse a sí misma aquel goce. Esto basta para que exista ánimo de lucro constitutivo del elemento intencional del hurto... Geyer pone otra hipótesis, esto es, la de aquel que encaprichado con un objeto ajeno que no estaba (obsérvese bien) puesto en venta, se lo lleva, dejando en lugar de aquél un montón de dinero que supera el valor venal de la cosa. Aquél (ha dicho alguno), no ha tenido el ánimo de enriquecerse. Pero tampoco acepta esto Geyer, y tiene razón. Existe la contrectación; existe el despojo del tercero de una propiedad suya, y se presume **invito,** que es como decir que se presume que por el precio dejado por el ladrón aquél no habría voluntariamente cedido el objeto. Por lo tanto, el hurto está completo en la objetividad jurídica y en la subjetividad material... El agente ha hecho eso porque ha encontrado mejor para sí la posesión de la cosa que la del dinero; por lo tanto, ha obrado para procurarse un lucro con el goce de aquel objeto". (Programa Nº 2035, nota 2 volumen IV, páginas 37 y 38).

De suerte que, de ser cierto lo afirmado por Suárez, de que él sacó el tránsito para el solo efecto de enterarse de su contenido, ese deseo y ese placer que lo animaban en su comportamiento, constituyen el dolo específico del robo.

Por lo cual, resulta inútil considerar el otro aspecto de la causal segunda —no haber tenido en cuenta la sentencia acusada la manifestación de Suárez concerniente a la "curiosidad"—, puesto que dicho tema acaba de dilucidarse.

El actor, por último, hace hincapié en la for-

ma como Suárez Rojas realizó los hechos, "sin ocultamiento ni secreto alguno", lo que demuestra su falta de intención dolosa.

No es admisible el argumento, porque si el procesado pudo escalar el muro del taller y penetrar hasta el depósito sin temer la vigilancia de sus compañeros de trabajo, ello se debió precisamente a las facilidades que tenía para hacerlo, por ser empleado de la zona. Y ese abuso de la confianza depositada en él, lejos de favorecerlo, lo perjudica, ya que la ley penal prevé dicha circunstancia como agravante específica de la responsabilidad y la sanción en los delitos de hurto y robo (Arts. 398, ordinal 1º y 403 C. P.).

Por otra parte, Suárez exhibió audacia y malicia —indicativas del dolo— en los momentos en que lo descubrió el celador Burgos sacando el tránsito, pues le dijo a éste: "aquí sacando un tarro que lo necesito y no lo puedo sacar". Y luego relata el testigo que Suárez puso el aparato "en medio de las piernas y rodó él sentado, haciéndole sombra al tránsito para que no se lo conociera.... En seguida entró a la tapicería y dio una vuelta como un relámpago y volvió afuera y me dijo "qué es la miradera, desgraciado", y a la sombra de las piernas cogió el tránsito de la faja de cuero que tiene de servicio y lo entró a la tapicería y cerró la puerta".

Síguese de todo lo expuesto que el Tribunal no incurrió en error grave al apreciar las pruebas sobre el elemento doloso del delito. -En conse cuencia, se desecha la causal segunda.

1ª Causal — Violación de la ley penal

El demandante acusa la sentencia por dos motivos, uno como principal y otro como subsidiario. Ellos son:

a) Quebrantamiento del artículo 17 del estatuto represivo, porque condenó a Suárez Rojas como responsable de **robo frustrado,** siendo así que dicha figura no existe en los delitos instantáneos, como son el hurto y el robo. En éstos —agrega— "sólo se cumplen los actos preparatorios o equívocos y los actos consumativos; los primeros no alcanzan a entrar dentro de las prohibiciones penales; los segundos constituyen el delito perfecto, completo y terminado, y por lo mismo, dichos delitos rechazan la producción de los delitos imperfectos"; y

b) Infracción de las normas sustantivas aplicadas por el Tribunal, en cuanto impuso una pena que, en cantidad y calidad, no corresponde a la señalada en tales disposiciones. Luégo de combinar los artículos 2º de la Ley 4ª de 1943, 403, 398 y 17 del Código Penal y 1º del Decreto Nº 2184 de 1951, concluye el actor que la sanción para Suárez debe ser la de diez y siete meses y diez días de prisión, y no la de cuatro años y veinte días de presidio que contiene el fallo recurrido.

A ambas pretensiones se opone el señor Procurador.

Acerca de la primera, manifiesta que si bien puede concedérsele al demandante razón cuando afirma que la ley penal colombiana no admite el robo frustrado, sin embargo, ese tema es propio de la causal segunda de casación, y no de la primera. Sustenta así su pensamiento el señor Agente del Ministerio Público:

"El medio legal adecuado para establecer el delito con sus características, modalidades e imperfecciones, es el estudio de los hechos a través de las pruebas del proceso, estimadas por su valoración legal. Si esta valoración de las pruebas no se ha dado correctamente en la sentencia del Tribunal y, por tanto, se ha llegado en el fallo a conclusiones equivocadas, como por ejemplo en este caso, a declarar que se trata de un delito frustrado en lugar de uno tentado, o perfecto, o inexistente, ello es problema que debe tratarse en casación por la vía de la causal segunda... Pero como aquí no se ha observado este planteamiento que la técnica de la casación exige, carece de viabilidad la argumentación del primer motivo por el cual se pide en la demanda casar la sentencia con base en la causal primera".

En lo que atañe al segundo cargo, expresa el Procurador que el Tribunal incurrió en un descuido al escribir las cifras de algunas de las normas penales aplicables al robo, pues que quiso aludir a los artículos 2º de la Ley 4ª de 1943 y 404 del Código Penal, y no al numeral 2º de dicha ley y al artículo 403 del citado estatuto; pero que éllo no altera jurídicamente la cuestión de fondo. En cambio, anota que el sentenciador se equivocó en el modo de computar la sanción base y los aumentos y deducciones correspondientes; lo que, sin embargo, carece de fuerza para casar la sentencia, porque, siguiendo el sistema que el Ministerio Público adopta, se llega al mismo resultado sobre el monto de la pena adaptada a Suárez, o sean cuatro años y veinte días de presidio.

La Corte estudiará separadamente las dos acusaciones.

El robo frustrado. — Respecto a este tema, el señor Procurador estima que estuvo mal enfocado en la causal primera, pues debió invocarse la segunda.

La Sala se aparta de tal apreciación.

En efecto, el demandante no plantea en este capítulo de su libelo un error probatorio por parte del Tribunal al analizar los hechos referentes al delito imperfecto. Lo que él sostiene es que esa figura degradada del robo, "no se estructura dentro de nuestra legislación". O sea que el actor suscita un punto de puro derecho que incide directamente en la causal primera, pues ésta prevé la violación de la ley penal, ya por haberla interpretado equivocadamente el sentenciador, o por haberla aplicado en forma indebida. En la primera hipótesis —interpretación errónea—, se incurre en desacierto sobre el contenido de la norma legal, haciéndole producir efectos que ella no contempló. En la segunda hipótesis —aplicación indebida—, se interpreta rectamente el contenido del precepto, pero se aplica a hechos o situaciones no regulados por el mismo. Y, precisamente, a esto último equivale el cargo que formula el señor apoderado con base en el artículo 17 del Código Penal.

Por lo tanto, procede la Corte a examinar la importante tesis jurídica de si en el hurto y el robo no pueden concurrir las formas imperfectas de la tentativa y la frustración, como aquél lo sostiene.

Para el Tribunal, el apoderamiento del tránsito y los lápices por parte de Suárez, se consumó. Pero observa que "lo único que no pudo consumar el procesado fue el **aprovechamiento,** utilización o goce de los indicados elementos, imposibilidad que cabalmente configura la frustración del delito, por cuanto que fueron ejecutados todos y cada uno de los elementos constitutivos de la infracción; y si no llegó al aprovechamiento, al uso y goce de la propiedad ajena, ello se debió a que fue sorprendido por el celador Burgos, no pudiéndose, por lo tanto, perfeccionar el delito... fenómeno que estructura precisamente la frustración del delito de robo". Con ese criterio, el fallador aplicó el artículo 17 del Código Penal.

Se considera:

Larga y vigorosa controversia doctrinaria se ha suscitado sobre las formas imperfectas y el momento consumativo del hurto, problema que también se extiende al robo, puesto que éste es un hurto calificado por la violencia. La contienda, arranca de la manera de interpretar el vocablo "contrectatio" que empleó la clásica definición romana del hurto: **fortum est contrectatio fraudulosa rei alienae, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus eius possessionisve.**

Para unos, la "contrectatio" —que consuma el delito— consiste en el simple hecho de tocar o coger la cosa mueble ajena (apprehensio rei); para otros radica en la remoción de la misma de un lugar a otro (amotio); una tercera corriente sostiene que debe ponerse a salvo la cosa, sacándola de la esfera de actividad de quien la tiene (ablatio); una cuarta proclama que la cosa debe llevarse a lugar seguro, o al destinado por el ladrón (illatio); y una quinta teoría es la de que el hurto y el robo son perfectos o acabados cuando el agente logra el provecho que se propone obtener con la sustracción del objeto (locupletatio).

Tales doctrinas, en su mayoría, han sido rebatidas por lo extremas y porque entrañan un concepto demasiado especial y materialista de los actos que desarrolla el culpable. Sólo subsisten hoy las de la **amotio** y la **ablatio,** definidas en su orden por Carrara y Pessina.

Sin embargo, parece que el criterio orientador más seguro para fijar la consumación del hurto y el robo, es el de atender al momento en que el objeto jurídico de esas infracciones queda lesionado por obra del delincuente.

En dichos delitos contra el patrimonio, la ley penal tutela la **posesión** de las cosas muebles, posesión que en esta materia represiva se entiende en un sentido amplísimo, equivalente a cualquier poder directo y de hecho que se ejerce sobre el objeto, aun con título absolutamente ilegal. Comprende, por lo tanto, hasta la simple tenencia.

De consiguiente, el hurto y el robo están consumados cuando la víctima pierde su poder de hecho sobre la cosa materia del ilícito, aunque sea por breves momentos. Mejor aún, cuando ha sido despojada del bien mueble respectivo y lo ha ocupado el ladrón. Hay entonces un desplazamiento completo de la cosa, en que ésta se traslada de la posesión ajena a la posesión del responsable, que es en lo que consiste la acción de apoderarse que perfecciona el delito.

Pero es muy importante anotar al respecto, como lo hace el expositor Ricardo C. Núñez, que la incriminación del hurto "no deriva de la necesidad de impedir que el ladrón logre una posesión completa del objeto, sino de evitar que el propietario sea despojado por quien desee apoderarse de ella. La ofensa criminal mira el efecto del acto de apoderamiento sobre el derecho protegido, no el efecto sobre la situación de hecho creada para el ladrón. El apoderamiento ya está consumado cuando, con la intención de apoderarse del objeto, el ladrón ha privado de la cosa al

ofendido, quitándosela o sacándola de su esfera de poder y custodia". Y el mismo autor reproduce las certeras palabras de Carrara, de que no debe confundirse "lo que constituye la posesión del ladrón con lo que **hace segura** la posesión del ladrón". (Delitos contra la propiedad. Páginas 114 y 115).

Es obvio que la desposesión del perjudicado —traducida en las legislaciones modernas por el verbo **apoderarse**— no se realiza uniformemente en todos los casos, pues ello depende en particular "de la forma en que el derecho violado es ejercido sobre la cosa"; de tal manera que ese ejercicio del derecho, "algunas veces determinará la necesidad de que la cosa sea llevada o sacada de determinado lugar, no bastando la simple remoción, y, por el contrario en otras ocasiones, resultaría absurda esa exigencia. La afirmación de que se haya o no producido el apoderamiento depende, en consecuencia, de las variadas formas en que puede realizarse la **exclusión** del propietario y la **ocupación** de la cosa por el ladrón". (Soler. Derecho Penal argentino. Tomo IV. página 196).

Visto lo concerniente al momento consumativo del hurto y el robo, queda por resolver el otro tema complementario, esto es, si en tales ilícitos se dan las formas imperfectas (tentativa y frustración), cosa que niega el demandante. Dichas cuestiones se vinculan entre sí en el caso **subjudice**, por cuanto el delito incompleto o truncado sólo se entiende teniendo como mira el delito perfecto: la tentativa y la frustración no son más que infracciones que no llegaron a consumarse.

Para determinar si un hecho punible admite o no tentativa y frustración resultan ineficaces las viejas distinciones entre delitos materiales, formales e instantáneos, porque la realidad palpitante de la vida demuestra que aun en los dos últimos pueden existir tales manifestaciones recortadas de la acción criminosa. La pauta decisiva hay que buscarla en el **iter criminis**: si el delito es susceptible de un proceso ejecutivo, de un fraccionamiento en varios actos que no alcanzan a lesionar el bien jurídico amparado por la norma penal, entonces caben las formas imperfectas o degradadas del ilícito, presupuesto naturalmente el dolo que guía la actividad del malhechor. En consecuencia, las infracciones que se perfeccionan con un acto único (qui unico actu perficiuntur), excluyen la tentativa, porque se consuman tan pronto como se inician, en virtud de carecer de un **iter criminis.**

Fue Alimena el autor que con más claridad y exactitud enfocó el problema por tal aspecto. Por eso conviene transcribirlo. Se expresa así:

"Cuanto hemos dicho, no significa que los delitos que hemos llamado materiales, admitan todos tentativa sólo por ser materiales, y que los delitos que hemos denominado formales, no admitan tentativa sólo por ser formales. Esta conclusión es errónea. Los delitos materiales admiten la tentativa, no porque estén constituídos por la lesión real y efectiva de un bien jurídico, **sino porque para alcanzar este objeto es menester hacer cierto camino.** Tan cierto es esto que si fuese posible matar a un hombre con una mirada, el homicidio no dejaría de ser un delito material, y, sin embargo, entre la intención y la consumación **no habría intervalo alguno**. De igual manera los delitos formales, aunque estén siempre constituídos por un peligro actual y por un daño potencial para el bien jurídico, admiten o no tentativa, **según que, entre la intención y el peligro actual y el daño potencial, haya o no que recorrer cierto camino.** Así, imputar cualidades o hechos injuriosos, es siempre, como sabemos un delito formal; pero este delito no admite tentativa si se realiza oralmente; en cambio, la admite si se realiza mediante la imprenta, que necesita el manuscrito, la composición etc." (Principios de Derecho Penal. Volumen I. Págs. 440 y 441). Ha subrayado la Corte.

"La tentativa es posible —dice Ferri— en todos los delitos dolosos que no consisten en una sola palabra instantánea; cuando hay un **iter criminis**, aunque imprevisto y rápido, cabe la posibilidad de separación entre actos ejecutivos y actos consumativos". (Principios de Derecho Criminal, página 510).

Y otro tratadista italiano, de grande autoridad científica —Maggiore—, expone:

"De los prácticos en adelante, toda la teoría de la tentativa gira en torno del concepto del **iter criminis**, según la célebre definición de Alciato: **aliud crimen, aliud conatus: hic in itinere. illud in meta est** (una cosa es el crimen y otra el conato; éste está en el camino; aquél en la meta).

"Todos los delitos, menos los llamados instantáneos que **perficiuntur unico actu** (como la injuria, el falso testimonio, etc) tienen un desenvolvimiento propio, ya que la acción en la cual consisten, se descompone en una cantidad de actos que constituyen otras tantas etapas del proceso criminoso.

"Sólo en estos delitos que tienen un **iter**, un camino, se puede hablar de tentativa". (Derecho Penal. Volumen II. página 69).

El hurto y el robo, a pesar de ser infracciones instantáneas, tienen o pueden tener su camino, su intervalo, un más y un menos ("grados" en la teoría de Carrara), entre los actos ejecutivos y los consumativos. Porque si en éllos la acción se perfecciona con el apoderamiento de la cosa y el desapoderamiento correlativo de la víctima, para llegar a este extremo, el delincuente realiza actos sucesivos que pueden quedar interrumpidos por circunstancias ajenas a su voluntad. Es, por consiguiente, posible la tentativa. Así, el carterista que es sorprendido cuando trata de extraer el dinero del bolsillo del transeúnte; el ladrón que se halla trepado en el estante del almacén listo a coger las cosas, y en ese momento lo captura el celador; el que está rompiendo, dentro de la habitación ajena, el baúl que contiene los caudales, y la presencia de los moradores impide el apoderamiento; el que es atrapado en el instante de abrir el cajón donde se guardan las cosas que pretende sustraer. Todos estos sujetos son reos de tentativa de hurto y robo, en su caso. Los ejemplos podrían multiplicarse.

En cambio, el hurto y el robo no tienen frustración. Es característico de esta figura que el delincuente lleve a término todos los actos necesarios para la consumación del delito, y, sin embargo, éste no se produce por mero accidente. En el delito frustrado la ejecución es completa; mientras que en la tentativa es inacabada porque al culpable le faltaba aun realizar otros actos posibles de su parte para obtener la obra criminal.

De suerte que si el ladrón hace lo indispensable para privar al ofendido de la posesión de la cosa mueble, culmina con el apoderamiento y el ilícito queda perfecto en su objetividad jurídica. Por lo tanto, entre la ejecución y la consumación no hay más término medio que la tentativa.

"No se concibe la frustración, pues es muy difícil que el que hace cuanto es necesario para la consumación del hurto no lo consume efectivamente; los raros casos que nuestra jurisprudencia, muy vacilante declara hurtos frustrados son verdaderos delitos consumados". (Cuello Calón. Derecho Penal. Volumen II. páginas 124 y 125).

Y el Profesor Irureta Goyena dice:

"...No se requiere en el hurto el goce completo de la cosa objeto del delito, o sea la **locupletatio**; basta, sencillamente, el apoderamiento, el cual tiene mucho menos extensión que el usufructo, o que el goce amplio y absoluto de la cosa robada. Para que el hurto tuviera frustración, sería necesario que la infracción no consistiera, como consiste, en el apoderamiento de la cosa con ánimo de aprovecharse de ella, sino en el aprovechamiento efectivo de la misma. En la hipótesis última, y sólo en ella, si el delincuente hubiera verificado todo lo necesario para realizar el delito, y depués de verificar todos los actos pertinentes, por una causa independiente de su voluntad, no hubiera podido aprovecharse efectivamente de la cosa, podría hablarse de frustración". (El Delito de Hurto, páginas 144 y 145).

Y este fue, precisamente, el error del Tribunal: confundir el **apoderamiento** —que perfecciona el hurto y el robo— con las ganancias que ellos puedan proporcionarle al responsable (provecho real y efectivo). Vale decir que el sentenciador adoptó la teoría de la **locupletatio**, hoy totalmente abandonada.

Claro está que no pueden someterse al mismo tratamiento represivo el sujeto que disfruta plenamente de la cosa sustraída, y el que ninguna utilidad práctica logra sacar de ella. Pero tal aspecto del asunto mira sólo a la reparación del daño ocasionado por el delito y al monto de la pena que debe imponerse al reo, de acuerdo con los índices de peligrosidad que señala el artículo 36 del Código Penal; mas no a la cuestión relacionada con el momento consumativo de dichas infracciones.

En resumen, el Tribunal violó el artículo 17 de aquel estatuto, al condenar a Suárez por robo frustrado. Sin embargo, no es el caso de infirmar la sentencia, porque, de hacerlo, la Corte tendría que definir una de estas dos situaciones jurídicas ineludibles: la de la tentativa de robo, o la del robo consumado, puesto que en el presente negocio no se trata de meros actos preparatorios, como lo alega el actor, sino de una acción que es manifiestamente punible. Y en esta alternativa, la Sala estaría imposibilitada para condenar por robo tentado, ya que el demandante rechaza esa figura imperfecta del delito; ni tampoco podría condenar por robo consumado, porque agravaría la situación del reo en un recurso extraordinario interpuesto por él, que excluye, por lo mismo, la **reformatio in pejus.**

De donde se sigue que todo lo expuesto acerca del delito completo e incompleto en el hurto y el robo, era necesario hacerlo por vía jurisprudencial —que es el fin propio de la casación—, para rectificar la tesis del sentenciador sobre el robo frustrado, y las alegaciones del demandante sobre la inexistencia de las formas imperfectas en ese ilícito, aunque el recurso careciera de resultado práctico para los intereses de la parte recurrente.

Es de anotar, finalmente, que en las sentencias de la Corte que cita el actor (las de 25 de junio de 1947, 18 de marzo de 1949 y 12 de junio de 1951), se consideraron los respectivos delitos de robo y hurto como **consumados**, y no como **imperfectos**, a pesar de que los culpables no tuvieron tiempo de aprovechar las cosas de que se habían apoderado, por haber sido sorprendidos en el teatro de los acontecimientos.

En tal virtud, no prospera el cargo por inoperante.

Individualización de la pena.

El competente abogado autor de la demanda parte del supuesto de que el Tribunal, al imponer las sanciones, sólo tuvo en cuenta los artículos 2º de la Ley 4ª de 1943, 403, 398 y 17 del estatuto penal, en relación con el artículo 1º del Decreto Nº 2184 de 1951. Y por eso encuentra que el monto de la pena aplicada no corresponde al previsto en tales disposiciones, ni a la calidad que éllas fijan —prisión—, pues se condenó a otra distinta, que es la de presidio.

Pero basta leer cuidadosamente el fallo recurrido para convencerse de que allí también se aplicó el artículo 404 del Código Penal, por considerar el sentenciador que se trataba de un robo especialmente agravado por el escalamiento de muros. Y entonces la sanción-base que debía tomarse, como se hizo, era la de seis años de presidio, conforme a la norma antes citada y el artículo 1º del Decreto Legislativo 2184 de 1951. Eso es lo que aparece nítidamente de los siguientes pasajes del fallo demandado:

"De la propia confesión del procesado se deduce que para sustraer el "tránsito" y los lápices hubo escalamiento de los muros que encerraban el Almacén y demás locales". (Fs. 30. cuaderno 2º)... También huelga afirmar que la sustracción se verificó por medio de violencia sobre las cosas, pues del propio dicho del procesado y de las inspecciones oculares, se infiere que hubo escalamiento **(numeral 3º del artículo 404 del C. P.)**" (Fs. 41)... "Por haberse violado el numeral (sic) 2º de la Ley 4ª de 1943 y el artículo 403 del Código Penal, teniendo en cuenta que no hay circunstancias de mayor peligrosidad, le correspondería al procesado una pena mínima de tres años de presidio, la que debe aumentarse en otro tanto como lo dispone el artículo 1º del decreto 2184 de 1951, es decir, que la pena por este aspecto es la de **seis años de presidio.** También se violó el numeral 2º del artículo 398 ibidem, pues el monto de lo robado pasa de dos mil pesos..." (Fs. 44) Ha subrayado la Corte.

Resulta, pues, indiscutible que el Tribunal aplicó conjuntamente los artículos 403 y 404 del estatuto represivo, no sólo porque así lo expresa sin lugar a dudas, sino porque la cantidad y calidad de la pena deducida es la que armoniza con dichas normas sustantivas, conectadas con el artículo 1º del Decreto 2184.

O sea que la acusación no es atendible.

La Sala, sin embargo, no puede pasar inadvertida la errónea interpretación de la ley penal que hizo el sentenciador cuando aplicó, a un tiempo, los artículos 398, 403 y 404 del Código.

En efecto, ha sido doctrina firmemente sostenida por la Corte, la de que con el robo calificado (art. 404 C. P.) no juegan las modalidades específicas del hurto previstas por los artículos 398 y 399 ibidem, porque con la aplicación del artículo 404, "queda debidamente reprimido el robo en sus manifestaciones más graves, y sería aberrante y contrario a la equidad hacer todavía otro aumento, recurriendo a las circunstancias cualificadoras de los artículos 398 y 399". (Véase, entre otras, la sentencia de 27 de septiembre de 1955. Gaceta números 2157-2158, página 306).

Pero como este punto no fue atacado en la demanda, el yerro es intocable y la observación que se hace sólo mira al futuro, para evitar que el Tribunal vuelva a caer en esa anomalía.

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, acorde con el señor Procurador, NO CASA la sentencia acusada del Tribunal Superior de Tunja.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso.

Domingo Sarasty M. — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra — José Amadeo Rey, Secretario.

SE CONFIRMA EL AUTO DE SOBRESEIMIENTO TEMPORAL OBJETO DEL RECURSO DE APELACION

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal—Bogotá, veintidós de mayo de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve)

Vistos:

Procede la Corte a desatar el recurso de apelación interpuesto por el doctor Ignacio Meléndez Piñeres contra el auto de sobreseimiento temporal que profirió el Tribunal Superior de Cartagena en las presentes diligencias, adelantadas por los cargos de responsabilidad que se le hicieron al recurrente en su condición de Juez Segundo Superior del mismo Distrito.

Dio origen al proceso el informe que sobre el curso de la investigación seguida por homicidio y lesiones contra Rubén Moré, Ismael Guzmán y otros, en el Juzgado a cargo del doctor Meléndez Piñeres, rindió el Visitador Jefe del Ministerio de Justicia. Se dijo allí que, no obstante haberse decretado la detención de varios de los sindicados desde el 1º de abril de 1949, en la fecha de la inspección solamente habían sido indagadas tres de las veintidós personas que debían rendir declaración instructiva; que habiéndose hecho la presentación de los poderes que los acusados confirieron para su defensa en los días 5, 20 y 25 del mes y año dichos, su admisión por el Juzgado sólo tuvo lugar el 22 de mayo siguiente; y que los procesados fueron destinados a la cárcel común y suspendidos en sus empleos, con lo cual se violó "el tratamiento legal que corresponde a los miembros de la Policía, según el cual deben ser detenidos en sus respectivos cuarteles y deben recibir sus sueldos hasta cuando el negocio sea definido".

El Tribunal estimó, como fundamento de su decisión, que "la falta de pruebas en torno al recargo de trabajo que tuviera el despacho del Juez y... en torno a la detención de los procesados dentro de las sumarias que motivan esta averiguación sitúan el caso para los efectos de calificación dentro del alcance del artículo 436 del Código de Procedimiento Penal".

El señor Procurador Delegado pide, a su vez, se confirme la providencia recurrida, pues es necesario comprobar plenamente si la cantidad de negocios al despacho del Juez y la labor por él desarrollada permiten concluir que estuviera o no realmente "imposibilitado para resolver oportunamente los asuntos a su estudio"; establecer, con copia del auto de detención de los agentes y de las respectivas boletas de encarcelación, "a dónde fueron destinados y qué fundamentos tuvo la privación de su libertad"; y evitar —pues la apelación se concedió en el efecto devolutivo y la investigación quedó reabierta— que se profirieran "fallos contradictorios, a saber: el que hubiera dictado ya el Tribunal de instancia con base en la ampliación decretada, y el que profiriera ahora la Corte como resultado del recurso interpuesto", festinándose, de otro lado, "la verdad real de los hechos establecida con posterioridad a la apelación".

Se considera:

A folios 32 y ss. del Cuaderno de Copias aparece la indagatoria del procesado, donde éste manifiesta que por su parte y la del personal de secretaría se hizo todo lo humanamente posible para adelantar la instrucción a la mayor brevedad, debiendo imputarse toda demora apreciable al crecido número de sindicados en el proceso y a la necesidad de atender al diligenciamiento de los mil ochocientos negocios restantes que cursaban en el Juzgado. "Sin admitir la exactitud del tiempo —añade aludiendo a la tardía sustanciación de los poderes— debió deberse a las causas ya explicadas en la respuesta anterior y a fines de seguridad para los intereses de la justicia, haciendo la admisión cuando se tenía la posibilidad de recibirle indagatoria inmediatamente, evitando así que por ese medio fueran disminuidos los intereses mencionados mediante el aleccionamiento de los sindicados por parte de sus apoderados".

En cuanto a la imputación relacionada con la

ilegalidad de las detenciones, el sindicado expresó que la respuesta "podría darla con mayor exactitud, razones y fundamentos el auto en que se ordenó la detención de los sindicados, en el que, seguramente, debió estudiarse la circunstancia en que los agentes de la Policía Nacional División Bolívar ejecutaron los delitos: Si fue en ejercicio de funciones propias de su cargo o si porque quicieron (sic) ensayar sus fusiles con el cortejo religioso de la procesión que el día de los hechos se efectuaba en la población del Carmen Bolívar. Creo que este punto fue ampliamente estudiado en el auto de detención y hasta me parece recordar que esa policía autora de los delitos no iba a prestar servicios en la población del Carmen sino en otra distinta y que fue a su paso cuando los delitos se cumplieron".

Los descargos del funcionario inculpado permanecen en pie, pues ningún elemento de convicción que los desvirtúe obra en las copias enviadas a la Corte, que no ofrecen materia para el enjuiciamiento de aquél ni permiten tampoco sobreseer definitivamente en su favor por deducirse de ellas alguna de las circunstancias contempladas en el artículo 437 del Código de Procedimiento Penal. Procedía, de consiguiente, calificar el proceso en los términos en que lo hizo el Tribunal **a quo,** entidad que a la fecha debió de haberse pronunciado ya sobre el mérito del expediente original, una vez perfeccionado, si es que no le ha dado aplicación a lo dispuesto en el artículo 153 de la citada obra por el transcurso del tiempo.

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 de su Colaborador Fiscal y acorde con él, CONFIRMA la providencia objeto del recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Conjuez, **Alejandro Comacho Latorre — José A. Rey,** Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REPUBLICA DE COLOMBIA BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DELITO DE PREVARICATO. — CASO EN QUE ES MAS FAVORABLE DECRETAR EL SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO Y NO LA DECLARACION DE CESACION DEL PROCEDIMIENTO POR PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL—PRETERMISION DE LA INSTANCIA

1.—Bien se sabe que los simples desaciertos en materia jurídica no constituyen delito de prevaricato o de abuso de autoridad, infracciones que requieren que el acto antijurídico, ilegítimo y arbitrario esté rodeado de circunstancias que conduzcan a deducir el dolo específico o genérico que obró como determinante del hecho calificado de injusto o contrario a la ley.

2.—Es jurídico preferir la fórmula del sobreseimiento definitivo, cuando el hecho no es delictuoso, en lugar de aplicar el artículo 153 del C. de P. P. por hallarse prescrita la acción penal, puesto que, en este caso más favorece la declaración de inocencia que aquella de suspender el procedimiento por haberse cumplido el fenómeno jurídico previsto en el artículo 105 del C. P.

3. — El señor Procurador solicita que se extienda el sobreseimiento a otros cargos formulados contra el acusado. pero ello no es conducente, porque esos cargos no fueron materia de la indagatoria. De haberlo sido, el vacío no podría llenarse en la forma solicitada, sino revocando el auto para que se subsane la omisión; porque de otro modo, al decidir la entidad que obra como juez ad-quem respecto de imputaciones que se le escaparon al del conocimiento (juez a quo) se estaría pretermitiendo la instancia respectiva.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Penal. Bogotá, veinticuatro de mayo de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez)

Vistos:

Habiendo sido consultado el auto de 22 de febrero del año en curso, proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, corresponde decidir lo que sea legal, mediante la siguiente relación:

1º El señor Pedro Suárez, interesado como litigante en algunas acciones civiles y penales que se ventilaban en los Juzgados de Agua de Dios, presentó denuncia criminal contra el doctor Roque Uribe Rangel, entonces Juez Promiscuo del Circuito, a quien le atribuyó el haber procedido ilegalmente, movido por la animadversión, al resolver varias peticiones que el denunciante le formuló en el proceso adelantado contra Eusebio Alvarez Vergel por el delito de hurto, y refirió también una serie de irregularidades —no bien puntualizadas— ocurridas durante el trámite de los juicios de sucesión de Benjamín Reyes y de Pedro Bautista;

2º El Tribunal ordenó investigar preferentemente el primer cargo, el único que consideró de su competencia. y dispuso sacar copias para que por separado se averiguaran las demás imputaciones referentes a diversos funcionarios y empleados que en distintas épocas conocieron de dichos juicios civiles;

3º En el auto venido en consulta se sobresee definitivamente en favor del doctor Roque Uribe Rangel, previas estas consideraciones:

"Deliberadamente la Sala no ha querido analizar el contenido y esencia de la actuación llevada a cabo por el doctor Uribe Rangel en su calidad de Juez Promiscuo del Circuito de Agua de Dios y en su condición de funcionario **ad-quem** dentro de la causa iniciada en el Juzgado Municipal de dicho lugar contra Eusebio Alvarez Rangel, para destacar los aciertos o relievar las equivocaciones en que hubiera podido incurrir porque si la fabilidad es connatural a la especie humana, los desaciertos, los errores de un funcionario, con motivo y por razón del ejercicio de su cargo, no serán ilícitos cuando no están inspirados de la malsana pasión del odio, del rencor o del resentimiento; cuando no han sido infundidos por sentimientos perturbadores de afecto o de interés, o cuando no representan actos arbitrarios

o injustos, porque no basta, para que se tipifique un delito oficial o de responsabilidad, que se alegue y se demuestre la incorrección jurídica de una resolución, sentencia o dictamen, sino que es necesario, imprescindible —enseña Sebastián Soler— "que se demuestre la incorrección moral del Juez", ya que "si el interpretar erradamente una disposición de la ley implicara un acto delictuoso, tendría que admitirse también que se erigiría en infracción penal el tener un concepto diferente del que otros sustentan en cuanto al hecho de fijar el alcance y contenido de una norma legislativa...", agrega la H. Corte.

"Y eso fue precisamente, lo que aconteció entre el Juez doctor Uribe Rangel y el apoderado o defensor Pedro Suárez: discrepancia de criterios respecto a la interpretación de ciertas normas legales, diferentes maneras de concebir el alcance de determinadas disposiciones adjetivas y sustantivas, pero siempre... con el deseo de acertar, con el propósito loable de atender y de acatar los altos intereses de la justicia, buscando ante todo y por sobre todo —como él lo dice—... la rectitud en la aplicación de las leyes".

"Es posible que el doctor Uribe Rangel no hubiera estado afortunado en esta o en aquella decisiones, pero de lo que no podría dudarse —porque en el expediente no existe indicio o prueba en qué fincar la duda— es de que su proceder estuvo ceñido a la más rigurosa probidad mental y moral, que el fiel de la justicia por él administrada o impartida, no se inclinó al peso de torcidas intenciones, que todos sus actos estuvieron influídos por el convencimiento honrado de que obraba conforme a derecho, etc., y eso basta para considerarlo libre de cualquier delito contra la administración pública, ya se trate del de concusión o el de cohecho, del de prevaricato o el de abuso de autoridad y otras infracciones".

4º El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, quien se tomó el trabajo de reproducir en la casi totalidad de su extensión el difuso escrito de denuncia, solicita que se confirme la providencia consultada", con la complementación de que el sobreseimiento abarca o comprende también los cargos que le fueron formulados por el mismo denunciante por sus actuaciones en los juicios de sucesión de los señores Benjamín Reyes y Pedro Bautista".

Para resolver se considera:

La indagatoria del sindicado, Dr. Roque Uribe Rangel, se limitó al asunto que fue materia de la pesquisa, conforme al auto cabeza de proceso del 13 de agosto de 1954, o sea, a esclarecer lo concerniente a la actuación en el proceso por el delito de hurto de efectos —estimados en la cantidad de $ 36.50— de que resultó responsable Eusebio Alvarez Vergel, condenado en primera instancia por el Juez Municipal de Agua de Dios a la pena privativa de libertad de siete meses y medio de prisión.

El proceso se hallaba, pues, en el Juzgado Promiscuo del Circuito de Agua de Dios en consulta de la sentencia condenatoria; y fue entonces cuando tuvo oportunidad de intervenir el Juez doctor Uribe Rangel, dictando las siguientes providencias: a) la de 30 de junio de 1949, en la cual no accedió a declarar la nulidad del juicio solicitada por el defensor (denunciante más tarde), quien se fundaba en la incompetencia de jurisdicción del Juez Municipal); b) la de 7 de julio de 1949, en la que se abtuvo de declarar otra nulidad pedida por la misma parte pero apoyada en otra clase de argumentos; c) la de 13 de ese mismo mes, por medio de la cual se negó el recurso de apelación contra las anteriores; d) la de 5 de agosto siguiente, en la que se negó la reposición de la de 13 de julio y se concedió el recurso de hecho; e) la de 31 de agosto (1949) que anuló lo actuado en segunda instancia a partir del auto en que se ordenó oír el concepto del Ministerio Público, inclusive; y finalmente, la de 15 de septiembre (1949), que confirmó el fallo condenatorio.

Alguna de estas providencias pudo ser equivocada. Pero bien se sabe —y lo recuerda el Tribunal muy oportunamente— que los simples desaciertos en materia jurídica no constituyen delito de prevaricato o de abuso de autoridad, infracciones que requieren que el acto antijurídico, ilegítimo o arbitrario esté rodeado de circunstancias que conduzcan a deducir el dolo específico o genérico que obró como determinante del hecho calificado de injusto o de contrario a la ley. Y esta comprobación está muy lejos de existir en el sumario que se formó en virtud de la deshilvanada denuncia del señor Pedro Suárez, quien como corolario de la porfía con que sostuvo sus puntos de vista, no acogidos por el funcionario acusado, acudió al expediente de atribuir el insuceso a supuestos sentimientos de animadversión hacia su persona.

Es, por lo tanto, legal la decisión pronunciada en favor del doctor Roque Uribe Rangel, y son asimismo jurídicas las razones invocadas por el Tribunal para preferir la fórmula adoptada, en lugar de aplicar el artículo 153 del Código de Procedimiento por hallarse prescrita la acción penal, puesto que, en este caso más favorece la declaración de inocencia que aquella de suspender el procedimiento por haberse cumplido el fenómeno jurídico previsto en el artículo 105 del Código Penal.

En cuanto a la solicitud del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, relativa a que se extienda el sobreseimiento a los cargos formulados por actuaciones del Juez Promiscuo del Circuito de Agua de Dios, doctor Uribe Rangel, en los juicios de sucesión de Benjamín Reyes y de Pedro Bautista, no es conducente, porque esos cargos no fueron materia de la indagatoria. De haberlo sido, el vacío no podría llenarse como lo pide el diligente colaborador de la Sala, sino revocando el auto para que se subsanara la omisión; porque de otro modo, al decidir la entidad que obra como Juez **ad-quem** respecto de imputaciones que se le escaparon al del conocimiento (Juez **a-quo**), se estaría pretermitiendo la instancia respectiva.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, conocido el parecer del señor Agente del Ministerio Público, CONFIRMA el auto consultado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty Montenegro — **Jesús Estrada Monsalve** — **Ricardo Jordán Jiménez** — **Luis Zafra.** — **José Amadeo Rey,** Secretario.

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL EN EL DELITO DE PREVARICATO

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal—Bogotá, veinticinco de mayo de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada **Monsalve**)

Vistos:

Consulta el Tribunal Superior de Montería la providencia en que se declara prescrita la acción penal y se ordena cesar todo procedimiento en el sumario adelantado contra el doctor Joaquín P. Gómez Reynero, como Juez Promiscuo del Circuito de Cereté, por el delito de prevaricato.

Dieron lugar a la investigación las siguientes providencias dictadas en el proceso seguido en averiguación de los responsables de los sucesos ocurridos en el Corregimiento de "La Madera", en jurisdicción del Municipio de "San Pelayo" (Departamento de Bolívar), el 23 de agosto de 1947, en que varios ciudadanos perdieron la vida y fueron lesionados otros:

"**Juzgado Promiscuo del Circuito**—Cereté, agosto veintiocho de mil novecientos cuarenta y siete. Visto el anterior dictamen del médico doctor J. M. García Rodríguez, autorízase la colocación del sindicado señor Lino Mestra Ayaso, a la casa de la señora Luisa Galván Ayaso, hasta tanto el facultativo considere que la salud del enfermo lo permite. Concédese al sindicado un término de cuarenta y ocho horas para que constituya una fianza de cárcel segura, la cual es bastante en la suma de trescientos pesos. Expídase la inmediata orden de libertad provisional traslado (sic) al director de la cárcel de este Circuito. Notifíquese y cúmplase. — **Joaquín Gómez Reynero.** (Fdo.) Luis Castillo, Srio. (fls. 21 a 22 del cuaderno 1º).

"**Juzgado Promiscuo del Circuito**—Cereté, agosto veintinueve de mil novecientos cuarenta y sieté.—Procedentes del Juzgado 44 de Investigación Criminal, llegaron a este despacho las diligencias sumarias que en esa oficina se iniciaron en averiaguación de los hechos delictuosos ocurridos en 'La Madera', junto con varios detenidos, y algúnos cartuchos vacíos. Como del auto cabeza de proceso, resulta el hecho de que algunos sindicados, son familiares y dentro del cuarto grado de consanguinidad con el suscrito Juez, de conformidad con el artículo 72 del C. de P. P., se declara impedido para conocer de este negocio, ya que todavía está en su investigación primera, y dificultaría su perfeccionamiento en caso de que se enviara a los Jueces Superiores. En tal virtud, se ordena enviar este negocio al Juez Penal Municipal de San Pelayo, con amplias facultades investigativas, para que resuelva todas las cuestiones que se planteen en relación con este negocio, por el término de treinta días y se pone a su disposición los detenidos por orden del Juez 44. Ofíciese al señor Director de la Cárcel acerca de lo resuelto en esta providencia. Notifíquese y cúmplase. (Fdo.) **Joaquín Gómez Reynero.**—El Secretario (Fdo.) Luis Castillo". (Fl. 21 ibidem).

Por su parte, el Juzgado Municipal de San Pelayo, a cargo entonces del señor José V. Atencio Díaz, por auto de primero de septiembre siguiente, anuló toda la actuación llevada a cabo por el Juez 44 de Instrucción Criminal, ordenó la reposición del expediente y decretó la libertad incondicional de los detenidos, el restablecimiento de éstos en los cargos que habían venido desempeñando y el desembargo de los bienes de propiedad de los mismos que habían sido sustraídos del comercio en orden a garantizar la correspondiente indemnización de perjuicios (fls. 86 a 90 ibidem).

Tales fueron las actuaciones judiciales que motivaron la comunicación dirigida por el doctor Alfredo Araújo Grau a los Ministerios de Gobierno y de Justicia, visible a los folios 8, 9 y 10 del cuaderno principal, en cuya virtud se iniciaron estas diligencias sumarias en que el Tribunal Superior de Cartagena llamó a responder en juicio al doctor Joaquín Gómez Reynero "por uno de los delitos de que trata el Capítulo V, Título III, Libro II del Código Penal", y ordenó se sacara "copia de las partes conducentes del negocio para que, por el Juez competente, se abra un sumario al señor José V. Atencio Díaz, para averiguar la responsabilidad en que hubiera incurrido como Juez Municipal de San Pelayo dentro del negocio

penal por los sucesos de "La Madera" de la comprensión de dicho Municipio" (fls. 118 a 128 del cuaderno 1º).

Apelada dicha providencia por el defensor del doctor Gómez Reynero, la Corte sobreseyó temporalmente en su favor, a solicitud de su Colaborador Fiscal, y reabrió la investigación para la práctica de algunas diligencias que se echaron de menos, después de lo cual sobrevino la creación del Departamento de Córdoba y la competencia por razón del territorio pasó al Tribunal de Montería, entidad que profirió la decisión consultada.

Conceptúa el señor Procurador Segundo Delegado que el Tribunal obró legalmente al darle aplicación en este informativo al artículo 153 del Estatuto Procesal, pues lo dispuesto en el último inciso de esa norma "cobija —dice— el presente caso, ya que no puede considerarse interrumpida la prescripción por el auto de llamamiento a juicio proferido puesto que este proveído fue revocado por la H. Corte".

Se considera:

Consta de autos que el doctor Gómez Reynero, Juez Promiscuo del Circuito de Cereté, al conocer del sumario iniciado por los hechos de sangre ocurridos en la noche del 23 de agosto de 1947 en el Corregimiento de "La Madera" (Municipio de San Pelayo, Departamento de Bolívar), dictó el auto de 28 de agosto de 1947 en que concedió la libertad provisional de Lino Mestra Ayaso y posteriormente el de 29 de los mismos en que, después de declararse impedido por parentesco con algunos sindicados, en vez de proceder como lo estatuyen los artículos 74 y 75 del Estatuto Procesal, remitió las diligencias al Juzgado Municipal de San Pelayo arguyendo que "todavía está en su investigación primera (el negocio), y dificultaría su perfeccionamiento en caso de que se enviara a los jueces superiores", actuación inspirada al parecer en el interés de favorecer a parientes y copartidarios suyos.

El hecho imputado se halla sancionado por el artículo 168 del Código Penal con la pena máxima de cinco años, y la acción correspondiente prescribe en igual tiempo, de acuerdo con lo preceptuado en el inciso final del artículo 105 de la misma obra, de donde es necesario concluir que, habiéndose consumado la infracción en el mes de agosto de 1947, la prescripción se había consumado el 4 de septiembre de 1953, fecha en que así lo declaró el Tribunal **a quo** en la providencia que se revisa, la cual, de consiguiente, habrá de confirmarse.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, acorde con su Colaborador Fiscal, CONFIRMA el auto de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez—Conjuez, **Jorge E. Gutiérrez Anzola — José Amadeo Rey,** Secretario.

ABUSO DE AUTORIDAD

Lo arbitrario y lo injusto se predica de actos ilegítimos del empleado público que faltó a sus funciones o consumó el atropello contra una persona o contra una propiedad, así como también hay lugar a deducir abuso no de los simples desaciertos al interpretar determinada norma, sino cuando injustificadamente se rehusa, omite o retarda la ejecución de algo inherente a los deberes del funcionario.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Penal. Bogotá, veintiocho de mayo de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez)

Vistos:

Nuevamente ha decidido la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, en providencia remitida en consulta y fechada el 18 de abril del año en curso, suspender —previa la declaración de que los hechos imputados no existen— el procedimiento que se venía adelantando con el fin de averiguar si hubo algo de irregular o de ilícito en la conducta observada por el doctor Hernando Díaz Rubio, durante el trámite del proceso que por el delito de aborto se seguía en el Juzgado 3º Superior, en donde él representaba al Ministerio Público y en cuya investigación intervino directamente en cumplimiento de los artículos 1º y 2º del Decreto número 1.231 de 1951, hoy derogados.

La primera decisión del Tribunal fue revocada a petición de la Procuraduría, ahora conforme con la segunda, para que se practicaran algunas diligencias que podrían contribuir a esclarecer más definitivamente uno de los cargos que se le formularon al sindicado en la denuncia de 15 de marzo de 1952, suscrita por el doctor Pablo Salah Villamizar.

Obtenidos ya esos elementos de juicio se procede a examinar la providencia sub judice.

Antecedentes

Figuraban como sindicados en el sumario por el delito de aborto, iniciado el 13 de diciembre de 1951, en virtud de denuncia de la señorita Y. Y., estas tres personas, todas ellas vinculadas al Instituto....., su fundador, el Párroco X. X., el secretario de la institución, señor V. V. y la cajera, señorita Z. Z., quien se prestó a las maniobras abortivas.

El doctor Pablo Salah Villamizar asistía, en su calidad de apoderado, al sindicado V. V. Este había hecho veladas alusiones al Padre X. X., de quien también recibió poder para los mismos efectos. Mas el Fiscal, doctor Díaz Rubio, que actuaba como funcionario instructor, se opuso a aceptar ese segundo poder, fundándose en que la Ley no permitía que un mismo abogado representara a personas que tenían intereses opuestos en el mismo proceso. Esta actitud y otras del mencionado funcionario, encaminadas a evitar todo aquello que pudiera entorpecer la investigación, fueron interpretadas como arbitrarias por el abogado doctor Salah Villamizar, quien en la denuncia de que ya se hizo mérito le formuló al Fiscal los siguientes cargos:

1º Haber rehusado reconocer el poder que el Párroco X. X. le otorgó para servirle de apoderado en la indagatoria;

2º Haber sintetizado a su manera y en forma caprichosa algunas expresiones dejadas por el abogado en el texto de la indagatoria de V. V. en calidad de "constancia" o testimonio de la forma en que se había cumplido la diligencia;

3º Haberle estorbado su intervención en el proceso y dificultado de esa manera su labor profesional; y

4º Haberle advertido al Padre X. X. que debía prescindir de los servicios del doctor Salah Villamizar, si no quería verse expuesto a consecuencias desagradables.

Estos cargos los analiza el Tribunal con plausible detenimiento para deducir que si el primero está probado como hecho no lo está como delito, y para concluir que careciendo de fundamento los siguientes, no fue en modo alguno ilegal la

conducta del doctor Hernando Díaz Rubio, quien explicó cada una de las actuaciones señaladas como indebidas en la denuncia. Así, por ejemplo, en el auto del 16 de febrero de 1952, expresa por qué se opuso a que el doctor Salah Villamizar asumiera la representación del Padre X. X. Se lee allí:

"El Padre X. X., en memorial enviado a esta fiscalía, pero presentado ante el secretario del Juzgado Cuarto de Instrucción de esta ciudad, otorga poder al abogado Pablo Salah Villamizar... Dicho abogado el día veintitrés de enero en el Despacho de esta fiscalía juró cumplir bien y fielmente con los deberes del cargo de apoderado del sindicado V. V., quien le otorgó poder no solamente para la diligencia de indagatoria sino para las subsiguientes. Al folio 128 v., se encuentra un auto en el que se dispone entre otras cosas lo siguiente: practicar una diligencia de careo entre el Padre X. X. y el señor V. V. En una diligencia de careo cada sindicado debe estar asistido por su respectivo apoderado, mal podría un mismo abogado asistir fielmente a dos sindicados en un careo entre ellos. Por eso el artículo 109 del C. de P. P. dice: "...una misma persona podrá servir el cargo de apoderado o defensor de varios procesados en un mismo proceso, siempre que sus intereses no sean opuestos...".

Siendo éste el cargo que parece haber dado lugar a la acusación, debía ser justificado por el fiscal instructor y así lo hizo, no limitándose a advertir al abogado la imposibilidad legal en que se encontraba, sino negándose a admitir el segundo poder. Si su actitud hubiera sido distinta, sencillamente habría autorizado con su presencia la posible comisión de un delito (artículo 196 C. P.).

El cargo referente a haber sintetizado mal una "constancia" dejada en la indagatoria de V. V., más parece atribuible al secretario que la escribió que al funcionario que dirigía la diligencia. Esto, en el supuesto de haberse probado que existió efectivamente un error, por otra parte muy poco importante, si se atiende a que de haberse producido no desfiguraría el sentido de las palabras del interrogado, relativas a que no le daba crédito a los rumores que corrían respecto del Padre X. X. El doctor Salah Villamizar asegura que V. V. fue más explícito en esta afirmación, de por sí enfática; pero olvidó —él también— indicar qué términos quedaron fuera del concepto para hacerlo más categórico.

Los testigos citados para demostrar que el Fiscal Díaz Rubio había prevenido a X. X. si insistía en otorgarle poder al doctor Salah Villamizar (doctores Vicente Sánchez Zapata, Víctor Hernández y Manuel Méndez Rodríguez) declararon en forma negativa, es decir, manifestando no haber oído ni sabido nada sobre ese particular.

Tampoco hubo labor obstruccionista de parte del Fiscal. Al respecto dijo éste en la indagatoria:

"En los treinta días que duró prácticamente la instrucción de dicho sumario, intervino el doctor Salah, según puede constatarse en él, en cinco diligencias; leyó el expediente en unas diez oportunidades, presentó unos doce memoriales acerca de los cuales recayeron cuatro autos, se le llamó varias veces por teléfono a su oficina de abogado, en dos ocasiones por oficio se le pidió su comparecencia en diligencias...".

Solamente pudo haber extremado el doctor Díaz Rubio su celo al no haberle permitido al doctor Salah asistir a la diligencia de careo entre Y. Y. y Z. Z. Quizás el instructor entendió demasiado restrictivamente la siguiente advertencia de la Ley: "El careo debe hacerse sólo entre dos personas" (artículo 376 C. de P. P.). Ciertamente ello es así en esta diligencia que en las investigaciones resulta por lo común de muy escasa utilidad en materia de esclarecimiento. Y la asistencia a ella de quien no está autorizado para tomar parte activa, bien podría considerarse inoficiosa, con lo cual, en ese entendimiento, no se menoscaba el derecho de los apoderados para intervenir —es decir, para actuar— en la práctica de todas las pruebas durante el sumario y durante el juicio (artículo 209 ibidem).

Se acaba de ver que no hubo arbitrariedad imputable al señor Fiscal del Juzgado 3º Superior de Bogotá en la instrucción del sumario por aborto, iniciado el 13 de diciembre de 1951. Lo arbitrario y lo injusto se predica de actos ilegítimos del empleado público que faltó a sus funciones o consumó el atropello contra una persona o contra una propiedad, así como también hay lugar a deducir abuso no de los simples desaciertos al interpretar determinada norma, sino cuando injustificadamente se rehusa, omite, o retarda la ejecución de algo inherente a los deberes del funcionario. Y esto no ha sucedido en el proceso contra el doctor Hernando Díaz Rubio, cuya situación enfoca el señor Procurador Primero Dele-

gado en lo Penal en el siguiente párrafo de su juicioso concepto, en el que encuentra acertada la aplicación del artículo 153 del C. de P. P.

"El doctor Díaz Rubio cumplió con su deber al negarse a aceptar que un mismo abogado representara a dos sindicados de intereses opuestos. El solo hecho de que hubiese ordenado un careo entre ellos indica que existía esa oposición. El apoderado de V. V. tuvo suficientes oportunidades de intervención y fue oído varias veces; si alguna no lo fue y si no intervino en algunas diligencias, ello se debió a dificultades insuperables, a que no tenía derecho de actuar o a que sus memoriales contenían una misma petición que no podía ser considerada a cada momento o simplemente, porque no eran peticiones sino protestas".

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 Agente del Ministerio Público, CONFIRMA la providencia consultada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra — José Amadeo Rey, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

FALTA UNO DE LOS PRESUPUESTOS DE LA ACCION CUANDO NO SE ACREDITA LA CALIDAD DE ABOGADO EN EL PROFESIONAL ACUSADO POR FALTAS CONTRA LA DELICADEZA Y EL DECORO PROFESIONALES

Según los artículos 8º y 9º de la ley 69 de 1945 incurren en infracción —que se sanciona con multa, suspensión del ejercicio de la profesión y cancelación de la matrícula— los abogados que cometan faltas leves contra la delicadeza y el decoro profesionales, o faltas graves en el ejercicio de la profesión. La infracción tiene, pues, completa configuración jurídica cuando una de esas faltas se ha consumado por persona que tenga legalmente el título de abogado. Mediante los citados preceptos quiere el legislador cerrar el paso a procedimientos que relajarían la profesión dicha, con grave perjuicio para quienes acuden a los titulares de ella con el fin de lograr el reconocimiento de sus derechos. De ahí que, en estos casos, para dar aplicación a aquella norma, la prueba principal que debe allegarse a los autos es la referente a la calidad de abogado de la persona acusada, porque si ésta carece de esa calidad no será posible juzgar su conducta con respecto a una profesión a la cual no pertenece o, lo que es lo mismo, no puede fallarse a fondo el negocio por faltar uno de los presupuestos esenciales de la acción.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diecisiete de mayo de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara)

Por sentencia fechada el 19 de diciembre del año próximo pasado, el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali declara que no es el caso de imponer al doctor Jorge Caro Copete ninguna sanción por los cargos que dieron origen a este juicio y en consecuencia lo absuelve. Igualmente declara que no es procedente ninguna investigación criminal. De ese fallo apeló el señor Fiscal y con tal motivo subió el proceso a la Corte. Surtidos aquí los trámites legales se pasa a resolver.

Antecedentes

El 29 de septiembre de 1954 falló la Corte —Sala de Casación Civil— el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal de Cali, de 29 de noviembre de 1952, proferida en el juicio ordinario de la señora Bertha Velasco de Caicedo contra la señorita Ismaelina Triviño; y como encontró en el proceso "huellas de dudosos procederes por parte del abogado Jorge Caro Copete" ordenó al Tribunal que "en el auto en que ordene obedecer y cumplir la presente sentencia dispondrá que se tramite juicio sumario de conformidad con lo previsto en los artículos 8º y 9º de la Ley 69 de 1945, para investigar los hechos a que se hace referencia en la parte motiva y resolverá si es o no el caso de aplicar alguna de las sanciones allí establecidas, sin perjuicio de dar cuenta a los jueces penales si del juicio referido resultare que debe procederse además así".

El Tribunal, procediendo de conformidad, hizo tomar de aquel juicio las copias respectivas y con base en ellas dispuso, por auto de 25 de marzo de 1955, la tramitación del presente negocio. En consecuencia, después de denegar el recurso de reposición y el subsidiario de apelación interpuesto por el doctor Caro Copete contra dicho auto, y luego de haberse recibido copia de la providencia por la cual esta Sala de Negocios Generales no admitió el recurso de hecho sustentado por el propio doctor Caro C., se adelantó el procedimiento recibiendo el memorial de descargos presentado por el sumariado y los testimonios pedidos por él dentro del término probatorio, y obteniendo el concepto del señor Agente del Mi-

nisterio Público. Agotado así el trámite legal profirió el **a quo** su fallo.

El concepto de la Procuraduría Delegada en lo Civil.

Como en muchos otros casos, hace ver en éste el señor Procurador que se omitió traer a los autos la prueba de que el doctor Caro Copete tiene la calidad de abogado sin la cual, dice, es improcedente estudiar a fondo el negocio. Las razones que expone para conceptuar de esta manera y pedir, por lo mismo, la revocatoria del fallo y la devolución del negocio "para los fines a que haya lugar", están consignadas en otros juicios de la misma índole de éste.

La Sala considera:

En efecto, suficientemente conocida es la doctrina en que apoya su concepto la Procuraduría, pues ha sido expuesta en varios fallos. Un resumen de ella bastará, por tanto, como fundamento de la decisión que va a adoptar la Sala.

Según los artículos 8º y 9º de la Ley 69 de 1945 incurren en infracción —que se sanciona con multa, suspensión del ejercicio de la profesión y cancelación de la matrícula— los abogados que cometan faltas leves contra la delicadeza y el decoro profesionales, o faltas graves en el ejercicio de la profesión. La infracción tiene, pues, completa configuración jurídica cuando una de esas faltas se ha consumado por persona que tenga legalmente el título de abogado. Mediante los citados preceptos quiere el legislador cerrar el paso a procedimientos que relajarían la profesión dicha, con grave perjuicio para quienes acuden a los titulares de ella con el fin de lograr el reconocimiento de sus derechos. De ahí que, en estos casos, para dar aplicación a aquellas normas, la prueba principal que debe allegarse a los autos es la referente a la calidad de abogado de la persona acusada, porque si ésta carece de esa calidad no será posible juzgar su conducta con respecto a una profesión a la cual no pertenece o, lo que es lo mismo, no puede fallarse a fondo el negocio por faltar uno de los presupuestos esenciales de la acción.

En este juicio no se ha demostrado que el doctor Jorge Caro Copete sea, efectivamente, abogado titulado e inscrito. El declara esa calidad, en memorial que obra a folios 30 a 34, diciendo que recibió su título "en el Externado de Colombia —Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas— en 27 de noviembre de 1946", y que tiene "licencia para matrícula, expedida por ese H. Tribunal (el de Cali), correspondiente al número 113 del 7 de febrero de 1947"; pero el Tribunal omitió comprobar ese hecho con la copia de la matrícula y la certificación de la inscripción. De ahí que siendo de aplicación en este caso a doctrina de que se viene hablando, no es posible entrar a considerar los motivos que dieron origen a la presente investigación, ni las cuestiones que el doctor Caro C. ha venido planteando. Ellas —se repite— podrían ser analizadas y resueltas siempre y cuando que la calidad de abogado del doctor Caro se hallara demostrada en autos; pero como no aparece esa demostración, sería injurídico decidir a fondo cualquier aspecto sustancial del negocio, ya que el procedimiento breve y sumario está indicado por las disposiciones precitadas para juzgar la conducta de los abogados y no para juzgar el comportamiento social de quien no sea profesional de la ciencia del derecho. El doctor Caro C. —vuelve a decirse— no aparece de autos como abogado titulado e inscrito, de suerte que sobre su conducta nada puede resolverse en este juicio porque se quebrantarían gravemente las normas procesales.

Por todas estas razones la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley REVOCA el fallo proferido en el presente negocio por el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el 19 de diciembre del año próximo pasado y ordena la devolución del proceso para los fines a que haya lugar.

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

Aníbal Cardoso Gaitán — Manuel Buenahora. Roberto Goenaga — Camilo Rincón Lara — Jorge García Merlano, Secretario.

SE REITERA LA DOCTRINA CONSISTENTE EN QUE ES INDISPENSABLE ACREDITAR LA CALIDAD DE ABOGADO EN EL PROFESIONAL ACUSADO POR FALTAS COMETIDAS EN EL EJERCICIO DE LA ABOGACIA

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diecisiete de mayo de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara)

- I -

El señor José Ruiz L. se dirigió, en escrito fechado el 4 de mayo de 1955, al Presidente del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, para poner en conocimiento de esa corporación:

1º — Que en el Juzgado 1º del Circuito Civil cursaban, por aquella fecha, el juicio de sucesión del señor Bernardino Cardoso Valenzuela, y el ordinario sobre filiación natural de Gerardo Romero, contra dicha sucesión, juicios en los cuales el doctor Alfonso Tovar y Tovar representaba ambas partes simultáneamente, pues en el primero era apoderado del albacea y en el segundo llevaba la personería del demandante; y

2º—Que en el Juzgado 2º del mismo Circuito Civil de Neiva se adelantaban, acumulados, los juicios de sucesión de Cornelio Jaramillo, Omaira González de Jaramillo y María Amparo Ortiz de Jaramillo, en los que el citado doctor Tovar y Tovar era partidor, y el doctor Gustavo Salazar T. —socio de Tovar y Tovar en el ejercicio de la profesión— representaba al secuestre.

"De los hechos relatados —expresó el memorialista —los cuales puede comprobar el H. Tribunal haciendo el examen de los respectivos expedientes, se llega a la conclusión de que la actuación del doctor Alfonso Tovar y Tovar es contraria a la ética profesional que, hoy por hoy, el Gobierno Nacional y la H. Corte Suprema de Justicia están empeñados en recuperar en pro de la normalización de las costumbres".

En atención a la queja así formulada y "con el fin de dar cumplimiento a lo preceptuado por el artículo 12 de la ley 69 de 1945" dispuso el Tribunal la citación del señor Ruiz para que prestara el juramento correspondiente y que, hecho esto, se corriera traslado de las diligencias al doctor Tovar y Tovar. Estos ordenamientos fueron cumplidos, así como los concernientes a la apertura del negocio a prueba —en cuyo término tanto el doctor Tovar y Tovar como el señor Ruiz solicitaron varias diligencias que en su mayoría fueron practicadas—, y a los traslados al señor Fiscal. Agotados los trámites legales profirió su fallo el Tribunal **a quo** el 22 de noviembre último, absolviendo al acusado de todos los cargos contra él formulados.

Para que se efectúe la consulta de esa providencia fue remitido el juicio a esta Sala de Negocios Generales por lo cual, terminada como está la tramitación de conformidad con el artículo 502 del C. J., se procede a resolver.

- II -

El señor Procurador Delegado en lo Civil, al evacuar el traslado del negocio, termina conceptuando que debe revocarse el fallo consultado y devolverse el expediente al Tribunal "para los fines consiguientes" porque —dice— la prueba principal en estos juicios —y que no aparece en los autos—, es la de la calidad de abogado de la persona acusada, pues sin esa prueba queda el negocio carente de fundamento esencial toda vez que la finalidad especial y directa de los artículos 8º y 9º de la Ley 69 de 1945 es la de investigar y sancionar las faltas graves o leves cometidas por los abogados en el ejercicio de su profesión. "Este principio —expresa textualmente la Procuraduría— que es de un obvio y claro sentido, ha sido acogido como norma jurisprudencial por esa H. Corte según puede verse en el fallo del 10 de los corrientes dictado en el juicio sumario seguido contra Julio Salinas Micolta por faltas contra la ética profesional, así como también en el fallo del 20 de este mismo mes proferido en el juicio contra Héctor Cuesta Angel, en el cual esa H. Corporación dice que "para poder juzgar la conducta de un abogado según el procedimiento de la Ley 69 de 1945, es fundamental la demostración de que el sujeto pasivo de la acción posee efec-

tivamente aquella calidad, demostración que consiste en la copia de la matrícula y la certificación de la inscripción del profesional ante el respectivo Tribunal". Y más adelante agrega el señor Procurador: "Ahora bien: como en el negocio de la referencia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva omitió traer a los autos —como oficiosamente ha debido hacerlo— la prueba correspondiente sobre la calidad de abogado del acusado Alfonso Tovar y Tovar, resulta absolutamente improcedente entrar a estudiar y decidir en el fondo este negocio. En estas circunstancias lo legal es revocar el fallo consultado, a fin de que el Tribunal pueda proceder de acuerdo con lo expuesto.

- III -

En efecto: la cuestión principal está en no aparecer de autos la prueba de que el ciudadano Alfonso Tovar y Tovar sea abogado titulado e inscrito, porque la falta de esa prueba hace improcedente el estudio de los hechos fundamentales de la queja. Así lo ha resuelto la Sala en varios fallos, como los de 10 y 20 de marzo próximo pasado, 5 y 10 de abril último, proferidos en los juicios sumarios seguidos contra Julio Salinas Micolta, Héctor Cuesta Angel, Luis Escobar Cruz y Wilfrido Castro, respectivamente. Al primero de esos fallos pertenece el siguiente párrafo:

"Ciertamente, las penas señaladas por el artículo 8º de la Ley 69 de 1945 se impondrán "a los abogados que cometieren faltas leves contra la delicadeza y el decoro profesionales"; y las que determina el artículo 9º ibidem se aplican para castigar "las faltas graves cometidas por los abogados en ejercicio de la profesión". Las primeras, como lo tiene expuesto esta Sala, son aquellas que no alcanzan a quebrantar ciertas normas que amparan directamente el manejo de un negocio judicial; las segundas son las que implican "un quebrantamiento de disposiciones expresas en que la ley señala límites que no puede traspasar el abogado...". (G. J. número 2153, p. 231). En ambos casos, pues, la ley exige expresamente que el sujeto pasivo de la acción tenga una calidad esencial: la de abogado. Y es obvio que esta exigencia responde a la finalidad misma de las disposiciones, que es la de cerrar el paso a procederes indelicados o indecorosos en el ejercicio de la profesión, protegiendo así a quienes se sirven de los profesionales para la defensa de sus intereses, desde luego que el comportamiento moral del abogado tiene directas implicaciones en el desempeño de sus obligaciones como tal. De ahí que en las investigaciones que sumaria y brevemente se adelante para dar aplicación a aquellas normas, debe aparecer plenamente demostrada la calidad de abogado en la persona acusada, porque si ésta no tiene dicha calidad se hacen improcedentes las precitadas disposiciones, es decir que, con respecto a ellas, nada a fondo puede resolverse en favor o en contra de la persona contra la cual se ha establecido la queja, porque mal podría condenársele por indelicada o indecorosa, o absolvérsele de esos cargos, si no tiene real y legalmente la calidad de abogado. Faltaría, en ese evento, uno de los presupuestos esenciales de esta especialísima acción".

La calidad de que se ha venido hablando es, pues, indispensable para que la persona contra la cual se ha formulado la queja pueda ser jurídicamente sujeto activo de la infracción. Por tanto, si esa calidad no se halla evidenciada en el juicio, no tiene ninguna finalidad el análisis de los hechos que en la queja se puntualicen, porque faltando elementos tan importantes para la plena configuración de la infracción, no puede imponerse ninguna de las sanciones que determinan los dos preceptos legales tantas veces citados, puesto que, como repetidas veces se ha dicho, lo que el legislador ha querido reprimir es la desmoralización de una profesión organizada y protegida para que abogue pulcramente por el reconocimiento de todos los derechos, sirviendo así a la justicia y consecuencialmente a la tranquilidad social.

Todas estas razones llevan, pues, también en este caso, a la revocatoria del fallo de primera instancia para denegar la petición implícitamente formulada por el señor Ruiz, esto es que se sancione al acusado.

En mérito de lo expuesto la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley REVOCA el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva el 22 de noviembre de 1955 y en su lugar niega las peticiones formuladas en la querella.

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

Aníbal Cardoso Gaitán — Manuel Buenahora. Roberto Goenaga — Camilo Rincón Lara — Jorge García Merlano, Secretario.

SE DECRETA LA NULIDAD DE LO ACTUADO POR NO HABERSE SUSPENDIDO EL PRESENTE JUICIO CIVIL YA QUE ESTA EN CURSO UN PROCESO PENAL CUYA DECISION PUEDE INFLUIR EN LA SOLUCION DEL JUICIO CIVIL.— CUANDO NO SE DECRETA ESTA NULIDAD, SE INCURRE EN VIOLACION DEL ART. 26 DE LA CARTA

1 — Al disponer el art. 11 del C. de P. P. que "si se iniciare la investigación criminal y el fallo que corresponda dictar en la misma pudiera influir en la solución de la controversia civil o administrativa, ésta se suspenderá salvo disposición legal en contrario, hasta que se pronuncie auto de sobreseimiento o sentencia definitiva", le da —como ya lo ha dicho la Sala— prioridad a la acción penal porque en el desarrollo de ella tienen los funcionarios corrrespondientes más amplias facultades. De ahí que si la actividad culposa origina dos clases de acciones, los juzgadores civiles o administrativos no pueden proferir sus fallos mientras en el proceso penal no se haya dictado la sentencia o el sobreseimiento definitivos.

Cierto es que la aplicación de la norma en referencia se condiciona, como ella misma lo expresa, a la posible influencia del fallo penal en la controversia civil o administrativa; pero el sentido lato de la expresión "pudiera influír" lo hace de difícil aplicación a casos concretos; —como también lo tiene dicho esta Sala—, por lo cual lo jurídico es no desatender el precepto y en consecuencia suspender el juicio civil hasta que el penal sea fallado definitivamente.

2 — Es de ineludible cumplimiento el art. 11 del C. de P. P. cuando el juez tiene conocimiento de la existencia del proceso penal. Si no lo hace así, se infringe de esa manera una expresa norma legal, lo que acarrea una irregularidad en el juzgamiento por falta de las formalidades propias del juicio, que de acuerdo con el art. 26 de la Carta constituye nulidad de lo actuado. Esta ha sido la doctrina de la Corte expuesta, entre otros, en fallo de febrero 23 de 1955 (G. J. LXXIX 630 y ss).

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales. Bogotá, diez y nueve de mayo de mil novecientos cincuenta y seis.

Magistrado ponente Dr. Camilo Rincón Lara.

— I —

En ejercicio del poder que le confirió la señora Isabelina Torres de Rincón, madre legítima de la menor impúber Elvia Rincón Torres, demandó el doctor Luis Carlos Vásquez R. a la Intendencia Nacional del Meta, el 20 de abril de 1953 ante el H. Tribunal Superior de Bogotá, para que en sentencia definitiva y previos los trámites legales de un juicio ordinario de mayor cuantía se declarara a la entidad demandada civilmente responsable del accidente de tránsito ocurrido en la ciudad de Villavicencio el 18 de noviembre de 1950, —a consecuencia del cual sufrió gravísimas lesiones la citada menor—, y se le condenara a pagar a la lesionada $ 120.000.00, o la cantidad que pericialmente se determinara en el juicio, por los perjuicios materiales y morales objetivados, más $ 2.000.00 por concepto de perjuicios morales o subjetivos, y a la señora Torres de Rincón $ 2.000 por perjuicios morales subjetivos o de simple afección.

Como hechos fundamentales de la acción refirió el demandante: que el sábado 18 de noviembre de 1950 recorría la ciudad de Villavicencio el Secretario de Obras Públicas de la Intendencia del Meta, Sr. Humberto Mesa Loayza, manejando personalmente una camioneta de dicha Intendencia; que más o menos a la una de la tarde, en un sitio cercano a la esquina de la calle 5ª con la carrera 3ª el vehículo se desvió intempestivamente hacia el andén y sobre él arrolló a la menor Elvia Rincón Torres y le fracturó los miembros inferiores; que con motivo de esas fracturas le fueron amputadas las piernas a la menor, en el Hospital Monfort, en el que permaneció en tratamiento continuo hasta el 8 de noviembre de 1951,

y luego en observación médica durante cinco meses.

El Tribunal admitió la demanda por auto fechado el 28 de aquel mismo mes de abril; por tanto dio trámite al juicio y profirió su fallo de 22 de octubre de 1955 declarando no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada y haciendo, en cambio, contra ésta, las declaraciones y condenaciones pedidas, menos la referente al pago de perjuicios morales objetivados. Además dispuso que la cuantía de los perjuicios materiales se liquide mediante el procedimiento indicado por el art. 553 del C. J.

Oportunamente las partes interpusieron contra ese fallo el recurso de apelación y como les fue concedido se remitió el expediente a esta Sala. Surtidos aquí los ordenamientos procesales se procede a resolver y con tal fin se considera:

— II —

En el cuaderno Nº 2, formado con las pruebas pedidas ante el a quo por la parte actora, obran en copia auténtica varias diligencias correspondientes al sumario que el señor Juez Penal del Circuito de Villavicencio adelanta contra el señor Humberto Mesa Loayza por las lesiones causadas a la menor Elvia Rincón Torres en el accidente de tránsito ya referenciado. Entre tales diligencias se encuentra el auto del H. Tribunal Superior de Bogotá, fechado el 7 de noviembre de 1952, por el cual se revoca el sobreseimiento definitivo proferido a favor del sindicado el 3 de septiembre anterior, y en su lugar se sobresee temporalmente y se declara reabierta la investigación.

El folio 3 del C. Nº 3 contiene la siguiente certificación dada por el Juez Penal del Circuito de Villavicencio el 13 le enero de 1954:

"Que según constancias que aparecen en los LL. RR. de este juzgado el día diez y ocho (18) de noviembre de mil novecientos cincuenta (1950) se iniciaron diligencias sumarias en la Dirección de Circulación y Tránsito de la localidad contra HUMBERTO MESA LOAIZA, por el delito de "Lesiones Personales en accidente de Tránsito". En providencia de fecha tres (3) de septiembre de mil novecientos cincuenta y dos (1952), este Despacho sobreseyó definitivamente al sindicado. En providencia de fecha siete (7) de noviembre de mil novecientos cincuenta y dos, el H. Tribunal Superior de Cundinamarca revocó el auto consultado y en su lugar sobreseyó temporalmente al sindicado Mesa Loaiza, declarando a su vez reabierta la investigación. En la fecha se encuentran dichas diligencias en la Inspección de Circulación y Tránsito de la localidad, a donde se pasaron por orden de este Despacho, dando así cumplimiento al art. 438 del C. de P. P."

En el C. Nº 4 (pruebas pedidas en primera instancia por la entidad demandada) también se recogieron, en copia, varias de las diligencias practicadas dentro del proceso penal, como la inspección ocular llevada a cabo el 18 de noviembre de 1950 por el Director de Circulación y Tránsito de Villavicencio y la reconstrucción del accidente, verificada por el Inspector 3º Municipal de Policía el 13 de marzo de 1951.

Y en el C. Nº 8, correspondiente a las pruebas pedidas por el demandante en esta instancia, se lee la siguiente información suscrita por el secretario del Juzgado Penal del Circuito de Villavicencio en el despacho que a éste se le libró para que diera copia del auto de enjuiciamiento dictado contra Mesa Loayza:

"En providencia de fecha julio ocho de mil novecientos cincuenta y cinco, este despacho abrió causa criminal por el delito de Lesiones Personales, contra Humberto Mesa Loayza; dicho auto se halla sin ejecutoriar ya que no ha sido posible su notificación, y no se han recibido respuestas de los telegramas y oficios de las diferentes autoridades a quienes se solicitó su comparecencia, para así poder pasar el negocio de la referencia al despacho para efectos de declarar reo ausente al sindicado Mesa Loayza".

Es de anotar aquí que, en vista de esta información, se abstuvo el Juzgado de ordenar la copia del enjuiciamiento, pues al acceder la Sala a solicitarla se advirtió al funcionario que debía expedirla si con ella no se violaba la reserva del sumario.

Todas estas diligencias hacen ver que cuando se entabló la presente acción ordinaria hacía más de dos años se seguía contra el autor del accidente, señor Mesa Loayza, la acción penal correspondiente, y que ésta no estaba definida cuando el Tribunal profirió contra la Intendencia del Meta el fallo atrás mencionado.

— III —

El señor apoderado de la entidad demandada, al formular sus alegaciones en esta instancia, se detiene, en primer término, sobre el precepto contenido en el art. 11 del C. de P. Penal; transcribe, al respecto, algunos apartes del fallo proferido por esta Sala el 6 de diciembre último y pide,

en consecuencia, la suspensión de este juicio civil. En cambio la contraparte, también en su alegato de conclusión, después de criticar la lentitud en el trámite de la acción penal sostiene que sería aberrante suspender el juicio en espera de un hipotético fallo penal; y agrega que, afortunadamente, la Corte no tendrá para qué suscitar de nuevo esta cuestión por estar decidida en auto ejecutoriado del Tribunal **a quo**.

Ciertamente el Tribunal, en auto de 17 de enero de 1955, (folios 73 vto. a 78 del C. Nº 1) negó la suspensión del juicio pedida por el Sr. Fiscal; éste apeló de dicho proveído, pero la Corte se abstuvo de decidir el recurso por carecer el apelante de personería para actuar a nombre de la entidad demandada (fls. 8 del C. Nº 5). Sinembargo, esa providencia no entraba jurídicamente la decisión que ahora va a adoptar la Sala, por las razones que a continuación van a exponerse.

— IV —

Al disponer el art. 11 del C. de P. Penal que "Si se iniciare la investigación criminal y el fallo que corresponda dictar en la misma pudiera influír en la solución de la controversia civil o administrativa, ésta se suspenderá salvo disposición legal en contrario, hasta que se pronuncie auto de sobreseimiento o sentencia definitiva", le dá —como ya lo ha dicho la Sala— prioridad a la acción penal porque en el desarrollo de ella tienen los funcionarios correspondientes más amplias facultades. De ahí que si la actividad culposa origina dos clases de acciones, los juzgadores civiles o administrativos no pueden proferir sus fallos mientras en el proceso penal no se haya dictado la sentencia o el sobreseimiento definitivos.

Cierto es que la aplicación de la norma en referencia se condiciona, como ella misma lo expresa, a la posible influencia del fallo penal en la controversia civil o administrativa; pero el sentido lato de la expresión "pudiera influír" la hace de difícil aplicación a casos concretos, —como también lo tiene dicho esta Sala—, por lo cual lo jurídico es no desatender el precepto y en consecuencia suspender el juicio civil hasta que el penal sea fallado definitivamente.

Sin duda alguna el legislador, al estatuír la norma en mención, quiso evitar que se produzcan entre los jueces civiles y los jueces penales fallos contradictorios, porque ello sería contrario a la recta administración de justicia y a la necesaria armonía de las reglas por las cuales estructura el Estado el imperio de su jurisdicción.

Era, pues, de ineludible cumplimiento por parte del Tribunal, el art. 11 del C. de P. P. ya que, —se repite—, dicha corporación estaba debidamente enterada, antes de fallar el presente juicio, de la existencia del proceso penal. No lo hizo así, sinembargo, luego decidió prematuramente la acción civil infringiendo de esa manera una expresa norma legal, lo que acarrea una irregularidad en el juzgamiento por falta de las formalidades propias del juicio, que de acuerdo con el art. 26 de la Carta constituye nulidad de lo actuado desde la sentencia de primera instancia, inclusive. Esta ha sido la doctrina de la Corte expuesta, entre otros fallos, en el de fecha 23 de febrero de 1955, publicado en la G. J. Nº 2150, págs. 630 y siguientes, en el cual se dijo:

"Efectivamente, la Sala se funda en la norma del artículo 26 de la Constitución la cual exige tres requisitos para pronunciar una sentencia condenatoria: primero, la ley preexistente; segundo, el Tribunal competente, y tercero, la plena observancia de las formas propias de cada juicio.

"Aquí no se puede dudar de que se realizan los dos primeros requisitos, pero no ocurre lo mismo en cuanto al último porque los ya citados artículos 11 y 24 del C. de P. Penal exigen perentoriamente que en los juicios sobre responsabilidad civil extracontractual, si la actividad culposa ha dado origen a dos clases de acciones, no se tome en el fuero civil la decisión de fondo mientras no se conozca lo resuelto por la justicia en el fuero penal, de acuerdo con la doctrina del auto de 24 de septiembre de 1946, arriba copiado.

"La violación de estas normas constitucionales vicia la actuación, conforme a principios universales que la jurisprudencia nacional ha reconocido constantemente. Porque resulta manifiesto que el previo pronunciamiento sobre la responsabilidad de orden penal para que pueda resolverse acerca de la responsabilidad en el orden civil, constituye una forma propia de este último juicio que debe observarse y aquí no lo fue".

En mérito de lo expuesto esta Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia declara nulo todo lo actuado en el presente juicio desde la sentencia, inclusive, pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá el 22 de octubre de 1955, y en su lugar dispone suspender este pro-

ceso hasta que se profiera sobreseimiento o sentencia definitiva en el negocio penal que cursa en el juzgado Penal del Circuito de Villavicencio contra Humberto Mesa Loayza, como sindicado de las lesiones personales causadas a la menor Elvia Rincón Torres.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán — Manuel Bcenahora. Roberto Goenaga — Camilo Rincón Lara. — Jorge García Merlano, Secretario.

NO SE REPONE EL AUTO ANTERIOR. — CUANDO ES PROCEDENTE EL RECURSO DE SUPLICA. — ANTES DE DECIDIR SOBRE EL FALLO DE PRIMER GRADO, EL SUPERIOR TIENE FACULTAD PARA DECRETAR LAS NULIDADES QUE ENCONTRARE PROBADAS

1 — "La súplica no es un recurso concurrente con el de reposición, ni tampoco subsidiario de él, como equivocadamente lo ha entendido el abogado reclamante; la súplica es respecto 'de los autos interlocutorios que dicta un Magistrado cuando no procede como juez AD QUEM' (art. 511) lo que la reposición para los autos interlocutorios proferidos como juez del recurso y los de pura y simple sustanciación; recursos independientes y oponibles cada uno, según la naturaleza del auto de que se trate". (Autos, S. N. G., febrero 7 de 1954). Así, pues, este recurso no procede contra el auto que decretó la nulidad por haber sido proferido por toda la Sala de acuerdo con el inc. 2º, art. 455 de C. J.; contra dicho auto sólo procede el recurso de reposición (art. 488 ibidem).

2 — Sobre lo que hoy es para la Corte causal de nulidad, —o sea, el no haberse suspendido el juicio de conformidad con el art. 11 C. de P. P.— se pronunció el A QUO considerando que no era el caso de decretar tal suspensión y, en consecuencia, denegándola; y ese antecedente procesal le sirve al apoderado de la parte actora para argumentar que la Sala no puede ahora tocar esa cuestión y por lo mismo debe revocar el auto por el cual se declaró la nulidad y decidir en su lugar que el juicio siga su curso normal. Es decir que, en concepto del apoderado, la causal en referencia quedó jurídicamente eliminada con el precitado auto del Tribunal.

No puede la Sala aceptar ese argumento, pues son varias las razones que tiene para considerar que el hecho de haberse negado la suspensión por auto proferido con anterioridad al fallo de primer grado, y la circunstancia de quedar surtida la ejecutoria de ese auto, no son motivos legales para impedirle la declaratoria de nulidad. El previo pronunciamiento sobre la responsabilidad de orden penal para que pueda resolverse acerca de la responsabilidad en el orden civil constituye una forma propia del juicio civil, de manera que si en éste se toma la decisión de fondo antes de conocerse lo resuelto por la justicia penal, se infringe la norma del art. 26 de la Carta, según la cual para pronunciar sentencia condenatoria se requiere, entre otros requisitos, el de la plena observancia de las formas propias de cada juicio, y esa infracción vicia de nulidad sustancial la actuación. Luego siendo esto así, el proveído del Tribunal en virtud del cual se denegó la suspensión, no puede, de ninguna manera, recortarle a la Sala la facultad que expresamente le da la ley para resolver sobre las nulidades que encuentre en el juicio.

En efecto: por mandato del art. 455 del C. J., si antes de decidir sobre lo principal de un juicio, se observa que existe alguna causal de nulidad, se invalida el juicio (siguiendo el procedimiento indicado en dicho artículo, o de plano si la ratificación no es viable) desde el estado que tenía cuando ocurrió la causal. A este respecto ha dicho la Sala:

"Si en general el superior sólo puede conocer del asunto objeto del recurso, por excepción le permite el C. J., para que los procesos no adolezcan de irregularidades sustanciales, que también pueda entender en la nulidad de lo actuado en el juicio, pero siempre que el negocio haya llegado a su estudio por apelación de la sentencia de primer grado" (G. J. LXVI, 780).

Es obvio, pues, que en cumplimiento de tan expresa y terminante facultad, la jurisdicción del superior no puede estar limitada o restringida por las mismas actuaciones que él debe revisar, precisamente para invalidarlas si adolecen de algún vicio, porque entonces perdería la norma en mención su plena eficacia, pues serían muchos los casos

en los cuales, a pesar de observarse una causal de nulidad, no podría ser declarada por el AD QUEM si en el juicio se hubiera pronunciado el inferior desestimando sus elementos configurativos.

De lo expuesto se concluye que la Sala no sólo podía estudiar, como lo hizo, lo relacionado con la aplicación de la norma que ordena la suspención del juicio civil, sino que estaba en la obligación legal de declarar la nulidad, tal como la declaró en el auto cuya revocatoria pide el señor apoderado de la parte actora.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, veinte de junio de mil novecientos cincuenta y seis.

Magistrado ponente Dr. Camilo Rincón Lara

Contra el auto proferido por la Sala en este negocio con fecha 19 de mayo próximo pasado, —mediante el cual se declaró la nulidad de lo actuado desde la sentencia de primera instancia, inclusive—, ha interpuesto el apoderado de la parte actora los siguientes recursos:

"a) El de **reposición** que consagra en forma general el artículo 488 del Código de Procedimiento Civil, por dirigirse contra un auto interlocutorio; y

"b) En subsidio, el de súplica que consagra el artículo 511 del mismo Código, porque entiendo que la Honorable Sala **no** procedió como Juez **ad quem** al suscribir la citada resolución de diez y nueve de los corrientes, puesto que la cuestión incidental allí planteada y resuelta no es precisamente ni está comprendida dentro de la sujeta materia de la apelación contra la sentencia definitiva de primer grado, a que está circunscrita la jurisdicción de la H. Corte, en el expresado recurso de apelación.

"Por medio de estos recursos aspiro a que la H. Sala reconsidere y **revoque** la mentada resolución y decida en su lugar que el juicio siga su curso normal, pasando de nuevo para sentencia de segundo grado".

De conformidad con el citado art. 488 se dispuso que el memorial del recurrente permaneciera en la Secretaría de la Sala por el término de dos días, a disposición de la contraparte; y cumplido como está ese ordenamiento, es el caso de proceder al estudio y resolución correspondientes.

El recurso que pasa a considerar la Sala es el de reposición por ser el procedente de conformidad con el citado artículo 488 del C. J. El de súplica no es admisible pues está instituído únicamente para los autos interlocutorios "que dicte un Magistrado cuando no procede como Juez **ad quem**", y el mencionado auto de nulidad fue proferido por toda la Sala de conformidad con el inciso 2º del art. 455 del C. J. Además, "la súplica no es un recurso concurrente con el de reposición, ni tampoco subsidiario de él, como equivocadamente lo ha entendido el abogado reclamante; la súplica es respecto "de los autos interlocutorios que dicte un Magistrado cuando no procede como juez **ad quem**" (art. 511) lo que la reposición para los autos interlocutorios proferidos como juez del recurso y los de pura y simple sustanciación; recursos independientes y oponibles cada uno, según la naturaleza del auto de que se trate". (Auto, S. de N. G. febrero 7|54.)

El recurrente principia por manifestar que aceptando, en hipótesis, que los artículos 11 y 24 del C. de P. P. establezcan, en general, un requisito previo para el pronunciamiento definitivo sobre una acción civil, es indudable que esa formalidad constituye apenas "una defensa o excepción de carácter temporal, una especie de petición antes de tiempo" que conduce únicamente a diferir o prolongar la acción civil mientras se falla la penal; por tanto, como mera cuestión incidental dentro del juicio civil, debe ser definida antes del fallo de primer grado, a fin de evitar posteriores complicaciones en la actuación. Y agrega: "Así lo entendió el H. Tribunal del conocimiento del presente juicio y con tal criterio procesal dictó su admirable y razonada providencia de fecha 17 de enero de 1955 (fls. 73 vto. a 78 del C. Nº 1) en que expresamente negó la suspensión del presente juicio por el motivo alegado oficiosamente ahora en vuestra providencia, es decir, por hallarse pendiente la investigación penal iniciada desde el 18 de noviembre de 1950 contra el autor personal del atropello cometido en la persona de la menor ELVIA RINCON T. Esta providencia, basada en jurisprudencias de la H. Corte y en la doctrina científica de muchos expositores, extranjeros y nacionales, quedó legalmente **ejecutoriada** ante el Tribunal del conocimiento y es **firme**, y con ella ha precluído dentro del presente juicio civil la respectiva incidencia previa referente a la suspensión de la causa civil". En segundo término se limita el recurrente a solicitar de la Sala una más amplia exposición de las razones jurídicas y legales que la llevaron a cambiar, sobre la cuestión en controversia, la antigua jurisprudencia, por la expuesta en el fallo de 23 de fe-

brero de 1955 y en la cual está apoyado el auto de nulidad.

Ciertamente, sobre lo que hoy es para la Corte causal de nulidad, —o sea el no haberse suspendido el juicio de conformidad con el art. 11 del C. de P. P.—, se pronunció el **a quo** el 17 de enero de 1955 considerando que no era el caso decretar tal suspensión y, en consecuencia, denegándola; y ese antecedente procesal le sirve al apoderado de la parte actora para argumentar, como se ha visto, que la Sala no puede ahora tocar esa cuestión y por lo mismo debe revocar el auto por el cual se declaró la nulidad y decidir en su lugar que el juicio siga su curso normal. Es decir que, en concepto del señor apoderado, la causal en referencia quedó jurídicamente eliminada con el precitado auto del Tribunal.

No puede la Sala aceptar ese argumento, pues son varias las razones que tiene para considerar que el hecho de haberse negado la suspensión por auto proferido con anterioridad al fallo del primer grado, y la circunstancia de quedar surtida la ejecutoria de ese auto, no son motivos legales para impedirle la declaratoria de nulidad. El previo pronunciamiento sobre la responsabilidad de orden penal para que pueda resolverse acerca de la responsabilidad en el orden civil constituye, como se dejó expuesto en el auto cuya reposición se solicita, una forma propia del juicio civil, de manera que si en éste se toma la decisión de fondo antes de conocerse lo resuelto por la justicia penal, se infringe la norma contenida en el art. 26 de la Carta. según la cual para pronunciar sentencia condenatoria se requiere, entre otros requisitos, el de la plena observancia de las formas propias de cada juicio, y esa infracción vicia de nulidad sustancial la actuación. Luego siendo esto así, el proveído del Tribunal en el que en virtud de la respetable pero equivocada interpretación del art. 11 del C. de P. P. se denegó la suspensión, no puede, de ninguna manera, recortarle a la Sala la facultad que expresamente le da la ley para resolver sobre las nulidades que encuentre en el juicio.

En efecto: por mandato del art. 455 del C. J., si antes de decidir sobre lo principal de un juicio, se observa que existe alguna causal de nulidad, se invalida el juicio (siguiendo el procedimiento indicado en dicho artículo, o de plano si la ratificación no es viable) desde el estado que tenía cuando ocurrió la causal. Y con respecto a esa disposición dijo esta misma Sala en auto inserto en la pág. 780, Tomo LXVI de la G. Judicial:

"Si en general el superior sólo puede conocer del asunto objeto del recurso, por excepción le permite el C. J., para que los procesos no adolezcan de irregularidades sustanciales, que también pueda entender en la nulidad de lo actuado en el juicio, pero siempre que el negocio haya llegado a su estudio por apelación de la sentencia de primer grado".

Es obvio, pues, que en cumplimiento de tan expresa y terminante facultad, la jurisdicción del superior no puede estar limitada o restringida por las mismas actuaciones que él debe revisar, precisamente para invalidarlas si adolecen de algún vicio, porque entonces perdería la norma en mención su plena eficacia, pues serían muchos los casos en los cuales, a pesar de observarse una causal de nulidad, no podría ser declarada por el **ad quem** si en el juicio se hubiera pronunciado el inferior desestimando sus elementos configurativos.

De lo expuesto se concluye que la Sala no sólo podía estudiar, como lo hizo, lo relacionado con la aplicación de la norma que ordena la suspensión del juicio civil, sino que estaba en la obligación legal de declarar la nulidad, tal como la declaró en el auto cuya revocatoria pide el señor apoderado de la parte actora.

Estima el recurrente que la Sala debe exponer con más amplitud los fundamentos jurídicos de su doctrina sobre nulidad en estos casos. A pesar de que tales fundamentos son suficientemente conocidos de jueces y abogados, pues están consignados en muchos fallos, se reproducen los siguientes apartes correspondientes a una de aquellas providencias en las cuales ha venido tratando la Corte, con sumo cuidado y detenimiento, cuestión tan importante.

En auto de seis de diciembre de 1955, inserto a folios 991 a 995 del Tomo LXXXI de la Gaceta Judicial se dijo:

"No niega la Sala que teóricamente exista la diferencia a que se alude, entre la culpa penal y la culpa civil, respecto de una persona y su acto, pero hay que observar que la ley procesal colombiana subordina claramente la responsabilidad civil por culpa a la declaración que haga el juez penal, si su fallo puede influír en la solución de la controversia civil (artículo 11, C. de P. P.) Existen dos vías para el perjudicado que reclama indemnización. O bien la pide dentro del juicio penal (artículo 24 ibidem), o inicia la acción civil separadamente, y en este caso ha de hacerse después que el juez penal ha proferido su decisión. Es pues regla general la de que para que

proceda la indemnización civil, el juez penal agote el estudio y el trámite de su incumbencia, reconociéndose la indemnización civil en el juicio penal, por el mismo juez que ha calificado la investigación, o por el juez civil, cumplido el presupuesto del conocimiento por el juez penal.

"Esta regla es general e informa como principio dominante el sistema que el legislador establece en lo que se refiere al reclamo de perjuicios civiles con origen en un hecho presumiblemente punible que pueda acarrear tal género de responsabilidad civil".

. . . . . .

"Es cierto, como lo anota el recurrente, que aunque no ha plasmado en la ley la distinción entre la culpa penal y la civil para objeto distinto al contemplado en las normas citadas de procedimiento, ello no sería óbice a que la doctrina abriera el paso a una reforma legal. Sin embargo, al hacerlo, el juez o Tribunal podría invadir un campo reservado por el legislador, que solamente dispuso, como norma clara, suspender el juicio civil cuando lo que se resuelva en el penal "pueda influír" en la solución de la controversia civil. Expresión ésta tan sumamente lata, de difícil aplicación a casos concretos, porque si el juez civil reputa v. gr. que el acto de una persona debe apreciarse independientemente de la declaración sobre si lo realizó en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima, está expuesto a que el juez penal haga una declaración en esa materia, que al calificar el hecho o las circunstancias en que se cumplió, llegue a deducciones que deben influír en el criterio del sentenciador civil. De donde se infiere que la naturaleza de estos asuntos impone esperar el fallo de la justicia penal. Que pueda incoarse la acción civil después de una absolución o sobreseimiento penal, no es razón para que, sin haberse terminado la investigación penal, proceda fallar la acción civil..."

Sostiene, pues, esta Sala de Negocios Generales, una vez más, la doctrina en mención y de ahí que niegue la reposición del auto fechado el 19 de mayo último.

En cuanto al recurso de súplica no es el caso de considerarlo, por las razones ya expuestas.

Cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

Aníbal Cardoso Gaitán — Manuel Buenahora. Roberto Goenaga — Camilo Rincón Lara — Jorge García Merlano, Secretario.

CASO EN QUE SE HAN ACUMULADO ACCIONES, DE LAS CUALES UNA SE SUSTRAE AL CONOCIMIENTO DEL CONSEJO DE ESTADO, POR VIRTUD DE LA DECLARATORIA DE INEXEQUIBILIDAD DE ALGUNOS ARTICULOS DE LA LEY 167 DE 1941

La acumulación de dos acciones, una que se dirige a obtener el pago de perjuicios por daños causados a consecuencia de trabajos públicos, y otra al pago de zonas de terrenos ocupadas de modo permanente con motivo de tales trabajos, es legal al tenor del artículo 209 del C. J., tanto porque la jurisdicción contencioso administrativa era competente para conocer de ellas, como porque podían sustanciarse bajo una misma cuerda por seguir un mismo procedimiento. Si esto es así, no hay duda que la actuación surtida hasta el momento en que se produjo el fallo de inexequibilidad de los artículos 261 a 269 de la ley 167 de 1941, 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, fue válida y surte por consiguiente todos sus efectos legales. Porque el fallo de inexequibilidad deja sin vigencia la ley para el futuro, pero no afecta o invalida los actos realizados durante su aplicación. Principio éste que se reitera en los considerandos del Decreto 0269 de 1956, al trascribir en ellos lo pertinente de dicho fallo.

Esto es bastante para concluir que no hay base legal alguna para declarar nula o sin validez la actuación legalmente adelantada por la jurisdicción contencioso administrativa. Pero es evidente también que la justicia ordinaria no es competente para conocer de las acciones indemnizatorias por daños ocasionados por trabajos públicos. La solución, por consiguiente, no puede consistir en una declaración de nulidad de lo que conforme a la ley es válido. En casos como el actual, lo jurídico es seguir un procedimiento en que, consultando el interés de las partes, la economía procesal y la efectividad de los derechos, se decida cada una de las acciones por quien legalmente tiene facultad para ello. Así, la justicia ordinaria fallará los negocios sobre indemnización por ocupación permanente de la propiedad inmueble y los otros perjuicios que con ella se causen por el trabajo público, y la jurisdicción administrativa, los asuntos que versen únicamente sobre indemnización por daños. Por lo cual una vez fallado lo primero, se dispondrá pasar la actuación a los tribunales administrativos o al Consejo de Estado, para que decidan sobre lo de su competencia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, mayo veintiseis de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Al formular su vista de fondo en este asunto, el señor Procurador Delegado en lo Civil anota que en él existe una causal de nulidad, por incompetencia de jurisdicción, que es preciso decretar.

Llega la Procuraduría a tal conclusión al observar que en el juicio aparecen acumuladas dos acciones: una que se dirige a obtener el pago de perjuicios por daños causados a consecuencia de trabajos públicos, y otra al pago de zonas de terrenos ocupadas de modo permanente con motivo de tales trabajos; acciones que si antes podían acumularse legal y jurídicamente al tenor de lo establecido por el artículo 209 del Código Judicial, puesto que para conocer de ambas era competente la jurisdicción de lo contencioso administrativo, hoy, después de haberse proferido por la Corte Suprema de Justicia la inexequibilidad de varias disposiciones de la ley 167 de 1941 (sentencia de 20 de junio de 1955), tal acumulación de acciones resulta indebida, porque a la justicia ordinaria le corresponde conocer tan sólo

de las indemnizaciones por perjuicios con motivo de la ocupación permanente de la propiedad pripada por la administración pública, y a la justicia contencioso-administrativa las acciones sobre indemnización de perjuicios por daños producidos a consecuencia de trabajos públicos.

La nulidad por incompetencia de jurisdicción, así propuesta, es inallanable, y por consiguiente procede resolver de plano.

Para mejor inteligencia del punto sometido a la decisión de la Sala, importa transcribir las peticiones de la demanda. Son ellas:

Que se condene a pagar:

"1º—El valor de los daños y perjuicios de todo orden causados por el Municipio de Barichara, con motivo de la construcción de la carretera Barichara-Cabrera, en las propiedades de **Felipa Hernández viuda de Camargo, Ana Francisca Camargo Hernández, Fernanda Camargo Hernández y Matilde Camargo Hernández,** en la cuantía que se demuestre durante el juicio, así:

"a) A Felipa Hernández viuda de Camargo, el valor de la zona ocupada por la carretera en referencia, sobre la **cuadra** de terreno denominada 'El Estanquito', de propiedad de la mencionada señora, y el valor de las cercas derribadas por causa de la construcción de la misma carretera, el valor del nuevo cerramiento de la expresada cuadra que fue levantado a expensas de la propietaria después de la construcción de la carretera en mención, más el valor de la tierra sacada de la misma **cuadra** para hacer terraplenes y rellenos de la carretera, y el precio de la desvalorización sufrida por la cuadra al ser partida por la referida carretera;

"b) A Matilde Camargo Hernández, el valor de la zona ocupada por la carretera en un solar de su propiedad, el valor de las tapias o paredes y cercas derribadas por causa de la construcción de la carretera, el valor de las tapias y cercas necesarias para el nuevo cerramiento del solar que haya levantado la propietaria o que sea necesario levantar para el cerramiento, después de la obra de la carretera, el valor de las obras para encauzar las aguas lluvias en defensa del suelo correspondiente al mismo solar, y el precio de la desvalorización sufrida por el mismo solar, al ser cruzado por la carretera y fraccionado;

"c) A Ana Francisca Camargo Hernández, el valor de los daños causados en su casa del barrio de 'El Estanquito' en la población de Barichara, la formación de callejón por la obra de la carretera y la erosión causada por esas mismas aguas sobre los embaldosados de la casa, más el valor de las obras de defensa para proteger las baldosas de la acera de la casa y evitar el derrumbamiento de las paredes de la misma casa; también el precio de la desvalorización sufrido por dicha casa al pasar por su frente la carretera, alterando la tranquilidad de sus moradores y exponiéndola al polvo que levantan los vehículos así como a accidentes de diversa índole con relación al tránsito de tales vehículos;

"d) A Ana Francisca Camargo Hernández y a Matilde Camargo Hernández por partes iguales para cada una, el valor de la zona ocupada por la carretera en su potrero denominado 'El Placer', el valor de las cercas de piedra derribadas con ocasión de la obra de la carretera, el valor de las nuevas cercas construídas para el cerramiento del mismo potrero a expensas de sus propietarias, el valor de los cultivos y pastos existentes cuando se inició la construcción de la carretera, y la cuantía de la desvalorización sufrida por el potrero al ser cruzado por la carretera quedando fraccionado en dos porciones, y una de éstas destituída de comunicación con la única fuente de abastecimiento de agua para el servicio del mismo potrero".

Estas peticiones demuestran indudablemente que las acciones ejercitadas son diversas en cuanto a la causa que las determina. Concretamente en la petición marcada con la letra c), se persigue una indemnización por daños y no por ocupación permanente de la propiedad privada. Esta acumulación de acciones, que tienen una causa distinta, es, o fue, como acertadamente lo anota la Procuraduría, jurídica y legalmente ejercitada al tenor de lo dispuesto por el artículo 209 del Código Judicial, tanto porque la jurisdicción de lo contencioso administrativo era competente para conocer de ellas, como porque podían sustanciarse bajo una misma cuerda por seguir un mismo procedimiento. Bajo tal jurisdicción se tramitó y falló el negocio en sentencia de 28 le agosto de 1954 (fs. 15 a 20 del cuaderno número 2), y pasó al Consejo de Estado, igualmente competente, por apelación interpuesta por el señor Personero del Municipio demandado. En esta última corporación se adelantó el trámite pertinente hasta el momento en que por virtud del fallo de inexequibilidad de los artículos 261 a 268 de la ley 167 de 1941 (en cuanto reglamentaba 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), hubo de pasar a esta Sala de la Corte.

Si la acumulación de acciones en la demanda fue legal, como queda establecido, no hay duda que la actuación surtida hasta el momento en que se produjo el fallo de inexequibilidad mencionado, fue válida y surte por consiguiente todos sus efectos legales. Porque el fallo de inexequibilidad deja sin vigencia la ley para el futuro, pero no afecta o invalida los actos realizados durante su aplicación. Principio éste que se reitera en los considerandos del Decreto 0293 de 1956, al transcribir en ellos lo pertinente del fallo de inexequibilidad, que dice. "...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. 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". Y continúan los considerandos del Decreto así: "Que de lo anterior se concluye la plena validez de las actuaciones cumplidas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, así como también que ésta es competente para seguir conociendo de los juicios a que se ha hecho referencia".

Esta transcripción es bastante a concluir que no hay base legal alguna para declarar nula o sin validez la actuación legalmente adelantada por la jurisdicción contenciosa administrativa. Pero es evidente también que la justicia ordinaria no es competente para conocer de las acciones indemnizatorias por daños ocasionados por trabajos públicos. La solución, por consiguiente, no puede consistir en una declaración de nulidad de lo que conforme a la ley es válido. En casos como el actual, lo jurídico es seguir un procedimiento en que, consultándose el interés de las partes, la economía procesal y la efectividad de los derechos, se decida cada una de las acciones por quien legalmente tiene facultad para ello. Así, la justicia ordinaria fallará los negocios sobre indemnización por ocupación permanente de la propiedad inmueble y los otros perjuicios que con ella se causen por el trabajo público, y la jurisdicción administrativa, los asuntos que versen únicamente sobre indemnización por daños. Por lo cual una vez fallado lo primero, se dispondrá pasar la actuación a los tribunales administrativos o al Consejo de Estado, para que decidan sobre lo de su competencia.

Este juicio habrá de fallarse pues, en consonancia con las peticiones de la demanda, a excepción de la señalada con la letra c) del punto 1º, que es la que trata de indemnización por daños a la casa de una de las demandantes.

Por las razones expuestas, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia NIEGA la declaración pedida de nulidad de lo actuado por incompetencia de jurisdicción.

Ejecutoriada esta providencia, vuelva el negocio al despacho para resolver lo que sea del caso.

Cópiese y notifíquese.

Aníbal Cardoso Gaitán — Manuel Buenahora. Roberto Goenaga — Camilo Rincón Lara. — El Secretario, **Jorge García Merlano.**

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

JUICIO EJECUTIVO. — LA SOLA PROVIDENCIA QUE DECRETA LA EXPROPIACION DE UN BIEN, JUNTO CON EL AVALUO SIN OBJECIONES DE DICHO BIEN, NO CONSTITUYEN TITULO EJECUTIVO

1.—El artículo 982 del C. J. es muy claro al estatuir que para que pueda demandarse ejecutivamente el cumplimiento de una obligación, se hace necesario que del documento presentado como título ejecutivo aparezca a cargo del deudor una obligación expresa, clara y actualmente exigible. Es decir, que si la obligación no es expresa, o no es clara, o no es exigible en el momento de la presentación de la demanda, no puede el juez ordenar su ejecución. De ahí que al presentarse una solicitud de tal naturaleza debe estudiarse, en primer término, si el documento presentado como título reúne o no esas condiciones, de suerte que puede decirse de él que es ejecutivo, o lo que es lo mismo, que la obligación que contiene es de aquellas que pueden exigirse forzosamente por constituir plena prueba contra el deudor.

2.—En el caso de autos la Sala considera que el Tribunal tuvo razón al negarse a librar el mandamiento de pago porque evidentemente ni la sentencia, que mejor pudiera llamarse auto, que ordenó la expropiación del lote, ni del avalúo que sin objeciones se hizo de dicho bien, puede decirse que contenga una obligación expresa, clara y actualmente exigible contra el Departamento porque no se ha hecho declaración expresa en tal sentido.

3.—Que en desarrollo del principio constitucional consagrado en el artículo 30 de la Carta la entrega del bien expropiado no pueda hacerse sino después de verificado el pago al propietario, es cosa distinta que no puede estudiarse dentro del juicio ejecutivo. Porque la obligación puede estar consagrada en la ley, pero si no ha sido deducida en juicio, o no aparece en acto o documento de manera expresa, clara y en forma que se haga exigible actualmente, su cumplimiento no puede ser solicitado por la vía ejecutiva.

Para los juicios de expropiación, tanto el C. J. como las leyes 83 de 1935 y 1ª de 1943 han consagrado procedimientos que, no por especiales dejan de asegurar al ciudadano el cumplimiento del principio constitucional aducido por el demandante. Sólo que con miras al interés colectivo y para asegurar la brevedad del procedimiento, de acuerdo con las dos últimas leyes citadas se puede decretar la expropiación desde que el juicio se inicia, pero ello no significa que la entrega del bien que se persigue pueda verificarse antes del pago de la correspondiente indemnización, ni que al ciudadano se la pueda privar de él antes de haber sido indemnizado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, mayo veintiocho de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel Buenahora)

Según se desprende de los documentos allegados al presente juicio, el Departamento del Chocó promovió ante el Juzgado del Circuito de su capital, demanda de expropiacin de un lote de terreno de propiedad del señor Juan Maturana F., ubicado en el municipio nombrado. Para los efectos del artículo 6º de la Ley 83 de 1935 consignó en el Banco de la República, a órdenes del mismo Juzgado, la suma de $ 480.00.

El Juez, siguiendo el procedimiento señalado en la disposición que se acaba de citar, en el mismo auto en que admitió la demanda decretó la expropiación del inmueble, su entrega al Departamento y al demandado la de la suma consignada en el Banco de la República.

Posteriormente, el 7 de diciembre del mismo año, se ordenó practicar el avalúo de que trata el artículo 857 del C. J., diligencia que se llevó a cabo el día 15 de los mismos mes y año.

Los peritos avaluaron el inmueble en la cantidad de $ 25.565.89; presentado el dictamen al

Juez, éste lo puso en conocimiento de las partes y por no haber sido objetado lo aprobó por auto de fecha 18 de febrero de 1955.

Apelada esta providencia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial correspondiente se abstuvo de revisarla por considerar que el recurso había sido interpuesto fuera de tiempo.

Con la copia auténtica de las providencias anteriormente mencionadas y con la certificación de que todas ellas se hallan ejecutoriadas, el señor Maturana F., por intermedio de su apoderado legal doctor Aurelio Perea Aluma se presentó al Tribunal Superior del Distrito solicitando que por la vía ejecutiva se librara orden de pago contra el Departamento por la suma de $ 25.565.89, previo el requerimiento legal para constituir en mora al deudor.

Por auto de 4 de noviembre de 1955 el Tribunal se negó a decretar tanto el requerimiento como la orden de pago por considerar que los documentos presentados como título ejecutivo no reúnen las condiciones exigidas por el artículo 982 del C. J., ya que de ellos no aparece obligación alguna a cargo del Departamento, ni provienen de éste, ni constituyen tampoco una decisión judicial que deba cumplirse y de la cual resulte para el demandado la obligación expresa de pagar una suma líquida de dinero.

Contra esta providencia el demandante interpuso el recurso de reposición y el subsidiario de apelación, dando como fundamento de su inconformidad el de que estando consagrado por el artículo 30 de la Constitución Nacional que toda expropiación conlleva la previa indemnización, la providencia que contiene la orden de expropiar conlleva igualmente, de modo implícito, la orden de pagar el precio. Y explica que el Decreto de expropiación, junto con el avalúo del bien que hicieron los peritos, constituye una decisión judicial que debe cumplirse.

El Tribunal no accedió a reponer su providencia y concedió, en cambio, la apelación para ante la Corte, en donde el recurso ha recibido la tramitación que le es propia, sin que ninguna de las partes se haya hecho presente dentro del término legal.

Para resolver se considera:

El artículo 982 del C. J. es muy claro al estatuir que para que pueda demandarse ejecutivamente el cumplimiento de una obligación, se hace necesario que del documento presentado como título ejecutivo aparezca a cargo del deudor una obligación expresa, clara y actualmente exigible. Es decir, que si la obligación no es expresa, o no es clara, o no es exigible en el momento de la presentación de la demanda, no puede el juez ordenar su ejecución. De ahí que al presentarse una solicitud de tal naturaleza deba estudiarse, en primer término, si el documento presentado como título reúne o no esas condiciones, de suerte que pueda decirse de él que es ejecutivo, o lo que es lo mismo, que la obligación que contiene es de aquellas que pueden exigirse forzosamente por constituir plena prueba contra el deudor.

En el caso de autos la Sala considera que el Tribunal de primera instancia tuvo razón al negarse a librar el mandamiento de pago porque evidentemente ni de la sentencia, que mejor debiera llamarse auto, que ordenó la expropiación del lote de propiedad del señor Maturana, ni del avalúo que sin objeciones se hizo de dicho bien, puede decirse que contenga una obligación expresa, clara y actualmente exigible contra el Departamento del Chocó.

En la providencia dictada por el Juez Civil de Quibdó el 25 de marzo de 1954, traída a los autos como título ejecutivo, se resuelve entre otros puntos que no es del caso recordar, lo siguiente: decretar la expropiación a favor del Departamento del inmueble de propiedad del señor Maturana F.. llevar a cabo la diligencia de entrega del inmueble al mismo departamento, y entregar al señor Maturana F. las sumas depositadas en el Banco de la República para que la expropiación pudiera ser ordenada. Pero de ninguna de sus cláusulas puede afirmarse que haya declarado una obligación a cargo del Departamento. Y es natural que no habiéndose declarado dicha obligación, no podía el Tribunal librar, basado en dicha providencia, una orden de pago que ella no contiene.

Que en desarrollo del principio constitucional consagrado en el artículo 30 de la Carta la entrega al Departamento del bien expropiado no pueda hacerse sino después de verificado su pago al propietario, es cosa distinta que no puede estudiarse dentro del juicio ejecutivo. Porque la obligación puede estar consagrada en la Ley, pero si no ha sido deducida en juicio, o no aparece en acto o documento de manera expresa, clara y en forma que se haga exigible actualmente, su cumplimiento no puede ser solicitado por la vía ejecutiva.

Para los juicios de expropiaciones, tanto el Có-

digo Judicial como las Leyes 83 de 1935 y 1ª de 1943 han consagrado procedimientos que, no por especiales dejan de asegurar al ciudadano el cumplimiento del principio constitucional aducido por el demandante. Sólo que con miras al interés colectivo y para asegurar la brevedad del procedimiento, de acuerdo con las dos últimas leyes citadas se puede decretar la expropiación desde que el juicio se inicia, pero ello no significa que la entrega del bien que se persigue pueda verificarse antes del pago de la correspondiente indemnización, ni que al ciudadano se le pueda privar de él antes de haber sido indemnizado.

Pero estas cuestiones no pueden discutirse sino en el mismo juicio de expropiación y no dentro de uno de naturaleza ejecutiva que de suyo implica la existencia de una obligación previamente deducida y que debe aparecer de manera expresa, clara y actualmente exigible.

Por 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, CONFIRMA EN TODAS SUS PARTES el auto apelado.

Costas a cargo del demandante.

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

Aníbal Cardoso Gaitán — Manuel Buenahora. Roberto Goenaga — Camilo Rincón Lara — Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS OCASIONADOS POR EL INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO.—EL DEMANDANTE, EN JUICIO DE ESTA CLASE, DEBE DEMOSTRAR LOS PERJUICIOS Y LA CAUSA DE ELLOS

En innumerables ocasiones la Corte, acatando un principio fundamental de derecho, ha repetido que quien demanda la indemnización de un perjuicio está obligado a probar su existencia y extensión demostrando primero los hechos que lo constituyen y luego su cuantía, o por lo menos las bases para determinarla. Esto porque aún en la hipótesis de incumplimiento o culpa demostrados, puede aún ocurrir que el daño no se haya producido, o que dichos incumplimientos o culpa hayan reportado beneficios.

Que debe comprobarse ante todo la existencia real de los perjuicios se explica porque, con las únicas excepciones del cobro de intereses o de obligaciones con cláusula penal, en los cuales se estima que existe un reconocimiento y avalúo anticipados de ellos, la regla general es la de que los perjuicios no se presumen y si la ley establece la obligación de indemnizarlos cada vez que se causen, no por ello se exonera del deber de comprobarlos a quien tal cosa solicita.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, mayo treinta de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado ponente doctor MANUEL BUENAHORA)

Por intermedio de su apoderado legal el ingeniero doctor Carlos Velasco Guerrero demanda a la Nación, representada por el señor Procurador Delegado en lo Civil, a fin de que se la condene al pago de las siguientes prestaciones:

1º — La suma de cuatrocientos mil pesos ($ 400.000.00), o lo que se estime por peritos, cantidad en la cual avalúa los perjuicios que le fueron ocasionados en virtud de tres suspensiones de trabajo en la construcción de la pista de aterrizaje de Cali y que fueron ordenadas por el Gobierno o impuestas en virtud de las actitudes del Interventor de la Obra.

2º — La diferencia de precios entre lo que efectivamente costaron al demandante los trabajos de construcción de la pista de aterrizaje de Cali y lo pactado en el contrato, tomando como base para el costo real los precios unitarios establecidos por el Alcalde de Cali en el Decreto 712 de 26 de noviembre de 1953 y los demás datos suministrados en la demanda.

En derecho apoyó el actor sus peticiones en el artículo 40 del C. J., en el 734 de la misma obra, en el 2º de la Ley 47 de 1943 y en los artículos 1612 a 1616 del C. C.

Se apoyó igualmente en las doctrinas y procedimientos del Ministerio de Obras Públicas relacionadas con el reajuste de precios e invocó las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo referentes a preaviso, brazos caídos y contrato presuntivo de trabajo.

Los hechos:

El demandante funda sus pretensiones en los hechos que textualmente se copian a continuación:

"1 — El día 11 de diciembre de 1952 mi representado el ingeniero doctor Carlos Velasco Guerrero, celebró con la Nación representada por el señor Ministro de Guerra, un contrato para la construcción de la pista de aterrizaje en la ciudad de Cali en la Base Ernesto Samper. Este contrato sufrió íntegras las tramitaciones administrativas de rigor, como la aprobación del Excelentísimo Señor Presidente de la República, del Consejo de Ministros, del Consejo de Estado, de la Contraloría General de la República, se pagaron los derechos fiscales y se publicó en el Diario Oficial número 28192 del 7 de mayo de 1953, cuya copia debidamente autenticada y estampillada he presentado con la demanda.

"2 — Perfeccionado el contrato el contratista, mi representado, procedió a darle cumplimiento, y empezó sus trabajos en la pista de aterrizaje de la ciudad de Cali, conformándose a los planos y a las instrucciones del contrato y sometiéndose literalmente a las disposiciones del gobierno y al control administrativo del interventor designado para la obra.

"3 — Las prestaciones del contrato por parte de la Nación son las siguientes:

"A — Entregar al contratista planos, proyectos, normas y especificaciones a que el contratista debía ajustarse, copias de cuyas piezas con perfiles y demás normas debían reposar en su poder.

"B — La Nación estimó inicialmente el precio del contrato en la suma de $ 1'124.200.00, de acuerdo con los presupuestos discriminados en la Dirección Técnica del Servicio de Ingeniería de la Nación y para atender al cumplimiento por parte de la Nación del contrato destinó en el presupuesto de la vigencia la suma de $ 300.000, y a incluír en el proyecto del presupuesto de la entrante la suma de $ 824.000. Anticipó al contratista la suma de $ 300.000.

"C — La Nación se comprometió a tener en cuenta la fuerza mayor para los efectos del cumplimiento por parte del Contratista.

"D — Los precios que se comprometió a pagar la Nación al Contratista se determinaron en la cláusula novena del contrato y son: "Precios unitarios. El Gobierno pagará al contratista las obras que éste se comprometa a ejecutar en virtud del presente contrato a los siguientes precios unitarios fijos: Explanación: a) Cortes, préstamos y cunetas, en cualquier material extraído de la zona del campo de aterrizaje y con los transportes hasta dos mil metros (2.000 m. l) lineales el metro cúbico a un peso con veinte centavos ($ 1.20); b) rellenos compactados en capas no mayores de veinte centímetros (0.20 mts.) a razón de cincuenta centavos moneda legal ($ 0.50) el metro cuadrado ; c) Arreglo de la subase con materiales de préstamo seleccionados, de veinticinco centímetros (0.25 mts.) en dos capas de 12.5 centímetros de acuerdo con las especificaciones, valor por metro cuadrado de las dos capas, un peso con cincuenta centavos ($ 1.50) moneda legal; d) Base estabilizada de veinte centímetros (0.20 mts.) de espesor con materiales de préstamo de acuerdo con características especificadas, valor del metro cuadrado dos pesos con ochenta centavos ($ 2.80) moneda legal; e) Base estabilizada de diez centímetros (0.10 mts.) de espesor con material de préstamo de acuerdo con las características especificadas, valor del metro cuadrado, un peso con cuarenta centavos ($ 1.40); f) Pavimento flexible del tipo laminado de 007 metros de espesor y una capa de desgaste de 0.03 centímetros de espesor, valor del metro cuadrado, siete pesos con setenta centavos ($ 7.70); g) Pavimento rígido de 0.15 mts. de espesor y con mezcla 1: 2:4, valor del metro cuadrado, doce pesos moneda legal ($12.00); h) Penetración con asfalto del tipo MC, O de medio galón por metro cuadrado, valor del metro cuadrado, cincuenta centavos moneda legal ($ 0.50); se entenderá por zona de la pista de aterrizaje la comprendida por un rectángulo de 2.000 metros de largo por 200 de ancho de acuerdo con la localización de la pista.

"E — El Gobierno, la Nación, entregará al contratista los terrenos, zonas y servidumbres necesarios para la construcción.

"F — Los precios no previstos y el reajuste de los otros, se convino tenerlos presentes y fijarlos como dice la cláusula decimacuarta. Para esto se tuvieron en cuenta las alzas de la mano de obra, etc. etc.

"G — La cláusula décima séptima prevee el caso de suspensión de la obra el gobierno se obliga a proceder en determinada forma y anticipando 30 días el anuncio de su suspensión.

"4. — HECHO. El Contratista procedió a cumplir el contrato y lo cumplió estrictamente desde su iniciación.

"SUSPENSION DE TRABAJOS.

"5 — HECHO. A los cuatro días de organizados los trabajos y éstos en marcha satisfactoria, es decir iniciados formalmente, la Dirección de Ingeniería, ordenóle al Contratista la suspensión de la obra contratada cuyos trabajos, con violación de lo estatuído en la cláusula decimaséptima, en que se estipuló que para poder ordenar la suspensión se requiere un aviso previo de 30 días, y después de 30 días de iniciados los trabajos. La duración de esta suspensión es el equivalente al lapso comprendido entre la nota de suspensión y la orden de reanudación de los trabajos que fue dada el 6 de mayo de 1953.

"6 — El 6 de mayo de 1953, el Contratista recibió la siguiente comunicación, procedente del Comando: "Señor doctor Carlos Velasco G. Avenida 7ª Norte Nº 11-47 la ciudad. Estimado doctor: Por orden del Comando de la Base me permito transcribir a Ud. el radio Nº 1235 de la Dirección de Ingeniería. Bogotá 6-5-53. 12-35 GG-Dts-D. Urgente. Teniente Coronel Uribe Combase, Cali. Favor informar contratista pista continúe trabajos iniciado Punto. Acuerdo orden superior Punto. Clase 453. Teniente Coronel Figueroa Dingeniería. - "El Comando de la Base desea que la obra relacionada con la pista continúe con la misma actividad e interés con que fue comenzada. Atentamente, Capitán Carlos Ayalde E., Ayudante Comando".

"7 — El Contratista jamás incumplió o desatendió una orden del gobierno, de modo que atendió la de suspensión y después la de reanudación. Vale la pena tomar nota de que el gobierno admitió la manera cómo se cumplía el contrato por las expresiones de la parte final de la orden de reanudar trabajos.

"8 —Pero la orden de suspensión creó al contratista las consecuencias económicas de una situación jurídica de suspensión intempestiva de los trabajos. La legislación social colombiana autoriza la suspensión de los contratos de trabajo, pero con varias sanciones y diversas, entre ellas completar el contrato presuntivo que es de 6 meses, o pagar el preaviso o las dos cosas juntas en otras ocasiones. Además de estos perjuicios que deberán ser precisados y avaluados por peritos, las obras de trabajos en el campo cuando se suspenden acarrean al empresario muchos daños, se acaba lo iniciado y se pierde y al volver a reanudar tareas es necesario comenzar de nuevo. No es impertinente invocar sobre el particular el Código Sustantivo del Trabajo.

"SEGUNDA SUSPENSION, SIN CULPA TAMPOCO DE MI REPRESENTADO.

"8 — El contratista doctor Carlos Velasco Guerrero sufrió una grave enfermedad que le obligó a viajar a los Estados Unidos a someterse a una delicada operación quirúrgica, y para continuar los trabajos de la obra dejó como simple encargado al doctor Baena Hoyos, a quien dio en cargo que se confinaba solamente para supervigilar la obra, y para que ella continuara realizándose según el contrato.

"9 — El interventor del Gobierno nacional en la obra resolvió presionar al encargado Baena Hoyos, que no tenía ni con mucho poder alguno distinto del ya dicho, nada menos que para modificar el contrato en lo que respecta a una materia tan importante de interpretación de razante y subrazante de los planos. Esta actitud de esos dos señores significaba nada menos que una novación del contrato, de que carecían en materia de autorización tanto el interventor como Baena Hoyos, y además de esa absoluta incapacidad legal la modificación significaba incurrir en un error fundamental, en la ejecución de la obra, que habría ocasionado al Gobierno graves perjuicios.

"10 — Enterado en Nueva York el contratista de estas novedades tan tremendas, procedió a regresar, sin haber comenzado a convalecer de la grave intervención quirúrgica a que había sido sometido, en forma precipitada a Cali, y en comunicación de 11 de noviembre de 1953, que dirigió al Director del Servicio de Ingeniería del Ministerio de Guerra, expresó su no aceptación de la modificación de los planos, persuadido de que tal modificación contenía un error fundamental, en la realización de la obra, con grave daño para el Gobierno, pues ese cambio del razante y subrazante facilitaba las inundaciones del terreno en tiempo de invierno.

"11 — Dijo en esa comunicación el Contratista lo siguiente: "Como considero que el que está interpretando mal los planos es el interventor de Uds. me he visto en el caso de solicitar a distinguidos ingenieros de esta localidad, un concepto técnico sobre la disputa entre el interventor y el suscrito contratista".

"Debo manifestarle que el estudio realizado por los ingenieros a que me refiero, me fue favorable, pues los planos de esa Dirección son muy claros a este respecto. Los citados conceptos están en mi poder a disposición de esa Dirección".

"Una modificación a los planos de acuerdo con los Proyectos del Interventor, bajando la razante, implicaría la inundación de la Pista y, por lo tanto, la destrucción de base y pavimento por humedad en tiempos de invierno, ya que la nueva razante quedaría proyectada sobre la zona inundable".

"Si la modificación prospectada por el Interventor se llevara a efecto, significaría para mí una orden de autoridad que constituye FUERZA MAYOR".

"En la misma comunicación de 11 de noviembre de 1953, afirma el contratista que el Ingeniero Baena, solamente estaba autorizado para supervigilar la obra de acuerdo con el Contrato.

"12 — La carta del 11 de noviembre produjo, como es natural, la controversia sobre la interpretación de la razante y subrazante y el efecto de una nueva suspensión en la ejecución de la obra.

"Para el contratista estaba vigente la comunicación de 6 de mayo de 1953 en la cual se le daba la orden de continuar la obra "con la misma actividad e interés con que fue comenzada", es decir, dentro de las cláusulas del contrato y de los planos respectivos. Siendo así y frente a la modificación de los planos realizada por el Interventor y el ingeniero Baena, **el contratista no podía menos de suspender los trabajos en la espera de que se resolviera qué criterio se adoptaba,** si el técnico y contractual que el contratista pactó con

el Gobierno o el modificatorio y equivocado que el Interventor de la Obra pactó con el Ingeniero Baena. (Subraya la Sala).

"En este caso como en los anteriores y como en los que luego veremos, hubo también para el contratista orden de Autoridad, vale decir, **Fuerza Mayor**, con la advertencia de que el presente caso, la conducta del contratista fue la de defender los términos del contrato, la seguridad de la obra y los intereses del Estado.

"El 12 de noviembre de 1953 la Interventoría se dirige al Jefe del Servicio de Ingeniería del Ministerio de Guerra y da sus opiniones respecto de la conducta asumida por el Contratista e igualmente solicita se le ordene cumplir con el plano firmado por el Ingeniero Baena Hoyos con las modificaciones sugeridas por la Interventoría y que la Dirección halló conformes.

"En noviembre 18 del mismo año el Comando General de las Fuerzas Militares, Servicio de Ingeniería, se dirige al doctor Daniel Camacho Gómez, Interventor de trabajos de la Pista aérea en referencia, transcribiéndole la cláusula SEGUNDA del contrato para que el ingeniero Carlos Velasco G. la cumpla, pues es norma del Contrato.

"13 — El 26 de noviembre del mismo año de 1953 el Contratista Carlos Velasco G. dirige un oficio al doctor Daniel Camacho G. en el cual, al acusarle recibo de la comunicación del 28 del mismo mes, le dice lo siguiente: "...Se anota, a primera vista, que la nueva razante proyectada queda a nivel de terreno en zonas inundables, por las aguas lluvias represadas, cuando en invierno, el río Cauca sube a su máximo nivel".

"Parece que, en estas condiciones, no podrían construírse drenajes eficientes que preservaran la Pista en su base y sub-base contra estas inundaciones que el proyecto original sí tuvo en cuenta como se deduce de los perfiles, y que demuestran un conocimiento claro de las funciones de la Base aérea en tiempo de invierno".

"Está por demás advertir que, de acuerdo con la segunda cláusula del Contrato, estoy obligado a aceptar las modificaciones ordenadas por la Dirección".

"Nuevamente el contratista se atiene a las órdenes impartidas por el Gobierno y, sin embargo de sentar y relievar su criterio y sus puntos de vista técnicos con relación a las modificaciones a los planos y al contrato, dice que aceptará por estar obligado a ello, cuando la modificación fue ordenada.

"TERCERA SUSPENSION. 14 — Posteriormente viene la tercera suspensión en la ejecución de la obra debido a que el Gobierno no giró los fondos para el pago de los trabajadores, etc. Causando así nuevos perjuicios al Contratista y que después se detallarán.

"15 — Como se ve estas suspensiones de la obra que se llevaron a cabo no por culpa del Contratista le causaron exactamente los perjuicios que yo he señalado en la primera suspensión. Estableciendo la cláusula segunda del contrato que los planos podrían ser modificados por el Gobierno, el Contratista hizo bien en resistir a una orden de modificación que era ordenada por el mero interventor, y admitirla después cuando el Ministerio se responsabilizaba de ella, y mientras llegaba la orden de la modificación o de mantenimiento de las pristinas instrucciones sobre perfiles, planos y especificaciones etc., no podía de ninguna manera adelantarse o proseguirse la obra por razones de elemental comprensión.

"16 — REAJUSTE DE PRECIOS. — Por decreto número 702 de 26 de noviembre de 1953, "por medio del cual se adoptan precios unitarios fijos para contratos de pavimentación y obras accesorias", dictado por el Alcalde de Cali, se fijaron los precios unitarios para los contratos de Pavimentación y otras obras en una cifra superior a la que fue aceptada o pactada por el Contratista.

"Con este motivo, lógicamente elevaba los precios de obra y como consecuencia los precios de la materia prima y los jornales, porque ese es el efecto inmediato de las normas legales que elevan los precios, el Contratista se vio precisado a dirigir al Ingeniero Director del Servicio de Ingeniería de la FAC, el 19 de febrero de 1954, el oficio cuyos apartes copio a continuación:

"De acuerdo con la cláusula DECIMA CUARTA del contrato me permito solicitarles se me reconozca el reajuste de los siguientes precios unitarios:

"Terrapolones con materiales seleccionados (equivalente tierra Santa Mónica) entendidos y compactados en capas de 0.20 cms., de $6.00 a $ 7.50.

"Base estabilizada, de 0.10 cmts., de espesor, de $ 1.40... a $ 2.40 m2.

"Pavimento de asfalto laminado de 3" de espesor, 2 de base y 1 de desgaste, de $ 5.70... a $ 7.00.

"La variación de precios que se ha presentado, de 8 meses a esta parte, me obliga a hacerles la presente petición.

"Para comprobación de esta solicitud, adjunto a la presente copia del Decreto Nº 712 de 1953 de

26 de noviembre del Municipio de Cali, por el cual reajustan precios unitarios fijos que existían con anterioridad en este Municipio".

"Este reajuste no se ha realizado a pesar de estar previsto en la cláusula DECIMA CUARTA del contrato, ocasionando también por este aspecto perjuicios al contratista que se vio obligado a cumplir el Decreto 712 que también es para él **fuerza mayor**.

"17 — Las órdenes impartidas al Contratista por el Ministerio de Guerra, lo obligaban a su obedecimiento, lo determinaban a su ejecución pues no podía menos que cumplirlas, cualesquiera fuesen las contingencias que tales órdenes produjeran. Eran, por tanto, esas órdenes **Fuerza Mayor** para el Contratista y, como tal, como quiera que eran actos de autoridad ejercidos por funcionarios públicos y en ejercicio pleno y completo de sus funciones, no pudiéndose el Contratista resistir, que ese es el efecto de la fuerza mayor, el único camino que tenía era el de aceptarla para luégo enfrentarse a su contra parte en el análisis y liquidación de los perjuicios de orden material, unos, y moral otros, que la fuerza mayor o el caso fortuito le produjesen.

"Entre esos perjuicios aparecen de manera manifiesta la indemnización del "daño emergente", del "lucro cesante" y de "brazos caídos" contrato presuntivo, preaviso, etc. que al suspender la obra se produjeron.

"Y como esa suspensión tiene como causas eficientes la orden del Ministerio, es natural que sobre él recaigan las consecuencias económicas que produjo.

"No ignoraba el Ministerio los perjuicios consiguientes al Contratista. En carta dirigida el 19 de febrero de 1954 al señor doctor Diego Tobar B., Ingeniero Director del Servicio de Ingeniería de la FAC, dijo el contratista en el penúltimo aparte: "También pongo en conocimiento de esa Dirección que a los pocos días de haber iniciado trabajos resolvió suspenderlos por espacio de un mes, sin motivo por parte del Contratista ocasionando, durante el tiempo de la suspensión, perjuicios equivalentes a más de cuarenta mil pesos".

"18 — Por medio de esta carta el Contratista notificaba al Gobierno su inocencia, es decir: su falta de culpa en la ejecución del contrato, imputaba la culpa del Gobierno quien guardó silencio con relación a esto, pues no negó que la suya fuera la orden y, por fin, en ese momento y sin llegar todavía a concretar en un guarismo líquido, dijo el Contratista que sus perjuicios eran equivalentes a más de cuarenta mil pesos. Tampoco el Ministerio dijo nada a este respecto y su silencio, en cuanto a la imputación de la culpa, y en cuanto al cálculo aproximado de los perjuicios sufridos por el Contratista, debe tener y tiene consecuencias de orden jurídico y por tanto económico que oportunamente se tratarán.

"19 — El contrato es ley para las partes. Como ley es facultad de poder pero también limitación de ejercicio, la facultad va hasta donde principia la limitación y la limitación es la incapacidad actual o contractual para obrar más allá de ese límite. El contrato pactó en qué condiciones podía suspenderse la obra (véase cláusula DECIMA del contrato). La facultad allí convenida es muy clara. Es la de que el Gobierno por medio de Resolución dictada por el Ministro de Guerra podrá suspender o declarar terminado el contrato por las razones que allí se especifican. Esa es la facultad la capacidad, atribuída al Ministerio de suspender o terminar el contrato, caso de que el Gobierno lo estime conveniente pero esa facultad no es ni absoluta, ni irrestricta, sino limitada a esas otras condiciones que son consecuencia de las contra prestaciones que en este contrato tiene el contratista y, como en todos los contratos bilaterales, tienen los contratantes. Viene entonces el límite. Claro que el señor Ministro puede ordenar la suspensión o la terminación de este contrato, pero "siempre que hayan transcurrido por lo menos treinta días después de iniciados los trabajos o por falta de fondos o por cualquier otra causa que a su juicio haga necesaria la terminación o suspensión, dando aviso al Contratista con treinta (30) días de anticipación y en caso tal, el contratista renuncia a reclamar perjuicios e indemnizaciones por esta causa..." (cláusula DECIMA SEPTIMA).

"No interesa averiguar cuál fue la causa que el Ministerio tuvo para ordenar la suspensión. Interesa solamente destacar algunos hechos evidentes, pues surgen de lo pactado en el contrato y transcritos en la parte anterior.

"Condiciónase la suspensión o terminación del contrato, por lo pronto, a un hecho impostergable: al de que hayan transcurrido por lo menos treinta días (30) después de iniciados los trabajos..." En el caso presente como puede verse en el archivo del Ministerio, la orden de suspensión fue dada antes de los treinta días de iniciados los trabajos. Véase como la facultad o poder tenía ya una limitación, la que al violarse conlleva consecuencias que más adelante analizaré.

"Pero hay más. Cuando se haga necesaria la ter-

minación o suspensión del contrato debe darse aviso al contratista con treinta (30) días de anticipación (Véase ibidem). Tampoco se cumplió con ésto. Y ésta, como la anterior, son limitaciones, para el Contratista Gobierno y son derechos para el Contratista constructor, pues en esta clase de contratos, como en todos, se busca la equivalencia de los derechos y de los deberes de las partes contratantes. Y he dicho en éstos, porque no puede perderse de vista que hay aquí una entidad de derecho público poderosa y omnímoda en ciertos modos, quien para poder contratar con los particulares, tiene que ponerse, en cuanto a derecho y obligaciones, a la altura de éstos, pues de lo contrario sería imposible la celebración de estos actos jurídicos si la igualdad, si la contractualidad, no pudieran tener una realización evidente.

"Continúa la cláusula DECIMA SEPTIMA en la siguiente forma: "Y en caso tal el Contratista renuncia a reclamar perjuicios e indemnizaciones por esta causa, pero sí tendrá derechos etc". Vale decir, si el Gobierno por medio del Ministerio cumple con lo previsto en la cláusula que analizo, respecto de los treinta (30) días después de iniciados los trabajos para ordenar la suspensión y el aviso al Contratista con treinta (30) días también de anticipación, el Contratista no tiene derecho a reclamar perjuicios e indemnizaciones por esta causa, porque previamente los ha renunciado en el contrato a que me refiero, luego, y aquí vienen los efectos de la limitación de que he venido hablando, a contrario sensu, el Contratista tiene derecho a reclamarlos cuando como en el caso que me ocupa, no se cumplieron las condiciones previstas en la cláusula DECIMA SEPTIMA para ordenar la suspensión".

Al contestar el traslado de la demanda el señor Procurador Delegado en lo Civil manifestó oponerse a las peticiones demandadas, desconocer el derecho invocado y negar los hechos del libelo.

Abierto el juicio a prueba y practicadas las que fueron pedidas, por ambas partes se alegó de conclusión.

El apoderado del demandante sostiene en síntesis:

A) Que durante la ejecución del contrato la Nación impuso ilegalmente al demandante tres suspensiones intempestivas de los trabajos que estaba ejecutando, contrarias todas a lo estipulado en el contrato, así:

1ª — Una a partir del 1º de abril de 1953, fecha en la cual el Teniente Coronel David Figueroa R. ingeniero Director del Servicio de Ingeniería envió al contratista orden de suspensión de los trabajos de la pista de aterrizaje (folio 34, C. 2º), hasta el día 6 de mayo de 1953 en que el mismo funcionario se dirige al Comandante de la Base de Cali rogándole informar al contratista que los continúe (folios 237 y 238 cuaderno 3º);

2ª — Otra, cuya fecha no se determina y que el demandante explica afirmando que habiéndose visto obligado a viajar a New York, el Interventor de la Obra exigió del ingeniero doctor Baena Hoyos, a quien aquél había encomendado la inspección de los trabajos, algunas modificaciones a los planos originales, modificaciones que el contratista consideró inconvenientes en carta de fecha 11 de noviembre de 1953, produciéndose así una controversia que tuvo "el efecto de una nueva suspensión en la ejecución de la obra" (hecho 12); o que, como se explica en el alegato de conclusión (folio 42, C. 1º), a virtud de estas diferencias "los trabajos tuvieron que ser suspendidos intempestivamente por la razón anotada y por la falta de pago de la Nación".

3ª — Otra, cuya duración y fechas en que incurrió tampoco se determinan y que se dice originada en el incumplimiento intempestivo por parte de la Nación en el suministro de fondos.

B) Que la Nación eludió el reajuste de precios solicitado por el contratista el 19 de febrero de 1954, a pesar de haber ajustado su solicitud a lo estipulado en la cláusula 14 del pacto.

Considera el actor que las suspensiones referidas se ordenaron por parte del Gobierno contra lo estipulado en la cláusula 17; que le causaron graves daños y que por tanto, y por no haber aceptado el reajuste de los precios, a pesar de haber cumplido el contratista todos los requisitos que para obtenerlo se exigen en la cláusula 14, debe la Nación responder de los perjuicios ocasionados.

Concepto del señor Procurador

El señor Procurador Delegado en lo Civil solicita que se nieguen las peticiones de la demanda por no haberse traído al proceso prueba alguna encaminada a demostrar que las suspensiones de trabajo alegadas por el demandante hubieran ocurrido realmente, y porque aún suponiendo que los trabajos se hubieran en realidad paralizado por culpa del Estado, "en el proceso no se encuentra el menor indicio de que el contratista hubiera sufrido por ello los perjuicios cuya indemnización demanda y que relaciona en el libelo".

Dice:

"De conformidad con lo estatuído por el artículo 593 del Código Judicial en concordancia con el artículo 471 de la misma obra, la sentencia en materia civil tiene que fundarse en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa si se han demostrado en el proceso de manera plena y completa según la ley.

"Al estudiar el negocio de la referencia fácilmente se observa que, en términos generales, el actor no aportó al juicio la prueba plena y completa de los distintos hechos relacionados en el libelo y en los cuales sustenta las peticiones de su acción.

"Como lo vimos antes, el demandante manifiesta que los perjuicios cuya indemnización pretende obtener se debieron a suspensiones intempestivas de los trabajos causadas por el Gobierno con violación de lo estipulado en el contrato. Pero si bien es cierto que el actor trató de acreditar dentro del juicio las causas o motivos de las referidas suspensiones, lo es también que no allegó a los autos prueba alguna de que en esas tres ocasiones se hubiesen en realidad suspendido o paralizado los trabajos de construcción. Porque es preciso tener en cuenta que una cosa muy distinta es la causa o motivo de la suspensión y otra cosa la suspensión misma. Asi por ejemplo, en relación con la primera suspensión, el demandante demuestra con la copia respectiva, que hubo una orden de la Dirección del Servicio de Ingeniería del Ministerio de Guerra en tal sentido, pero no comprueba ni existe el menor indicio demostrativo de que en realidad de verdad las obras se suspendieron temporalmente por tal motivo. De igual modo, en virtud de documentos que se trajeron a los autos, puede aceptarse que por iniciativa del interventor del Gobierno se creó un conflicto sobre modificación de los planos primitivos y que el contratista de diferentes maneras expresó su inconformidad con dicha modificación, pero no se comprobó de manera alguna que esta circunstancia hubiera originado en realidad la paralización de la obra por algún tiempo.

"Pero aún aceptando en gracia de discusión de que en el informativo apareciera demostrado plenamente que los trabajos de construcción de la pista de aterrizaje de la Base "Ernesto Samper" hubieran estado paralizados o suspendidos en tres ocasiones y por los motivos que el actor anota, en el proceso no se encuentra el menor indicio de que el contratista Velasco Guerrero hubiera sufrido por ello los perjuicios cuya indemnización demanda y que relaciona en el libelo.

"Es sumamente claro que quien incumple un contrato está obligado a indemnizar los perjuicios ocasionados a la otra parte; pero ésta a su vez debe demostrarlos para obtener en juicio la condena respectiva. En otras palabras: a quien demanda el resarcimiento de perjuicios por razón del incumplimiento de un contrato afirmando haberlos sufrido, no le basta simplemente acreditar el incumplimiento, pues éste no siempre de manera necesaria determina la realidad de un perjuicio, sino que debe acreditar también el perjuicio mismo sufrido por él, para así poder obtener fallo favorable; de lo contrario, el juzgador se verá precisado a absolver a la parte demandada.

"Sobre este particular esa alta corporación se ha expresado de manera clara y terminante en diferentes fallos, circunstancia que revela a la Procuraduría de extenderse ahora en mayores consideraciones".

Consideraciones de la Sala

Antes de entrar a considerar el problema probatorio planteado por el señor Procurador y como la parte actora hace derivar los perjuicios que reclama de algunas suspensiones en los trabajos y de la negativa del Gobierno a aceptar el reajuste de precios solicitado por el demandante, conviene recordar lo que sobre estos particulares se estipuló en el contrato para lo cual se transcriben a continuación las cláusulas en las partes pertinentes que se consideran necesarias.

"CLAUSULA SEGUNDA — PLANOS, PROYECTOS, NORMAS Y ESPECIFICACIONES. — Los planos, proyectos, normas y especificaciones a que haya de sujetarse la ejecución de las obras objeto de este contrato, son los elaborados por la Dirección Técnica del Servicio de Ingeniería de las Fuerzas Militares, que se acompañan al presente contrato y hacen parte de él.

"Al Contratista deberá entregársele una copia de los planos, perfiles, normas y especificaciones debidamente firmados por la Dirección Técnica del Servicio de Ingeniería de las Fuerzas Militares. **Durante el desarrollo del contrato, el citado Ministerio podrá ordenar los cambios que estime convenientes en dichos planos, proyectos, normas y especificaciones.** Estos cambios no causarán modificaciones en los precios unitarios, excepto en el caso que las modificaciones al proyecto repre-

senten un extracosto sobre los proyectos iniciales. En tal caso el contratista lo hará saber por escrito al Gobierno, para proceder a la reconsideración de los precios. Igualmente cuando a juicio del Contratista se haga conveniente variar dichos planos, proyectos, normas y especificaciones, someterá esas variaciones junto con los estudios correspondientes a la aprobación del Ministerio de Guerra, explicando las causas que las justifiquen; éste decidirá dentro de los diez (10) días siguientes al de la fecha en que se reciba la referida documentación si aprueba o no las modificaciones; pero si vencido este término no hubiere comunicado su determinación sobre el particular **el Contratista, se sujetará a los planos, normas, proyectos y especificaciones acordados originalmente.**

"CLAUSULA QUINTA — PLANES MENSUALES DE TRABAJO. — El plan de trabajo se hará mensualmente a partir de la vigencia de este contrato. Antes de principiar cada mes, el ingeniero Interventor y el Contratista acordarán un plan de trabajo que deberá llevarse a cabo en dicho período, de conformidad con las partidas disponibles. **Tales planes se consignarán en actas** que el Interventor enviará oportunamente a la Dirección Técnica del Servicio de Ingeniería de las Fuerzas Militares del Ministerio de Guerra. El control del cumplimiento de los planes acordados lo llevarán las citadas dependencias con los informes mensuales que, con firma del Interventor, debe remitir el Contratista a más tardar el día diez (10) de cada mes; en dichos informes se indicará el total de la obra ejecutada en cada renglón, junto con el gráfico correspondiente, al que se le asignará un color distinto para cada mes. El gráfico debe indicar, tanto la cantidad de obra ejecutada en ese mes, como el total efectuado hasta entonces y la cantidad que falta por hacer de modo que el Ministerio citado pueda llevar el control indicado anteriormente. Tanto el informe como el gráfico deben llevar la firma del Interventor. El no cumplimiento a lo estipulado en esta cláusula, será sancionado con multas según lo **dispuesto en la cláusula vigésima** de este contrato, salvo que por una carta expresa, en el Ministerio de Guerra, hayan ordenado al Contratista algunas modificaciones al respecto.

"CLAUSULA SEXTA. — INICIACION Y ENTREGA DE LAS OBRAS, TERMINACION DEL CONTRATO. El presente contrato entrará en vigencia y surte sus efectos fiscales inmediatamente quede legalizado. **La fecha de iniciación de los trabajos se hará constar en una acta suscrita por el Contratista y un representante del Ministerio de Guerra, dentro de los diez días siguientes al perfeccionamiento del mismo** ... ...

"CLAUSULA SEPTIMA. — SUJECION DE LOS PAGOS A LAS APROPIACIONES DEL PRESUPUESTO. Los pagos y anticipos en dinero que el Gobierno se compromete a hacer al Contratista en virtud de lo estipulado en este contrato, quedan sujetos a las apropiaciones que para tal fin se harán en los respectivos presupuestos y decretos de reparto de la partida global de los mismos.

"CLAUSULA DECIMAPRIMERA — Nombramiento del personal. El Contratista se obliga a dirigir personalmente las obras materia de este contrato, o a mantener permanentemente en la obra, **un Ingeniero civil, titulado, matriculado y de reconocida idoneidad, tanto técnica como administrativa, con amplios poderes para tratar cualquier asunto relacionado con los trabajos, ya sea con el Interventor de la obra, con las autoridades locales o con los representantes del Ministerio de Guerra** y autorizado para girar a cargo de la cuenta bancaria que en nombre de la obra exista, con fondos del anticipo. También se obliga el Contratista a mantener en los trabajos al personal técnico requerido. Todos los empleados y obreros serán de libre nombramiento y remoción del Contratista. El Contratista queda obligado a remover inmediatamente cualquier empleado u obrero que el Ministerio de Guerra le solicite, sin que éste tenga que dar explicaciones de ninguna clase acerca de su proceder e igualmente se compromete a sujetarse a las normas dadas por la Dirección Técnica del Servicio de Ingeniería del Ministerio de Guerra.

"CLAUSULA DECIMACUARTA — MANERA DE FIJAR PRECIOS NO PREVISTOS Y REAJUSTE DE PRECIOS.. — 1ª Los precios para obras no previstos en la cláusula décima de este contrato y cuya fijación sea conveniente, a juicio del Interventor, **serán convenidos entre éste y el contratista antes de la ejecución de las obras, por medio de actas que para su validez requieren la aprobación previa** del Servicio de Ingeniería de las Fuerzas Militares, **requisito sin el cual no podrá iniciarse la respectiva obra,** cuya ejecución sea necesaria en el presente contrato.

"2ª — Cuando hayan transcurrido tres (3) me-

ses por lo menos después de la iniciación de los trabajos el Gobierno o el Contratista podrán solicitar un reajuste de los precios siempre que se hayan llenado los requisitos siguientes: a) que se hayan presentado alzas, bajas o modificaciones sustanciales en los renglones que intervinieron en la composición de los precios unitarios, tales como jornales, materiales y otros; b) que se compruebe que dichas alzas, bajas o modificaciones que se citan en el numeral anterior se hayan sostenido por un período no menos de dos (2) meses inmediatamente anteriores a la solicitud de reajuste; c) que los precios unitarios cuyo reajuste se soliciten, al ser recalculados con los nuevos valores de los renglones que intervinieron en su composición resulten afectados en un diez por ciento (10%) por lo menos en relación con los fijados en la cláusula décima. d) que se envíen al Ministro de Guerra todos los documentos que produzcan el efecto según lo ordenado por los ordinales b) y c). e) que los nuevos precios unitarios se acuerden por medio de actas suscritas por el Interventor de la obra y el Contratista; f) que las actas a que se refiere el numeral anterior sean aprobadas por el Ministerio de Guerra; g) Además en cualquier momento durante la vigencia del presente contrato, el Gobierno podrá solicitar el reajuste de precios y cuando el Interventor de la obra compruebe que se cometió una equivocación en la fijación de alguno o algunos de los renglones que intervinieron en el análisis de uno o varios de los precios unitarios fijados en la cláusula décima de este contrato. **Cuando la solicitud de reajuste sea hecha por el Contratista, el Gobierno se reserva el derecho de aprobarla o reprobarla y en este último caso el Contratista tiene derecho a pedir la terminación del contrato después de haber corrido 30 días de haber presentado la solicitud de reajuste.**

"El Gobierno se obliga a acceder a la solicitud de terminación del contrato a más tardar dentro de los treinta días siguientes a ella. Cuando el Gobierno sea el que solicita el reajuste de precios y el Contratista no aceptare tal reajuste, el Gobierno podrá resolver el contrato.

"Los nuevos precios acordados en el ordinal e) de esta cláusula, regirán a partir del mes siguiente al de la fecha del acta correspondiente por el Interventor y el Contratista, el Gobierno o el Contratista no podrán solicitar un nuevo reajuste sino cuando hayan transcurrido por lo menos tres meses de haber entrado en vigencia el reajuste anterior. Una vez aprobado el nuevo reajuste y presupuestos detallados que se produzcan al efectuar los recálculos de que trata el ordinal c) de esta cláusula sustituirá en los precios unitarios reajustados al que sirvió de base para la fijación de los precios unitarios acordados originalmente.

"CLAUSULA DECIMASEPTIMA. — SUSPENSION O TERMINACION DEL CONTRATO EN CASO DE QUE EL GOBIERNO LO ESTIME CONVENIENTE — El Gobierno, por medio de Resolución dictada por el Ministerio de Guerra podrá suspender o declarar terminado el presente contrato, porque no le parezcan convenientes los precios unitarios estipulados en este contrato, siempre que hayan transcurrido por lo menos treinta (30) días después de iniciados los trabajos o por falta de fondos o por cualquier otra causa que a su juicio, haga necesaria la terminación ó suspensión dando aviso al Contratista con treinta (30) días de anticipación y en caso tal el Contratista renuncia a reclamar perjuicios e indemnizaciones por esta causa, pero sí tendrá derecho a que se le liquiden y paguen los trabajos ejecutados conforme al presente contrato y la obra inconclusa que por causa de esta suspensión o por terminación no haya alcanzado a ejecutar, de conformidad con las especificaciones y que se le abone el valor del transporte del equipo a Bogotá si fuere el caso de conformidad con la cláusula novena; además, si el Contratista lo solicita al Gobierno, éste se obliga a comprarle a precio de costo los materiales destinados para la obra que tuviere en existencia y los campamentos provisionales en servicio en la fecha en que el contrato se suspenda, siempre que las cantidades de dichos materiales y la capacidad de los campamentos no sean superiores a lo que se necesita para terminar el plan mensual en que se está trabajando y el siguiente; si excediere, el exceso no será comprado por el Gobierno, en tal virtud se hará entre el Interventor y el Contratista un acta en la que el valor de la obra inconclusa y el de los mencionados materiales y los campamentos se determinará de los comprobantes que juzgue necesarios. Esta acta será enviada al Ministerio de Guerra para aprobación previo dictamen de la Dirección del Servicio de Ingeniería de las Fuerzas Militares. Se conviene expresamente que el Gobierno no estará obligado a comprar las herramientas, maquinaria y demás equipos de construcción que el Contratista haya aportado para la correcta ejecución de las obras a que se refiere la cláusula octava del presente contrato" (Los subrayados son de la Sala).

De conformidad con los hechos de la demanda por lo menos las dos últimas suspensiones de tra-

bajo que se dice ocurrieron durante la ejecución del contrato, no fueron impuestas directamente por el Gobierno sino ordenadas por el propio contratista reclamante a causa, según él, de las diferencias en la apreciación técnica de los planos y por la falta del suministro oportuno de fondos. Por donde no se ve cómo puede deducírsele responsabilidad al Gobierno por actos no ejecutados por él. Porque el actor fue categórico al afirmar que a consecuencia de las diferencias surgidas "el contratista no podía menos de suspender los trabajos en la espera de que se resolviera qué criterio se adoptaba" (hecho 12) y que "posteriormente viene la tercera suspensión en la ejecución de la obra debido a que el Gobierno no giró los fondos para el pago de los trabajadores" (hecho 14). Sin que valga la afirmación del demandante de que tales hechos constituían para él una fuerza mayor porque tal afirmación pierde su fuerza al recordarse las cláusulas anteriores conforme a las cuales el contratista estaba obligado a realizar los trabajos siguiendo los planos que acordara el Gobierno y que para el caso de que transcurridos diez días sin que éste aceptara las modificaciones que el contratista podía sugerir, su obligación era la de someterse a los planos primitivamente convenidos (cláusula 2ª); que el Gobierno tenía la facultad de variar los planos y especificaciones a su arbitrio (cláusula 2ª) y que todos los pagos a que diera lugar la ejecución de las obras estaban sometidos a la apropiación previa de la correspondiente partida en el presupuesto (cláusula 7ª). El sentido de tales cláusulas lleva a la conclusión de que aún en el supuesto de que las suspensiones referidas se hubieran ocasionado en una desviada conducta del Gobierno, éste no podría ser considerado responsable de los perjuicios que ellas hubieran podido ocasionar al demandante por tratarse de actos que contractualmente le estaban permitidos.

No ocurre lo mismo respecto de la primera suspensión que el demandante afirma le fue impuesta apenas 5 días después de iniciados los trabajos sin habérsele dado el preaviso estipulado en la cláusula 17. Aceptando por vía de hipótesis la veracidad de esta afirmación parece claro que al demandante le asistiera el derecho de reclamar los perjuicios que tal suspensión le hubiera podido producir. Pero aparte de que, como se verá más adelante, no se trajo a los autos la prueba de que en realidad esta suspensión tuvo ocurrencia, con relación a este punto no podría la Sala resolver en el fondo por la razón muy elemental de que, conforme a la cláusula sexta del contrato, "la fecha de la iniciación de los trabajos se hará constar en un acta suscrita por el contratista y un representante del Ministerio de Guerra" y esta prueba específica tampoco se trajo a los autos en forma que la Sala pudiera saber si para el día 1º de abril de 1953, fecha en que se afirma que el Gobierno ordenó al contratista la suspensión de los trabajos, habían o no transcurrido los 30 días requeridos para que dicha suspensión pudiera ser ordenada.

De lo dicho hasta aquí se concluye que no puede deducirse responsabilidad a cargo de la Nación por concepto de las suspensiones alegadas.

Igual cosa puede decirse respecto de la última de las causas generadoras de perjuicios que el demandante ha aducido, o sea la negativa del Gobierno a aceptar el reajuste de precios.

Conforme a la cláusula 14 del contrato, el Gobierno o el Contratista podían solicitar el reajuste de los precios unitarios fijados al tiempo de su celebración, pero "cuando la solicitud de reajuste sea hecha por el contratista, el Gobierno se reserva el derecho de aprobarla o reprobarla y en este último caso el contratista tiene derecho a pedir la terminación del contrato después de haber corrido treinta días de haber presentado la solicitud de reajuste".

De los términos de esta estipulación se deduce claramente que la negativa del gobierno a aceptar el reajuste pedido, o su silencio más allá de los 30 días fijados para resolver la solicitud al respecto, sólo daba derecho al contratista para solicitar la terminación del contrato y no para continuar los trabajos con precios distintos a los pactados, y que si así lo hizo, a éste corresponde asumir las consecuencias de tal acto.

La anterior conclusión se refuerza al considerar que al Gobierno asistía la facultad de aprobar o improbar esta nueva fijación de precios, y que tanto este punto como el relativo a la fijación de los trabajos futuros deberían hacerse constar en un acta aprobada también por el Gobierno, "requisito sin el cual no podía iniciarse la respectiva obra" acta que tampoco ha sido traída al proceso (cláusulas 5 y 14).

Por último, no sobra recordar que como el demandante hace consistir algunos de los perjuicios cuya indemnización demanda en el pago de prestaciones sociales que no hubiera estado obligado a pagar si las suspensiones no hubieran ocurrido, la cláusula 12 del contrato impuso al contratista la obligación de cumplir con las leyes sociales vigentes al tiempo de su celebración.

Pero no quiere la Sala fundar su decisión sola-

mente en las anteriores, elementales consideraciones. El señor Procurador, en el concepto transcrito anteriormente y que la Sala comparte, ha planteado la cuestión relativa a las pruebas en que debe fundarse toda decisión judicial y por ello la Sala se refiere a continuación a estos aspectos.

Prueba de la existencia de los perjuicios. — En innumerables ocasiones la Corte, acatando un principio fundamental de derecho, ha repetido que quien demanda la indemnización de un perjuicio está obligado a probar su existencia y extensión demostrando primero los hechos que lo constituyen y luego su cuantía, o por lo menos las bases para determinarla. Esto porque aún en la hipótesis de incumplimiento o culpa demostrados, puede ocurrir que el daño no se haya producido, o que dichos incumplimiento o culpa hayan reportado beneficios.

"Lo principal es establecer el daño causado, deducir de las pruebas del proceso si los perjuicios querellados se encuentran suficientemente establecidos, y sobre esta base fijar el **quantum,** o disponer que se fije en el cumplimiento de la sentencia". (G. J. 2046, pág. 90).

"Para que nazca en caso de infracción contractual la obligación de indemnizar perjuicio, son necesarios estos requisitos: a) que exista la infracción de la obligación; b) que tal infracción sea imputable al deudor; c) **que se demuestre que dicha infracción ha originado efectivamente un perjuicio al acreedor**" (G. J. LIV. bis Nov. 20 de 1942).

"Quien afirma que su demandado le ha inferido un daño por su dolo o culpa está obligado, si quiere que se le repare por decisión judicial, a producir la prueba de la realidad del perjuicio demostrando los hechos que lo constituyen y su cuantía, o señalando a este respecto, cuando menos, bases para su valoración" (G. J. 2016, pág. 113).

Que debe comprobarse ante todo la existencia real de los perjuicios se explica porque, con las únicas excepciones del cobro de intereses o de obligaciones con cláusula penal, en los cuales se estima que existe un reconocimiento y avalúo anticipados de ellos, la regla general es la de que los perjuicios no se presumen y si la ley establece la obligación de indemnizarlos cada vez que se causen, no por ello se exonera del deber de comprobarlos a quien tal cosa solicita.

En el caso de autos y como lo afirma el señor Procurador Delegado en lo Civil, "en el proceso no se encuentra el menor indicio de que el contratista Velasco Guerrero hubiera sufrido por ello (las suspensiones y el reajuste) los perjuicios cuya indemnización demanda y que relaciona con el libelo".

Evidentemente la actividad probatoria del actor descuidó tan importante extremo y se limitó a la presentación con la demanda, en papel simple, de algunas cartas y documentos privados que si bien refieren algunos antecedentes del contrato y contienen pormenores acerca del desarrollo de éste, nada prueban en relación con la existencia y realidad de los perjuicios que se cobran. Lo mismo puede decirse de los documentos allegados al juicio durante el término probatorio por el mismo demandante y a solicitud del señor Procurador Delegado en lo Civil. Todos ellos contienen, se repite, los antecedentes del contrato celebrado entre el demandante y la Nación y los detalles de la controversia surgida entre las partes acerca de las modificaciones propuestas a los planos por el Interventor de la obra; nada de donde la Sala pudiera deducir la existencia real de los perjuicios que constituyen el objeto principal de la demanda. En otras palabras: nada que demuestre que con motivo de las suspensiones alegadas el demandante hubiera tenido que pagar jornales innecesarios, o de brazos caídos, sumas por concepto de preaviso o pago de contratos presuntivos, o que con motivo de la diferencia de los precios pactados y los que efectivamente pagó el demandante, éste se hubiera perjudicado económicamente. Es decir, que como el demandante afirma que hubo de hacer pagos innecesarios por concepto de brazos caídos; **desembolsos** por razón de preavisos, contratos presuntivos de trabajo y por diferencia de precios en los materiales, considera la Sala que ha debido traerse al proceso, como requisito fundamental para el estudio de sus peticiones de indemnización, la prueba de que el demandante en realidad realizó tales gastos, que sufrió agravio económico por estos conceptos y soportó realmente los perjuicios alegados, aunque su cuantía fuera indeterminada.

No lo hizo así, sin embargo, y de acuerdo con las ideas expuestas anteriormente, las peticiones de la demanda no pueden prosperar, porque bien ha podido ocurrir que auncuando los trabajos se hubieran paralizado en realidad, el demandante hubiera salido indemne de dicha paralización.

Prueba de las suspensiones y del reajuste. — Pero es que en realidad las causas de donde el demandante hace derivar los perjuicios tampoco

se hallan demostrados en forma que la Sala pudiera afirmar con certeza su existencia.

Para comprobar la primera que se dice tuvo lugar entre los días 1º de abril al 6 de mayo de 1953, se trajeron al juicio copias simples de la comunicación enviada por el Ingeniero Director del Servicio de Ingeniería al demandante expresándole que por orden superior deberían suspenderse los trabajos, y del telegrama urgente que el mismo Ingeniero Director le dirige luego al Comandante de la Base para que se continúen. Pero si bien de tales comunicaciones puede deducirse que existió una orden de suspensión, no puede afirmarse que constituyan prueba de que ella en realidad se llevó a efecto.

Respecto de la segunda, ninguna prueba se produjo y ni siquiera puede saberse la época en que se llevó a cabo. El demandante se limitó a demostrar que existió una controversia con el interventor de la obra acerca de algunos cambios que aquél propuso a los planos originales y que, como ya se dijo, estaban autorizados por el Gobierno por la cláusula segunda del contrato y que deberían ser aceptados por el contratista sin que tales cambios dieran lugar a modificaciones en los precios. Pero de la existencia de esta controversia tampoco puede deducirse la suspensión de los trabajos, ni que de ella pueda hacerse responsable al Gobierno.

Tampoco la tercera y última se ha demostrado, ni se ha determinado la fecha en que pudo ocurrir, ni el tiempo de su duración. En el hecho 14 de la demanda se dice simplemente: "Tercera suspensión. Posteriormente viene la tercera suspensión en la ejecución de la obra debido a que el Gobierno no giró los fondos para el pago de los trabajadores, etc. causando así nuevos perjuicios al contratista y que después se detallarán". En el alegato de conclusión se repite que esta suspensión se debió a morosidad en el pago de las cuentas formuladas, que a esta morosidad e incumplimiento no procedió una previa resolución ministerial motivada y que tal cosa tornó dicha suspensión en irregular y otorgó al demandante derecho a reclamar indemnización de perjuicios. Tal vez de acuerdo con la comunicación que con fecha 28 de diciembre de 1953 (f. 216 C. 3) dirigida al Comandante de la Fuerza Aérea por el Comandante de la Base de Cali, y con el radiograma que el 6 de mayo del año siguiente (f. 89 C 3) dirige el Interventor al Servicio de Ingeniería del Ministerio de Guerra, pudiera afirmarse que se produjo una suspensión de trabajos por esta causa, si tales comunicaciones se hubieran autenticado y traído al proceso en forma legal.

Pero aun en este evento dichas pruebas sólo servirían para demostrar que tal suspensión fue ordenada por el contratista, no por el Gobierno, y sería entonces necesario examinar si evidentemente hubo incumplimiento o morosidad en el suministro de fondos por parte de la Nación y luego si dicha morosidad estaba o no justificada en cualquiera de las cláusulas estipuladas en el contrato, entre ellas, por ejemplo, la falta de aprobación de los trabajos por la Dirección Técnica del Servicio de Ingeniería de las Fuerzas Militares, pues, conforme a la cláusula 4ª tal requisito se consideró indispensable para la validez de las cuentas de cobro mensuales.

Reajuste. — Que el Gobierno eludió hacer el reajuste de precios solicitado por el contratista el 19 de febrero de 1954 constituye otro de los motivos alegados por el demandante como generador de perjuicios.

Sobre este particular y aparte de la solicitud de reajuste, la única prueba que se produjo fue el envío por parte del contratista al Gobierno de una copia simple del Decreto 712 de 1953 originario de la Alcaldía de Cali, por el cual se fijan precios unitarios para los contratos municipales que se celebraran por el Alcalde de aquella ciudad desde la fecha de su expedición en adelante.

De conformidad con la cláusula 14 el reajuste de los precios de las obras durante la ejecución del contrato solamente podría hacerse cuando concurrieran las circunstancias enumeradas en los apartes a), b), c), d), e), f) y g) de dicha cláusula y al contratista le estaba vedado iniciar la ejecución de obras con costo superior al pactado mientras no se le autorizara por medio de un acta que para su validez necesitaba de la aprobación del Servicio de Ingeniería de las Fuerzas Militares.

No se comprobó ninguna de estas circunstancias y la copia del Decreto del Alcalde de Cali no constituye prueba suficiente de que se estaba en presencia de las exigidas por los numerales anotados atrás.

Y aun en el supuesto de que tales circunstancias se hubieran demostrado, la ausencia del acta que autorizara al contratista para la realización de los trabajos al amparo de nuevos precios, sería suficiente para librar al Gobierno de toda responsabilidad en los perjuicios que por este aspecto hubiera podido recibir el demandante.

Y es así como la Sala puede concluír, al igual

que lo hizo por las razones expuestas en otro lugar que, no habiéndose probado de manera plena y completa según lo disponen los artículos 491 y 593 del G. J. los hechos de la demanda, la existencia real de los perjuicios ni tampoco la de las fuentes de donde estos se hacen provenir, las peticiones de la demanda deben rechazarse.

Sentencia

En consecuencia, la SALA DE NEGOCIOS GENERALES de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NIEGA LAS PETICIONES DE LA DEMANDA propuesta contra la Nación por el doctor Carlos Velasco Guerrero y por lo tanto ABSUELVE a la Nación de los cargos de la demanda.

Costas a cargo del demandante.

Revalídese el papel común.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán — Manuel Buenahora — Roberto Goenaga — Camilo Rincón Lara — Jorge García Merlano, Secretario.

SE DECLARA EJECUTORIADA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA PORQUE EL APELANTE NO SUMINISTRO PAPEL SELLADO PARA LA ACTUACION DENTRO DEL TERMINO LEGAL

Dispone el artículo 353 del C. J. que cuando un expediente suba ante el Superior en virtud del recurso de apelación, la parte o partes interesadas están en la obligación de suministrar, por lo menos, dos hojas de papel sellado para el repartimiento, y que si no cumplen con este requisito dentro de los quince días siguientes al recibo del proceso, si se trata de autos interlocutorios, o dentro de los treinta siguientes, si de sentencias, el negocio se reparte en papel común y se declara, de oficio, ejecutoriada la providencia objeto del recurso. El inc. 2º de la misma norma hace extensivo el anterior mandato a los negocios de que conozca la Corte Suprema en virtud de los recursos de apelación y casación, pero establece una diferencia en cuanto a términos, pues fija 30 días para los autos interlocutorios y 60 para las sentencias. A su turno, el artículo 3º del Decreto Legislativo 243 de 1951 redujo a la tercera parte los términos del artículo 353 citado, de modo que en tratándose de negocios que hayan de cursar ante esta Corte por causa de los recursos relacionados, los términos son de 10 y 20 días, respectivamente, según se trate de autos interlocutorios o de sentencias.

NOTA DE LA RELATORIA—En el mismo sentido se pronunció la Sala por auto de 30 de mayo, en el juicio de Vicente Vélez Palacio contra la Nación y Horacio Roldán Puerta y Julio Velásquez, con ponencia del Magistrado doctor Buenahora.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, mayo treinta de mil novecientos cincuenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel Buenahora)

En demanda presentada ante el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, con fecha once (11) de mayo de mil novecientos cuarenta y tres (1943), el ciudadano José Ulloque Meneses, acogiéndose al trámite del juicio ordinario, solicita que en su favor y en contra de la Nación, se hagan las siguientes declaraciones:

"a) Que la Nación, es civilmente responsable de los daños y perjuicios, tanto morales como materiales, sufridos (sic) por el demandante a virtud de la cancelación ilegal de mi matrícula de abogado decretada por el H. Tribunal Superior de Justicia de esta ciudad en 16 de diciembre de 1942.

"b) Que en consecuencia la Nación está obligada a pagarme la suma de cincuenta mil pesos, moneda legal ($ 50.000.00), cantidad en que estimo esos perjuicios, o la suma que se estipule en el curso del juicio por peritos, como indemnización".

Admitida la demanda, abierto el negocio a prueba y tramitada la instancia en la forma legal correspondiente, el Tribunal **a quo,** mediante providencia de fecha catorce (14) de junio de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944), absolvió a la Nación de los cargos formulados en el escrito de demanda.

Contra el fallo anterior la parte actora interpuso recurso de apelación, y concedido éste en el efecto suspensivo, el negocio vino a conocimiento de esta Corporación, en donde se observa lo siguiente:

Dispone el artículo 353 del C. J. que cuando un expediente suba ante el Superior en virtud del recurso de apelación, la parte o partes interesadas están en la obligación de suministrar, por lo menos, dos hojas de papel sellado para el repartimiento, y que si no cumplen con este requisito dentro de los quince días siguientes al recibo del proceso, si se trata de autos interlocutorios, o dentro de los treinta (30) siguientes, si de sentencia, el negocio se reparte en papel común y se declara, de oficio, ejecutoriada la providencia objeto del recurso. El inciso 2º de la misma norma hace extensivo el anterior mandato a los negocios de que conozca la Corte Suprema en virtud de los

recursos de apelación y casación, pero establece una diferencia en cuanto a términos, pues fija treinta (30) días para los autos interlocutorios y sesenta (60) para las sentencias. A su turno, el artículo 3º del Decreto Legislativo número 243 de 1951 redujo a la tercera parte los términos del artículo 353 citado, de modo que en tratándose de negocios que hayan de cursar ante esta Corte por causa de los recursos relacionados, los términos son de diez (10) y veinte (20) días, respectivamente, según se trate de autos interlocutorios o de sentencias.

En el caso de autos, el recurso de apelación interpuesto por la parte actora se dirigió contra una decisión judicial que tiene fuerza de sentencia, ya que por ella se decidió en primera instancia sobre las súplicas de la demanda con que se inició el presente juicio, y de conformidad con las normas citadas, el apelante ha debido suministrar dos hojas, por lo menos, de papel sellado para el repartimiento, a fin de que el Superior no se viera, en el evento contrario, en la obligación de declarar ejecutoriada la sentencia apelada.

Sin embargo, el recurrente no cumplió con estas obligación procesal. En efecto: a los fls. 2 y 3, respectivamente, del cuaderno número 11 aparece que el negocio se recibió en esta Corporación el veinte (20) de marzo del año en curso, y que fue repartido el catorce (14) de mayo siguiente, habiendo entrado al Despacho el 17 del mismo mes, con un informe secretarial que en lo pertinente dice: "...este negocio se repartió en papel común, para los fines del artículo 353 del C. Judicial, por cuanto la parte actora, que es la apelante— no suministró el papel sellado para el repartimiento dentro del término al efecto señalado en el artículo 3º del Decreto-Ley número 0243 de 1951 (febrero 3), o sea dentro de los veinte días hábiles siguientes al de la radicación del asunto en la Secretaría de la Sala, que se verificó en 20 de marzo del año en curso, según constancia precedente". (Fls. 3 del cuaderno Nº 11).

Así las cosas, es el caso de declarar ejecutoriada la sentencia apelada, de conformidad con lo previsto en la parte final del inciso 1º del artículo 353 del C. J., por darse la circunstancia allí prevista.

En tal virtud, 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, DECLARA EJECUTORIADA LA SENTENCIA APELADA, proferida por el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, con fecha catorce (14) de junio de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán — Manuel Buenahora. Roberto Goenaga — Camilo Rincón Lara — Jorge García Merlano, Secretario.

I N D I C E

Págs.

SALA PLENA

La Corte se asocia a la celebración del vigésimo quinto aniversario de la consagración episcopal del Eminentísimo señor Cardenal Crisanto Luque.—Proposición aprobada por la Sala Plena de la Corte en la sesión extraordinaria del 2 de mayo de 1956..... 473

Acusación por inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 3120 de 1950.—La decisión de inexequibilidad no procede contra una norma que subordina su vigencia a otra que ha quedado sin efecto.—La Corte resuelve que no es el caso de pronunciarse sobre la demanda instaurada por el ciudadano Luis Pallares Alvarez para que se declare la inexequibilidad del Decreto mencionado.—Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez 474

SALA DE CASACION CIVIL

Se reitera la doctrina consistente en que no existe posesión inscrita en el derecho colombiano.—No es posible alegar doble titulación, procedente de diversas fuentes, sobre un mismo inmueble.—Técnica de casación.—Al decidirse el recurso de casación promovido contra la sentencia que dictó el Tribunal Superior de Pasto en el juicio ordinario de María Angelina Rosero v. de Vallejo contra Hernán García, Celso Posso y Jorge Posso sobre dominio de un inmueble, la Sala no casa dicha sentencia, desfavorable a las pretensiones de la actora.—Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila 476

Validez de la cláusula "si nascatur".—Casación por errónea interpretación de la cláusula testamentaria. — La Corte no casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, confirmatoria de la de primera instancia, por la cual se desecharon las pretensiones de la demanda ordinaria de Inés, Raquel e Isabel Gaviria contra Ana María Gaviria de Uribe y otros, para que se declarara que aquéllas tienen la calidad de legatarias y por lo tanto tienen derechos sobre un inmueble.— Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez..... 488

Recurso de hecho. — La sentencia dictada en juicio sobre amparo de pobreza no es susceptible del recurso de casación. — No se accede a conceder el recurso de casación interpuesto por el doctor César A. Cepeda A. contra la providencia dictada por el Tribunal Superior de Barranquilla por la cual se decidió en sentido adverso al recurrente el amparo de pobreza solicitado para seguir posteriormente un juicio ordinario.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U. 495

Violación de la ley por error en la apreciación de pruebas. — En el juicio ordinario que sobre nulidad absoluta o rescisión por lesión enorme de una compraventa promovió Hormesinda Collazos M. contra Alfonso Espinosa M., no se casa la sentencia del Tribunal de Cali favorable a las pretensiones de la actora.—Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra 497

Acción de filiación natural dirigida contra el presunto padre.—Apreciación de la prueba testimonial. — La exigencia de que el Juez ordene expresar en la correspondiente partida el día y la hora en que tuvo lugar el nacimiento, no puede ser absoluta, pues si se carece de información al respecto, la ley excusa de ella. — La Corte desecha la demanda de casación formulada por la parte demandada y, en consecuencia, no casa la sentencia que pronunció el Tribunal Superior de este Distrito Judicial, por la cual se declara la filiación natural solicitada por

Págs.

Antonio o Luis Antonio Sefair Angel en demanda dirigida contra Antonio Sefair Canaan.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U. 503

Aplicación de las leyes sobre cambio de jurisdicción en asuntos laborales. — Decretos Legislativos números 0456 y 0931 de 1956. Se ordena remitir al Tribunal Supremo del Trabajo el juicio ordinario del doctor Víctor G. Valle O. contra María Ramos v. de Güete sobre reconocimiento de honorarios por servicios profesionales, para que esa entidad falle el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla, por haber perdido la justicia ordinaria jurisdicción para conocer de esta clase de negocios. — Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra. 512

Se repone el auto anterior 516

Acción de incumplimiento de una promesa de compraventa.—No se casa la sentencia que había dictado el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por medio de la cual se puso fin al juicio ordinario instaurado por Rosario Pedroza de Bernal y Rafael Salamanca contra José Araque, sentencia favorable a las súplicas demandadas en el libelo.—Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez 517

Pago por consignación. — Indemnización de perjuicios ocasionados por el ejercicio abusivo del derecho de litigar.—En este caso la culpa no se presume; corresponde al actor probarla en el juicio.—Casación por violación del Decreto 243 de 1951.—En el juicio iniciado por Manuel Szapiro contra Hugo Treachi y Gil Sánchez Borrero, sobre resolución de un contrato de compraventa por falta de pago de parte del precio, la Sala no casa la sentencia, acusada por ambas partes, del Tribunal de Bogotá, en virtud de la cual se confirma la de primera instancia, absolutaria de los demandados, respecto de los cargos formulados en la demanda, y de Szapiro respecto de las súplicas formuladas en la demanda de reconvención.—Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse 525

En el juicio ordinario de deslinde pueden controvertirse las cuestiones referentes a la propiedad de la zona disputada.—La Corte no casa la sentencia que el Tribunal Superior de Bucaramanga había pronunciado para despachar el juicio convertido en ordinario por la oposición de Constantino Rueda y Daniel Ocaziones al deslinde solicitado por Juan Francisco Solís López de unos fundos indivisos.—Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R. 538

Se aclara la parte resolutiva de la sentencia anterior 547

El adulterio declarado en sentencia de divorcio quoad thorum et cohabitationem, como causal de indignidad para recibir asignación abintestato en la sucesión del cónyuge inocente. — Aducción directa de los documentos públicos o auténticos, incluso los producidos en país extranjero. — La cosa juzgada comprende la parte motiva del fallo.—Una sentencia de divorcio eclesiástico no requiere exequatur, cualquiera que sea el lugar donde se pronuncie.—En el juicio ordinario seguido por Gustavo Gómez como cesionario de José Gutiérrez Céspedes, quien a su vez cedió sus derechos a Isaac, Alfonso y Hernando Devis Echandía, contra Elena Gutiérrez Montejo de Torres y Natalia Latorre de Gutiérrez, para que se declare su calidad de cesionario del mencionado Gutiérrez C. y, como tal, heredero abintestato de María Rafaela Gutiérrez de Gutiérrez, la Corte casa la sentencia del Tribunal Superior de este Distrito Judicial, favorable a las pretensiones del actor, y como Tribunal de Instancia declara probada la excepción de indignidad para suceder, y, en consecuencia, absuelve a las demandadas de los cargos formulados en el libelo. — Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R. 548

Alcance del artículo 1º del Decreto número 1219 de 1955, sobre funcionamiento de las Salas de Casación Civil.—A virtud de re-

Págs.

curso de la parte demandante en el juicio de que se da cuenta en el aparte anterior, la Sala Plena de Casación Civil decide que no da lugar a su intervención en los negocios en que cualquiera de las dos Salas de Casación Civil dicte sentencia y no hay por tanto recurso ante la Sala Plena de Casación Civil alegando que la sentencia es un "proyecto" de fallo, por contener jurisprudencia distinta o contraria a la existente o sobre puntos nuevos, a juicio de parte interesada.—Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R. 566

La Sala Plena de Casación Civil reafirma su doctrina sobre el artículo 1º del Decreto número 1219 de 1955—No se repone el auto anterior.—Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R. 568

Se resuelve la solicitud de aclaración de la sentencia anterior. — Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R. 570

Acción de nulidad de una confesión judicial de paternidad.—Requisitos de esta clase de reconocimiento de la filiación natural. — Técnica de casación.—Al resolverse el recurso interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del Tribunal de Bogotá, la Sala decide no casar dicha sentencia por medio de la cual se puso fin en segunda instancia al juicio ordinario que sobre el objeto expresado instauró Dioselina Forero de Niño contra Rosalbina y Ana Isabel Ramírez, esta última menor representada por su madre natural María Leonarda Ramírez, sentencia en la cual se hicieron las peticiones de la demanda y se desecharon las de la de reconvención. — Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse..... 572

Aplicación de la ley 200 de 1936. — Prueba testimonial.—Casos a que se refiere el dictamen pericial en una diligencia de inspección ocular.—Técnica de casación.—En el juicio reivindicatorio promovido por Euclides, Ismael, Moisés, Alfredo y Mercedes Noguera, ésta, señora de Moreno, contra José Vicente Cantillo, no se acoge la demanda de casación formulada por el demandado, y en consecuencia, no se casa la sentencia del Tribunal de Santa Marta, confirmatoria de la de primera instancia, favorable a los actores en el juicio—Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila 578

Efectos de la nulidad absoluta del contrato de sociedad.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Cartagena en la cual se declaró nula la sociedad "E. Castellanos & Cía." y se decreta su liquidación, todo ello a virtud de juicio promovido por Alfonso U. Mendoza contra Enrique Castellanos, para que se proveyera sobre el objeto expresado. — Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra 587

Casación contra sentencia aprobatoria de partición verificada en el juicio de división material de bienes comunes.—En el juicio que inició Jorge Saavedra Arzayús contra Marco Antonio Cruz Perdomo para obtener la división material de una casa de que ambos son propietarios en comunidad, ubicada en Neiva, la Corte no casa la sentencia que pronunciara el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial, por la cual se impartió aprobación al trabajo de partición, rehecho de acuerdo con las objeciones formuladas por el demandado que se encontraron admisibles. — Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez..... 593

La falta de precio en un contrato de compraventa da base para ejercitar la acción de simulación pero no la de nulidad porque ésta requiere que el acto jurídico tenga una formación real.—Error de hecho y de derecho.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, confirmatoria de la de primera instancia y absolutoria del demandado Emilio Martínez Cárdenas de los cargos formulados en juicio ordinario por José del Carmen, Heliodoro, Susana, María Lastenia y Graciliana Martínez, en representación de la sucesión de Urbano Martínez, en demanda tendiente a obtener la nulidad absoluta o subsidiariamente la simulación de unos contratos de compraventa. — Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse 597

Págs.

Examen de las pruebas a cargo del Tribunal de instancia.—Las cuestiones de hecho sólo llegan a ser por excepción objeto de la casación.—Los "medios nuevos".—La Sala no casa la sentencia del Tribunal Superior de Montería que decidió favorablemente a la demandante el juicio ordinario sobre filiación natural de Emperatriz Martínez Polo, en su calidad de madre natural de Naty y Marly (Machado Martínez) contra Martina Arteaga C. v. de Machado. — Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R. 600

SALA DE CASACION PENAL

Estados pasionales. — Ira e intenso dolor.— Requisitos que los configuran.—Veredicto. Cuando se omite el reconocimiento de la gravedad no se configura la modalidad del artículo 28, —estado de ira e intenso dolor—, sino la del artículo 38, numeral 3º del Código Penal.—La Corte no invalida el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, por medio del cual se condena a Rosendo García Flórez a la pena principal de quince años de presidio como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Samuel Quintero.—Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 611

Se ordena cesar todo procedimiento por cuanto el procesado no cometió el hecho que le fue imputado.—En tal forma se pronuncia la Corte respecto del denuncio formulado por Gabriel Victoria V. contra el doctor Santiago Cadena Copete, ex-Juez 1º Penal del Circuito de Cali.—Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve..... 617

Recurso de casación.—Inadmisibilidad del recurso por ser la pena inferior a la contemplada por el artículo 557 del C. de P. P.— La Sala se inhibe de conocer la demanda de casación interpuesta contra la sntencia del Tribunal de Pereira por la cual se condenó a Jaime Grillo Mejía a la pena de diez y ocho meses de presidio como responsable de las lesiones personales culposas causadas a Aída Bedoya. — Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 619

La Corte dicta sobreseimiento definitivo a favor de un ex-Gobernador y ordena adelantar una investigación.—En la forma mencionada se resuelven las diligencias adelantadas contra el doctor Francisco González Torres, antiguo Gobernador del Departamento del Tolima, en virtud de la denuncia formulada por el doctor Carlos A. Lozano Agudelo por detención arbitraria y abuso de autoridad.—Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve..... 622

Recurso de revisión.—Causal 3ª—Calidad de la prueba.—La defensa en el proceso penal no es un privilegio sino un derecho que otorga la ley.—Se ordena al Juzgado Penal del Circuito de Pereira (reparto) que efectúe la revisión del proceso qce se le adelantó a Noel Parra Palacio por el delito de lesiones personales, proceso en el que fue condenado a a pena de veintiocho meses de presidio y accesorias consiguientes.—Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 627

Revisión y nulidad—Diferencias—No se aclara la sentencia anterior. — Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro... 635

La Sala se inhibe de decidir en el fondo un incidente de reducción de embargo, por cuanto el peticionario no es abogado inscrito.—En la forma expresada resuelve la Sala el incidente promovido por Nepomuceno Matallana M. — Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve..... 637

Deformidad física y perturbación funcional. Diferencias. — Interpretación del artículo 374 del C. P.—Significado de las palabras "órgano" o "miembro" en su aspecto de perturbación funcional.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Buga, recurrida por el Fiscal de dicha entidad, y en su lugar se condena a Luis Carlos Arango Yepes a la pena principal de veintinueve meses de presidio, a las accesorias consiguientes y a pagar los perjuicios causados por la infracción, como responsable del delito de lesiones personales cometido en

Págs.

Eduardo y Aldemar Marín. — Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 638

Causales 1ª y 2ª de casación.—Reformatio in pejus.—La mera "curiosidad" con que obra el incriminado al apoderarse de un objeto, constituye dolo específico del robo.—Cuál es el momento consumativo del robo y el hurto.—Tentativa y frustración.—El hurto y el robo son susceptibles de tentativa pero no de frustración.—Aplicación del artículo 404 del Código Penal.—La Corte no casa la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, recurrida por el procesado, en la cual se condenó a José Guillermo Suárez Rojas a la pena de cuatro años y veinte días de presidio como responsable del delito de robo imperfecto. — Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra 644

Se confirma el auto de sobreseimiento temporal objeto del recurso de apelación.—En el proceso seguido contra el doctor Ignacio Meléndez Piñeres, ex-Juez Segundo Superior de Cartagena, en virtud de la denuncia formulada por cargos de responsabilidad por el Visitador del Ministerio de Justicia, la Sala profiere la decisión de que se ha hecho mérito.—Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve 657

Delito de prevaricato.—Caso en que es más favorable decretar el sobreseimiento definitivo y no la declaración de cesación del procedimiento por prescripción de la acción penal.—Pretermisión de la instancia. — Se cinfirma el auto consultado del Tribunal Superior de Bogotá, en el cual se sobresee definitivamente a favor del doctor Roque Uribe Rangel, antiguo Juez Promiscuo del Circuito de Agua de Dios, por cargos de responsabilidad formulados por Pedro Suárez.—Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez 659

Prescripción de la acción penal en el delito de prevaricato.—La Sala confirma la providencia por la cual se declara prescrita la acción penal y se ordena cesar todo procedimiento contra el doctor Joaquín Gómez Reynero, Juez Promiscuo del Circuito de Cereté, en el proceso seguido contra él por el delito de prevaricato. — Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve..... 662

Abuso de autoridad—En la investigación adelantada contra el doctor Hernando Díaz Rubio, Fiscal del Juzgado Tercero Superior de Bogotá, por irregularidades cometidas en la tramitación de un proceso penal, se confirma la providencia consultada del Tribunal Superior de este Distrito Judicial por la cual se suspende todo procedimiento contra el acusado. — Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez 664

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Falta uno de los presupuestos de la acción cuando no se acredita la calidad de abogado en el profesional acusado por faltas contra la delicadeza y el decoro profesionales.—En el proceso seguido contra el doctor Jorge Caro Copete por el objeto expresado, se resuelve revocar la sentencia del Tribunal Superior de Cali y en su lugar remitir el proceso a la oficina de origen para que se proceda de conformidad con la decisión de la Corte.—Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara..... 667

Se reitera la doctrina consistente en que es indispensable acreditar la calidad de abogado en el profesional acusado por faltas cometidas en el ejercicio de la abogacía.— Se revoca el fallo del Tribunal Superior de Neiva y en su lugar se niegan las peticiones de la querella formulada por José Ruiz L. contra el abogado Alfonso Tovar y Tovar—Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara 669

Se decreta la nulidad de lo actuado por no haberse suspendido el presente juicio civil ya que está en curso un proceso penal cuya decisión puede influir en la solución del juicio civil.—Cuando no se decreta esta nulidad, se incurre en violación del artículo 26 de la Carta.—La Corte resuelve en tal sentido el juicio ordinario seguido por Isabelina Torres de Rincón, madre legítima de la menor Elvia Rincón Torres, contra la Intendencia del Meta, sobre indemnización de

Págs.

los perjuicios que se hayan ocasionado en un accidente de tránsito, al decidirse el recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá.—Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara..... 671

No se repone el auto anterior. — Cuándo es procedente el recurso de súplica.—Antes de decidir sobre el fallo de primer grado, el superior tiene facultad para decretar las nulidades que encontrare probadas. — Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara 675

Caso en que se han acumulado acciones, de las cuales una se sustrae al conocimiento del Consejo de Estado, por virtud de la declaratoria de inexequibilidad de algunos artículos de la ley 167 de 1941.—Se niega la nulidad por incompetencia de jurisdicción formulada por el señor Procurador Delegado en lo Civil en el juicio que sobre indemnización de perjuicios causados por trabajos públicos siguen Felipa Hernández v. de Camargo, Ana Francisca, Fernanda y Matilde Camargo Hernández contra el Municipio de Barichara. — Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán..... 679

Juicio ejecutivo—La sola providencia que decreta la expropiación de un bien, junto con el avalúo sin objeciones de dicho bien, no constituye título ejecutivo.—La Sala confirma el auto del Tribunal Superior de Quibdó por el cual se negó esa entidad a librar orden de pago por la vía ejecutiva contra el Departamento del Chocó en el juicio iniciado por Juan Maturana F.—Magistrado Ponente: Dr. Manuel Buenahora. 682

Acción de indemnización de perjuicios ocasionados por el incumplimiento de un contrato. — El demandante, en juicio de esta clase, debe demostrar los perjuicios y la causa de ellos.—Se niegan las peticiones de la demanda y, en consecuencia, se absuelve a la Nación de los cargos formulados en la demanda ordinaria por el doctor Carlos Velasco Guerrero. — Magistrado Ponente: Dr. Manuel Buenahora 685

Se declara ejecutoriada la sentencia de primera instancia porque el apelante no suministró papel sellado para la actuación dentro del término legal. — En tal forma queda resuelta la apelación formulada contra la sentencia que dictó el Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio que sobre indemnización de perjuicios siguió José Ulloque Menesse contra la Nación.—Magistrado Ponente: Dr. Manuel Buenahora.... 698

NOTA—Con el presente número se termina el Tomo LXXXII de la GACETA JUDICIAL. El número 2168 estará destinado para el Indice del Tomo.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

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.

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: JULIO J. BENETTI SALGAR

RELATOR DE LA CORTE

TOMO LXXXII 1956 NUMERO 2168

EXTRACTO DE LAS DOCTRINAS CONTENIDAS EN EL PRESENTE TOMO LXXXII (NUMEROS 2163 A 2167, ENERO A MAYO DE 1956), DE LA "GACETA JUDICIAL"

— A —

— 1 —

ABOGADOS (**Faltas contra la ética profesional por cobrar letras de cambio con intereses usurarios**)

No ha violado los principios que regulan el ejercicio de la profesión, el abogado que interviene en el cobro judicial de una letra de cambio cuando se ha estipulado un interés del 2% mensual **por la mora,** si este interés es el mismo que pueden cobrar legalmente las cooperativas de crédito, porque sólo el exceso de tal cifra, en operaciones de esa índole, puede reputarse como usurario. (Negocios Generales. Marzo 7 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166).....393, 2ª y 394, 1ª

— 2 —

ABOGADOS (**Faltas en el ejercicio profesional por entregar a un juez un proyecto de auto, aunque sea legal y esté de acuerdo con la realidad procesal**)

Comete falta grave en el ejercicio de la abogacía el profesional que entrega al juez un modelo o proyecto de auto. Tal falta no radica en que se pretendiera con el proyecto una actuación ilegal o inoportuna o con desmedro de los intereses opuestos al del abogado, pues de haber sido así el hecho revestiría calidades de suma gravedad. Ella está en el hecho mismo de haber escrito y entregado el proyecto de auto al Juez para que fuese dictado dentro del juicio en que tenía un interés directo. Esa intervención no es lícita, y no puede calificarse de normal dentro del ejercicio de la profesión del abogado, cuya actuación debe limitarse a pedir dentro del proceso lo que en derecho corresponda. Además, es pretexto inadmisible a todas luces el de que los abogados tienen que "suplir la incapacidad de los funcionarios" ayudándolos, ilustrándolos y sirviéndoles en esa forma, porque con tal criterio, fácilmente las sentencias de jueces y magistrados, re-

sultarían hechas por abogados de los litigantes.

En punto a intervención de los abogados dentro de las funciones propias de los falladores, no hay parvedad de materia. Ella siempre será grave, en ningún caso leve. Porque implicaría suplantar la administración de justicia, que se exige y supone ser neutral, por la actividad muy cercana en todos los casos a la delincuencia, de una de las partes, ejercida directamente por ella o por medio de apoderado. (Negocios Generales. Marzo 8 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166) .....397, 2ª y 398, 1ª y 2ª

— 3 —

ABOGADOS **(Prueba de la calidad de tal en el profesional acusado)**

Si bien es cierto que la ley 69 de 1945 ha establecido sanciones para los abogados por faltas graves o leves cometidas contra la moral y el decoro profesionales, también lo es que la condición de sujeto activo de la infracción debe aparecer legalmente evidenciada en el proceso por medio de los elementos probatorios conducentes, según la norma legal. Si no se ha traído a los autos esa prueba, no puede decirse que la querella se haya dirigido contra el acusado con el carácter de abogado, y si esto es así, no es posible entonces deducir las consecuencias que la ley ha previsto contra los responsables de aquellas infracciones. Faltaría, en ese evento, uno de los presupestos esenciales de esta especialísima acción. (Negocios Generales. Marzo 10 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166).....401, 2ª y 402, 1ª

— 4 —

ABOGADOS **(Las sanciones de la ley 69 de 1945 recaen sobre quien ostenta título de abogado y comete la falta en ejercicio de esta profesión)**

Los hechos constitutivos de faltas leves o graves contra la delicadeza o el decoro profesionales de que tratan los artículos 8º y 9º de la ley 69 de 1945, se refieren inequívocamente a actos ejecutados en ejercicio de la profesión de abogado y por quien ostenta ese título, lo que vale decir que para que se pueda configurar la infracción que en ellos se contempla, no basta la ocurrencia de los hechos así calificados en los referidos artículos, sino que se hace necesario que su realización se ejecute por quien ostenta el carácter especial de abogado. (Negocios Generales. Abril 5 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166) 437, 2ª

— 5 —

ABOGADOS **(Prueba de esta calidad en el profesional acusado)**

Sólo las personas que ejercen legalmente la abogacía pueden ser sujetos de los derechos y obligaciones que emanan del mandato constitucional respectivo y del estatuto reglamentario de la profesión, y por lo mismo susceptibles de ser juzgados por las faltas que cometan. (Negocios Generales. Abril 10 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166).....459, 1ª y 2ª

— 6 —

ABOGADOS **(Requisito de la calidad de abogado en el profesional acusado por faltas contra la ética)**

Según los artículos 8º y 9º de la ley 69 de 1945 incurren en infracción —que se sanciona con multa, suspensión del ejercicio de la profesión y cancelación de la matrícula— los abogados que cometan leves faltas con-

tra la delicadeza y el decoro profesionales, o faltas graves en el ejercicio de la profesión. La infracción tiene, pues, completa configuración jurídica cuando una de esas faltas se ha consumado por persona que tenga legalmente el título de abogado. Mediante los citados preceptos quiere el legislador cerrar el paso a procedimientos que relajarían la profesión dicha, con grave perjuicio para quienes acuden a los titulares de ella con el fin de lograr el reconocimiento de sus derechos. De ahí que, en estos casos, para dar aplicación a aquella norma, la prueba principal que debe allegarse a los autos es la referente a la calidad de abogado de la persona acusada, porque si ésta carece de esa calidad no será posible juzgar su conducta con respecto a una profesión a la cual no pertenece o, lo que es lo mismo, no puede fallarse a fondo el negocio por faltar uno de los presupuestos esenciales de la acción. (Negocios Generales. Mayo 17 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167) 668, 1ª

— 7 —

ABOGADOS (Se requiere estar inscrito en la Secretaría de la Sala para solicitar reducción de embargo)

La solicitud sobre reducción de embargo no puede resolverse en el fondo porque se ha recibido informe secretarial de que el peticionario no es abogado inscrito, lo que le impide ser oído por no estar la cuestión de derecho que se ha sometido al juicio de la Corte comprendida dentro de las excepciones de que tratan los artículos 1º y 2º de la ley 69 de 1945 y 1º del Decreto 1209 de 1954. (Casación Penal. Mayo 14 de 1956. Tomo LXXXII. Nº 2167).....637, 2ª

— 8 —

ABUSO DE AUTORIDAD

Lo arbitrario y lo injusto se predica de actos ilegítimos del empleado público que falta a sus funciones o consumó el atropello contra una persona o contra una propiedad, así como también hay lugar a deducir abuso no de los simples desaciertos al interpretar determinada norma, sino cuando injustificadamente se rehusa, omite o retarda la ejecución de algo inherente a los deberes del funcionario. (Casación Penal. Mayo 28 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167).....665, 2ª

— 9 —

ABUSO DE AUTORIDAD (Delito de)

El abuso de autoridad de que trata el artículo 171 del Código Penal requiere necesariamente el dolo, porque implica un acto arbitrario, y la arbitrariedad es el desconocimiento consciente de las normas jurídicas que regulan una determinada situación, para imponer el funcionario o empleado público su caprichosa voluntad. El responsable actúa sabiendo que ejerce un poder ilegal, o que los hechos aducidos para el caso no tienen fundamento en la realidad. El abuso consiste, pues, en pasar por encima de lo que estatuye el derecho positivo, con intención de violar las disposiciones legales que gobiernan la propia actividad funcional. Si falta esa malicia, el delito desaparece. Por eso, el funcionario que se equivoca de buena fe, podrá incurrir en desacierto, pero no en un acto arbitrario que le apareje responsabilidad penal. (Casación Penal. Febrero 9 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64) .143, 1ª

— 10 —

ABUSO DE AUTORIDAD (Dar noticia de un hecho que se cree delictuoso y abstención del funcionario para investigar)

La obligación que la ley impone a los funcionarios de la Rama Jurisdiccional de dar noticia de un hecho delictuoso a la autoridad competente (artículo 11 del C. de P. P.) está subordinada a la apreciación subjetiva que el funcionario se forme del hecho, para saber si en un momento dado es o no constitutivo de delito; es decir, si en su concepto el hecho no tiene el carácter de ilícito, la obligación de dar noticia de él al funcionario competente no es imperativa ni conlleva deberes y obligaciones que al omitirlas lo hagan responsable ante la ley. Tampoco surge ese deber cuando media petición de parte, porque la simple solicitud no crea la obligación ya que es el hecho en sí mismo considerado el que debe configurar el delito para que se adelante la investigación, pues si la acusación es infundada desaparece el deber legal por no ser el hecho constitutivo de infracción penal.

Por esto es por lo que la ley relaciona íntimamente la disposición del artículo 11 del C. de P. P. por la del 174 del Código Sustantivo, en cuya norma se establece la sanción para los funcionarios o empleados públicos que omiten el deber a que hace referencia la primera de las disposiciones citadas, pero esa obligación "dar noticia" se vincula directamente con "la comisión de un delito", de manera que, si en concepto del funcionario el hecho no es constitutivo de infracción de la ley penal, cesa el deber legal y la omisión —se repite— no acarrea en ningún caso responsabilidad pues la simple posibilidad de que ésta o aquella actuación pueda ser constitutiva de delito, no es motivo de información. (Casación Penal. Marzo 15 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166) ..339, 2ª y 340, 1ª

— 11 —

ABUSO DEL DERECHO (Da lugar a indemnización de perjuicios cuando se procede dolosa o culposamente, ésta por acción u omisión, pero el simple riesgo corrido no ha sido aceptado en la jurisprudencia)

La jurisprudencia ha aceptado que el abuso de los derechos, entre ellos el de litigar, da origen a la culpa aquiliana o extracontractual. (V. sentencias octubre 30 de 1935, marzo 24 de 1939, mayo 19 de 1941, mayo 27 y junio 22 de 1943, entre otras). Y ha hecho la diferenciación entre el acto intencional dirigido a causar un perjuicio —acto doloso —y la simple culpa como error de conducta consistente en no haber previsto las consecuencias de una actividad cuando han debido y podido ser previstas, error de conducta causado por la negligencia o imprudencia de los actos humanos. Esta culpa conlleva la indemnización de perjuicios cuando se han cumplido las exigencias doctrinarias y legales que la configuran, culpa que puede ser **in comittendo** o **in omittendo**, pero en todo caso no puede prescindirse al tratarla del factor subjetivo. La teoría del simple riesgo corrido no ha tenido aceptación en la jurisprudencia. (Casación Civil. Mayo 22 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167) ... 532, 2ª

— 12 —

ACCION (Los hechos de la demanda)

La ley no es sino ordenamiento abstracto, en espera de que el hombre lo actualice, por medio de su voluntad externa, haciéndole producir un sinnúmero de situaciones concretas y palpitantes. Son los hechos, por

tanto, la fuerza creadora de tales situaciones; pero éstas no podrían producirse jamás sin la norma preconstituída que las contemple en abstracto. Por lo mismo, si la norma existe y si sobre ella operan los hechos, ya desde este instante quedan para siempre señalados en el derecho; y si luego al impetrar el agente la tutela jurisdiccional para su interés así constituído, en vez de señalar esa regla, señala otra, con ello no trastorna ni destruye los hechos ya realizados, ni los efectos jurídicos de esos hechos, producidos concretamente en el ámbito de esa norma. Lo que logran los hechos incontrastables no lo aniquila una cita errada de la ley. Por ello la doctrina confía más en los hechos, como factor indicador de las disposiciones legales, que en el juicio del agente, sujeto a confusiones y yerros.

Se comprende, por consiguiente, que la tarea de precisar el texto legal que estructura una acción, sea, primordialmente, del Juez, porque él representa al Estado en la tarea de juzgar, que es función del Estado, y se infiere, igualmente, la poca importancia que en la instancia tiene que el litigante indique la norma, como origen y asiento de la acción, y la intrascendencia de errar en la indicación: "Jura Novit Curia". En este sentido la doctrina y la jurisprudencia han sido uniforme y constantemente reiteradas. (Casación Civil. Abril 13 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166) 283, 2ª

— 13 —

ACCION (No puede variarse y menos en casación, una acción por otra)

A la pretensión de última hora de que si el demandado no es poseedor se le aplique en este juicio reivindicatorio el artículo 971 del C. C., se oponen los más elementales principios de derecho procesal que impiden el cambio intempestivo, y menos en el recurso extraordinario que se decide, de la acción reivindicatoria contra el poseedor, por otra a la cual responde como mero tenedor.

Ya ha dicho la Corte (G. J. LVIII, 173): "...Las reglas de la acción reivindicatoria son aplicables en los casos a que se refiere el artículo 971 del C. C., a los que esta disposición extiende ese procedimiento; pero conceder esta extensión no es erigir en caso de reivindicación los contemplados allí. En otras palabras, no puede entenderse el artículo 971 en forma tal que infirmara todo lo que claramente ha establecido respecto de posesión el mismo título que él cierra, identificando con ella la mera tenencia a efecto o hasta el extremo de hacer responsable de esa acción al mero tenedor en tesis general e indiscriminadamente. Diversos son los caminos por donde se llega a esta situación de mera tenencia. Preciso es distinguir entre ellos, a fin de saber cuáles son las situaciones en que son aplicables las reglas y proceder antedichos dentro del art. 971....". (Casación Civil. Abril 27 de 1956. Tomo LXXXII. Nos. 2165-2166) .....309, 2ª y 310, 1ª y 2ª

— 14 —

ACCION DE FILIACION NATURAL (Cuando la demanda se funda en determinada causal, las pruebas tendientes a demostrar otras causales, están fuera de la litis)

Cuando una demanda en juicio sobre filiación natural se funda en determinada causal, los demás aspectos de las probanzas tendientes a demostrar causales no invocadas por el apoderado de los actores, están fuera de la litis, pues las declaraciones de la sentencia sólo pueden y deben fundarse en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, si la existencia y verdad de unos y otros aparecen demostrados, de manera plena y completa, según la ley, por alguno o al-

gunos de los medios probatorios especificados y conocidos con el nombre de pruebas (artículo 593 C. J.).

La Corte expresó que "lo que determina el campo del litigio son los hechos fundamentales de la demanda" y que "a los que enuncia y sólo a los que enuncia tiene que ceñirse el fallo". (Cas. agosto 11 de 1911, G. J. XX, 208). (Casación Civil. Abril 24 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166) . . 292, 1ª

— 15 —

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS (El sucesor del pasajero muerto en accidente puede elegir entre la acción nacida del contrato y la originada del mismo hecho)

Según doctrina sostenida por la Corte, el sucesor universal del pasajero muerto en accidente, puede elegir entre la acción nacida del contrato, por culpa contractual (acción heredada) y la originada del mismo hecho, visto aisladamente, sin conexión con el contrato, como simple culpa delictual, acción no heredada. (Sobre este derecho de opción del causahabiente y sobre la diferencia que existe en cuanto a los perjuicios según se trate de una u otra acción, ver sentencia de 27 de septiembre de 1955, G. J. LXXXI, págs. 163 y ss.). (Casación Civil. Febrero 11 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64) . . . . 46, 1ª y 2ª

— 16 —

ACCION DE INDEMNIZACION POR TRABAJOS PUBLICOS (Término durante el cual puede ejercitarse la acción)

El artículo 263 del C. C. A. es una disposición especial, que por su contenido tiene un alcance y finalidad en el ejercicio de las actividades jurídicas encaminadas a obtener de la justicia la reparación de la prestación debida por los perjuicios causados con motivo de la ocupación permanente de una propiedad particular, sobre la cual se ha realizado un trabajo público; dicha norma no por la claridad de sus términos es menos importante, si se toma en cuenta la trascendencia que para el demandante tiene la prueba tendiente a la demostración de los actos constitutivos de la ocupación, porque es desde la fecha de la ocupación total del predio en que principia a contarse el término de los dos años, requisito indispensable para que se estime que la demanda ha sido interpuesta oportunamente. De ahí la importancia del medio de convicción en la aplicación del precepto citado en lo que respecta a la clausura de aquel término, sin haberse cumplido con la exigencia de presentar la demanda dentro de él. Contempla, pues, el precepto mencionado un presupuesto indispensable para que la súplica implorada pueda ser considerada: el del mencionado término dentro del cual el actor debe hacer valer los derechos que el acto positivo ocasionó. Ese término lo ha fijado el legislador no por un capricho sino con el fin de limitar el tiempo dentro del cual el perjudicado pueda presentarse a la justicia en demanda de la efectividad de sus derechos, pues sería contrario al orden jurídico dejar para ello tiempo indefinido. Siendo esto así a nadie se le escapa la obvia y lógica consecuencia legal de la norma: si la acción no se inicia dentro del lapso allí fijado, ella se extingue por haber precluído el término para reclamar la prestación de ese derecho, es decir, por haber finalizado la oportunidad prevista por la ley para demandar la indemnización por tal ocupación. (Negocios Generales. Marzo 21 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166) . . . . 433, 1ª y 2ª

— 17 —

ACCION DE INDEMNIZACION POR TRABAJOS PUBLICOS (Elementos axiológicos de la acción)

Los elementos axiológicos de la acción de indemnización de perjuicios ocasionados por trabajos públicos, con motivo de la ocupación permanente de la propiedad privada por la Administración, son: el dominio o propiedad de la parte demandante sobre el bien inmueble ocupado con motivo de un trabajo; la intervención de una persona de derecho público en la realización de la ocupación y de los trabajos con fines de servicio público, y la demostración de los perjuicios ocasionados. (Negocios Generales. Abril 9 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166)..450, 2ª

— 18 —

ACCION RESOLUTORIA (Requisitos para su viabilidad)

Para que sea viable la acción resolutoria no basta que el otro contratante no haya cumplido: es necesario también que el demandante se hubiera allanado a cumplir en la forma y tiempo debidos, si de su parte no ha procedido ya el pago de la obligación. (Casación Civil. Febrero 16 de 1956. Tomo LXXXII. Nos. 2163-64).....81, 2ª

— 19 —

ACCION RESOLUTORIA (Implica para su ejercicio que el contratante haya cumplido o se allane a cumplir las obligaciones a su cargo)

Según el artículo 1546 del C. C., va envuelta en los contratos bilaterales la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, en conformidad con el 1609 y en los mismos contratos sinalagmáticos, ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos. Es claro entonces que para cada contratante el ejercicicio de la acción exige, como base ineludible, que por su parte haya cumplido o allanádose a cumplir, en los términos del propio artículo 1609, las obligaciones a su cargo. Si falta esa prueba, la absolución se predica. (Casación Civil. Mayo 21 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167).....523, 2ª

— 20 —

ACTIVIDADES PELIGROSAS (Presunción de responsabilidad)

La presunción de responsabilidad consagrada en el artículo 2356 del Código Civil, estriba en la actividad peligrosa, no en la cosa.

Un cable metálico, intrínsecamente, por sí solo, no es peligroso, pero cuando está sirviendo en la actividad de conducir una corriente eléctrica, es más peligroso que un rifle de repetición disparando continuamente. (Casación Civil. Febrero 28 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64).....107, 2ª

— 21 —

ACTO LEGISLATIVO (Incompetencia de la Corte para conocer de su inconstitucionalidad)

La Corte no tiene competencia para conocer de una demanda presentada ante ella contra un Acto Legislativo. (Sala Plena. Enero 30 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64) .....9, 2ª y 10, 1ª y 2ª

— 22 —

ACUMULACION DE ACCIONES (Cuándo de una de ellas conoce la justicia ordinaria y de la otra la de lo contencioso administrativa)

La acumulación de dos acciones, una que se dirige a obtener el pago de perjuicios por daños causados a consecuencia de trabajos públicos, y otra al pago de zonas de terrenos ocupadas de modo permanente con motivo de tales trabajos, es legal al tenor del artículo 209 del C. J., tanto porque la jurisdicción contencioso administrativa era competente para conocer de ellas, como porque podían sustanciarse bajo una misma cuerda por seguir un mismo procedimiento. Si esto es así, no hay duda que la actuación surtida hasta el momento en que se produjo el fallo de inexequibilidad de los artículos 261 a 269 de la ley 167 de 1941, 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, fue válida y surte por consiguiente todos sus efectos legales. Porque el fallo de inexequibilidad deja sin vigencia la ley para el futuro, pero no afecta o invalida los actos realizados durante su aplicación. Principio éste que se reitera en los considerandos del Decreto 0269 de 1956, al trascribir en ellos lo pertinente de dicho fallo.

Esto es bastante para concluir que no hay base legal alguna para declarar nula o sin validez la actuación legalmente adelantada por la jurisdicción contencioso administrativa. Pero es evidente también que la justicia ordinaria no es competente para conocer de las acciones indemnizatorias por daños ocasionados por trabajos públicos. La solución, por consiguiente, no puede consistir en una declaración de nulidad de lo que conforme a la ley es válido. En casos como el actual, lo jurídico es seguir un procedimiento en que, consultando el interés de las partes, la economía procesal y la efectividad de los derechos, se decida cada una de las acciones por quien legalmente tiene facultad para ello. Así, la justicia ordinaria fallará los negocios sobre indemnización por ocupación permanente de la propiedad inmueble y los otros perjuicios que con ella se causen por el trabajo público, y la jurisdicción administrativa, los asuntos que versen únicamente sobre indemnización por daños. Por lo cual una vez fallado lo primero, se dispondrá pasar la actuación a los tribunales administrativos o al Consejo de Estado, para que decidan sobre lo de su competencia. (Negocios Generales. Mayo 26 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167) .....681, 1ª y 2ª

— 23 —

ADJUDICACION EN JUICIO SUCESORIO (No da el derecho de dominio al adjudicatario)

La posesión sobre una determinada cosa no puede derivarse de que en los inventarios de una sucesión se incluya esa cosa como de propiedad del causante. Ni la adjudicación que se haga en el sucesorio da al adjudicatario el derecho de dominio sobre la cosa, porque la adjudicación no es título constitutivo sino declarativo de dominio; si el causante nada tenía, nada puede transmitir. (Casación Civil. Mayo 11 de 1956. Tomo LXXXII. Nº 2167).....486, 2ª

— 24 —

ADULTERIO (El del marido es causal de indignidad para suceder. — Puede probarse con la sentencia de divorcio eclesiástico)

a) El adulterio de cualquiera de los cónyuyes, declarado por sentencia ejecutoriada en

juicio de divorcio **quoad thorum et cohabitationem,** es atentado grave contra el honor del cónyuge inocente, según el ordinal 2º del artículo 1025 del C. C., y es por tanto, causal de indignidad en el cónyuge culpable para recibir la herencia abintestato de aquél.

b) No hay razón plausible para sostener que el adulterio de la mujer es atentado grave contra el honor del marido, pero no el adulterio de éste contra el honor de la mujer. La obligación de guardarse fe (a. 176 C. C.) pesa por igual sobre ambos; el matrimonio es contrato bilateral, con una cabal, profunda y estricta equivalencia y conmutabilidad; la indivisibilidad del enlace impide que uno de los cónyuges adquiera o contraiga más derechos u obligaciones sustanciales que el otro; el hecho de haber desaparecido el delito de adulterio (el de la cónyuge), no significa que haya desaparecido el adulterio como atentado contra el honor de los cónyuges, sino que la ley los ha igualado en cuanto al cumplimiento y a la infracción del mismo deber.

c) La sentencia ejecutoriada que requiere el ordinal 2º del artículo 1025 del C. C., es, por lo general, de carácter penal; pero, constituyendo el adulterio probado en juicio de divorcio, atentado grave contra el honor del consorte inocente, basta el fallo de divorcio, ya que hoy no es punible el de ninguno de los cónyuges. (Casación Civil. Abril 6 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167)...561, 1ª y 2ª, 562, 1ª y 2ª y 563, 1ª y 2ª

— 25 —

AMISTAD (Como causal de impedimento)

La amistad —que es el "afecto personal, puro y desinteresado, ordinariamente recíproco, que nace y se fortalece con el trato", según el Diccionario de la Lengua— constituye por voluntad del legislador, cuando es íntima y vincula al juez o magistrado con las partes o con los apoderados o defensores de éstas, causal de recusación o impedimento. De ella, como de la **enemistad grave** ha dicho la Corte que no requiere demostración, pero sí la expresión de los motivos que la han determinado. (Casación Penal. Febrero 9 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64). 139, 2ª

— 26 —

AMISTAD (Como causal de impedimento)

Es el sentimiento de la gratitud el que da origen con más frecuencia, en los espíritus nobles, a la íntima amistad; y aunque ésta podría superarse en muchos casos, no obstante el poderoso influjo de su acción perturbadora, por la rectitud del funcionario en quien concurre, bueno es —por otra parte— que toda sospecha de parcialidad en el juez o magistrado se disipe mediante su separación del negocio, en guarda, a la vez, de su propia reputación y del acatamiento y respeto debidos a la administración de justicia. Casación Penal. Febrero 9 de 1956. Tomo LXXXII. Nos. 2163-64).....140, 1ª y 2ª

— 27 —

AMPARO DE POBREZA (Debe ventilarse por un procedimiento especial)

La cuestión relativa al amparo para litigar como pobre no puede ventilarse por la vía o procedimiento ordinario, sino por un procedimiento especial que no es otro que aquel que expresamente establece el C. J. en el Cap. III, Tít. 16 del Libro 2º (artículos 584 y ss.), que constituye el juicio denominado "amparo de pobreza" que es, estrictamente hablando, un juicio especial. Así lo afirma el profesor Hernando Morales en su obra "Curso de Derecho Procesal Civil", parte general, 2ª ed., pág. 482: "Esta actuación —dice— constituye un verdadero juicio especial que ha debido reglamentarse dentro de éstos, ya que el Código Judicial en su artículo 109, numeral 6, la incluye entre los juicios de que conocen los Jueces de Circui-

to". (Casación Civil. Mayo 14 de 1956.. T LXXXII. Nº 2167).....496, 1ª

— 28 —

AMPARO DE POBREZA (El juicio en el cual se solicita este amparo es distinto de aquel para el cual se ha pedido el amparo)

Tanto el juicio de amparo de pobreza como aquel para el cual se ha impetrado el amparo, son juicios completamente distintos, independientes y separados sin que ninguno de éstos esté condicionado por la decisión que recaiga en el otro; cada uno sigue su tramitación propia sin que el uno llegue a atacar la naturaleza del otro. De tal manera que si el juicio para el cual se ha pedido el amparo es ordinario o ha tomado tal carácter, el juicio de amparo de pobreza no se convierte por ello en ordinario sino que conserva siempre su naturaleza propia de juicio especial. (Casación Civil. Mayo 14 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167).....496, 2ª

— 29 —

APELACION (Suministro de papel sellado)

Dispone el artículo 353 del C. J. que cuando un expediente suba ante el Superior en virtud del recurso de apelación, la parte o partes interesadas están en la obligación de suministrar, por lo menos, dos hojas de papel sellado para el repartimiento, y que si no cumplen con este requisito dentro de los quince días siguientes al recibo del proceso, si se trata de autos interlocutorios, o dentro de los treinta siguientes, si de sentencias, el negocio se reparte en papel común y se declara, de oficio, ejecutoriada la providencia objeto del recurso. El inc. 2º de la misma norma hace extensivo el anterior mandato a los negocios de que conozca la Corte Suprema en virtud de los recursos de apelación y casación, pero establece una diferencia en cuanto a términos, pues fija 30 días para los autos interlocutorios y 60 para las sentencias. A su turno, el artículo 3º del Decreto Legislativo 243 de 1951 redujo a la tercera parte los términos del artículo 353 citado, de modo que en tratándose de negocios que hayan de cursar ante esta Corte por causa de los recursos relacionados, los términos son de 10 y 20 días, respectivamente, según se trate de autos interlocutorios o de sentencias. (Negocios Generales. Mayo 30 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167).....698, 2ª y 699, 1ª

— 30 —

APRECIACION DE PRUEBAS (Soberanía del fallador de instancia)

Es de suma importancia en el desenlace definitivo de la litis, y por consiguiente, en la dispensación de la Justicia, el examen esmerado de las pruebas por parte de los Tribunales falladores, puesto que en razón de la autonomía de que gozan en esta materia, el tribunal supremo no puede variar el resultado de ese examen sino en casos excepcionales, esto es, de error de derecho o de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos.

Con frecuencia ocurre que el examen de unas pruebas, efectuado más cuidadosamente por el sentenciador, habría podido conducir a distinta conclusión de la adoptada por él, conclusión que, empero, no puede ser afectada en casación, por no configurarse el error típico requerido, lo cual pone de presente la responsabilidad que entraña la soberanía del Tribunal de instancia, en lo atinente al examen de las pruebas. Lo ha dicho la Sala: "Ha sido doctrina constante de la Corte la de que la apreciación de las pruebas hecha por el Tribunal, debe ser respetada en casación aun cuando ella no sea compartida por la Corte". (Casación Civil. Mayo 30 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167).... 604, 1ª y 2ª

— 31 —

ARRENDAMIENTO (Prueba de que se adeudan los cánones del arrendamiento)

Demostrada la existencia de la obligación, le corresponde al demandado probar que ella se ha extinguido por solución o pago efectivo, o por cualquier otra causa legal, conforme al principio establecido por el artículo 1757 del C. C.—A este respecto la Corte, analizando la naturaleza del contrato de arrendamiento, ha sostenido: "Aunque el contrato de arrendamiento es bilateral, cumplida por el arrendador la obligación inicial de entregar la cosa arrendada, él da acción ejecutiva para el cobro de los cánones que adeuda el arrendatario, según afirmación del arrendador, siempre, se entiende, que el documento haya sido reconocido por el deudor y éste no pruebe que el arrendador dejó de cumplir las demás obligaciones de su incumbencia. Cuando se demanda el pago de los cánones que adeuda el arrendatario, conviene anotar que, para acreditar la existencia de la deuda, no incumbe al arrendador probar que el arrendatario no pagó los cánones a que se contrae la demanda o cobro, una vez que los hechos negativos de negación absoluta, no son susceptibles de prueba (prueba directa). Bástele al arrendador afirmar que no se le han cubierto los arrendamientos correspondientes a determinado lapso de tiempo para que haya de presumirse verdadero tal hecho, en tanto que el arrendatario no presente prueba del hecho afirmativo del pago". (G. J. XXXVI, 139). (Negocios Generales. Marzo 21 de 1956. T. LXXXII. Números 2165-2166).....416, 2ª y 417, 1ª

— 32 —

ARRENDAMIENTO (No libera al demandado del pago de los cánones la alegación de que no se han presentado las cuentas de cobro legalizadas)

No sirve para liberar al demandado del pago de los arrendamientos la alegación de que no se han presentado las cuentas de cobro legalizadas, pues si la acreencia existe, la manera como haya de cobrarse administrativamente es independiente del reconocimiento judicial que se haga. (Negocios Generales. Marzo 21 de 1956. T. LXXXII. Números 2165-2166)..... 417, 1ª

— 33 —

AUTO (El que se encamina a corregir una irregularidad y declara sin validez la actuación)

El auto que se encamina a corregir una irregularidad no resuelve, en el fondo, la cuestión debatida, sino que declara sin validez la actuación, y el mismo artículo 202 del C. de P. P. dispone que aun en los casos en que se omiten formalidades exigidas por la ley **bajo sanción de nulidad** para determinados actos, "se considerará, sin **necesidad de resolución especial,** que tales actos no se han verificado". (Casación Penal. Marzo 23 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166)..353, 1ª

— B —

— 34 —

BUENA CONDUCTA ANTERIOR (El ser sujeto pasivo de un sumario no es prueba de mala conducta para efecto de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad)

Reiteradamente ha sostenido la Sala que el "ser sujeto pasivo de un sumario no es prueba de mala conducta o de haber sido condenado, porque el sumario no es sino el conjunto de diligencias que las autoridades

adelantan para **averiguar** si se ha cometido un hecho delictuoso o una contravención"; y que "las simples sindicaciones no son circunstancias de mayor peligrosidad, porque el resultado de la acción penal no se ha traducido en un hecho concreto". (Casación Penal. Marzo 16 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165—2166) 347, 1ª

— 35 —

BUENA FE **(Su calificación en relación con la posesión)**

Ajustándose al texto del artículo 768 del C. C., la jurisprudencia ha sentado doctrinas orientadas en el sentido que tal disposición indica, pero unas veces con un criterio extremadamente riguroso que excluía de manera absoluta la buena fe en todo caso de falta de título (fallo de 1891) y posteriormente consagrando una regla más elástica, con espíritu más amplio y en forma relativa (fallo de 1941, G. J. LI, 172 y 173).

Dice esta sentencia: "La **bona fides** ha de considerarse, como ya ha tenido ocasión de expresarlo esta Sala (G. J. T. 47, pág. 465), como una realidad jurídica actuante y no simplemente como una intención de legalidad y una creencia de legitimidad, en forma que la cuestión predominante cuando se trate de apreciar la buena fe ha de considerarse menos en el hecho psicológico de creer que en la razón de la creencia, esto es, **en el cómo y por qué se cree.** (Subraya la Sala). Si es necesaria la conciencia de una adquisición legítima para que la fe del poseedor sea buena, resulta una relación o conexidad tan íntima entre el título originario de la posesión y la creencia honesta de la propiedad, que no es posible admitir la buena fe en quien posee sin ningún título.

"**La falta de todo título, especialmente en materia inmobiliaria es una circunstancia jurídicamente anormal que no permite generalmente presumir la buena fe.** (Subraya la Sala). La presunción que la ley establece a este respecto en el artículo 769 del C. C., requiere, pues, como base indispensable para poder actuar y producir sus efectos jurídicos, la existencia, en quien pretende utilizarla, de un título constitutivo o traslaticio de dominio, esto es, la prueba de una relación de derecho de las que confieren ordinaria o derivadamente la propiedad de las cosas, sin la cual es imposible la conciencia de haber adquirido una cosa por los medios que autoriza la ley. Sin esta prueba básica sobre la fuente de la posesión no tiene en qué reposar la presunción legal, y está bien que así sea, porque las ventajas muy apreciables que en materia de frutos concede la ley al poseedor de buena fe no tiene otra función que la honestidad de su creencia, ya que en realidad esas ventajas son recortes que se hacen al derecho de propiedad". (Casación Civil. Marzo 22 de 1956. T. LXXXII. Números 2165-2166) .....251, 1ª y 2ª

— C —

— 36 —

CADUCIDAD DE LA ACCION

La extinción de la acción que por ministerio de la ley así se opera, no equivale a la figura jurídica de la prescripción porque tanto ésta como el término perentorio o prefijado son dos instituciones legales que no pueden confundirse dadas las características esenciales que las diferencian, aunque produzcan los mismos efectos relacionados con la extinción del derecho y de la acción. El término perentorio lo ha considerado la jurisprudencia como el fenómeno jurídico de caducidad, y lo ha admitido como medio de extinguir las acciones en juicio por el transcurso del tiempo. Así pues, cuando la ley consagra un término perentorio, no puede

alegarse por el demandado en juicio la excepción perentoria de prescripción extintiva de la acción, sino la caducidad o expiración del término prefijado como medio de extinción del derecho que por dicha acción se reclama. Y la razón de esto estriba en que los plazos prefijados surten sus efectos y actúan de pleno derecho, sin que haya necesidad de que el demandado los oponga en sus alegaciones, porque el juez puede declararlos oficiosamente cuando quiera que aparezca que el término perentorio se ha vencido sin haberse iniciado la acción dentro de ese lapso, pues entonces se considera que la vía judicial o de derecho que la ley concede quedó clausurada, es decir caducada la acción, sin que sea dable al juzgador entrar a deducir las consecuencias del litigio, por mandato de la misma ley. Sobre este tema se ha pronunciado la Corte como puede verse en fallos de esta Sala de noviembre 8 de 1955 (LXXXI, 942), y de octubre 1º de 1944 (LXI, 587). (Negocios Generales. Marzo 21 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166)..433, 2ª y 434, 1ª

— 37 —

CALUMNIA E INJURIA (Competencia para conocer de estos delitos cuando la infracción se comete en territorio distinto al de la capital del respectivo Departamento)

El inciso 2º del artículo 34 del Decreto 3.000 de 1954, deja la competencia a voluntad del querellante en los casos en que la calumnia o la injuria se hubieren cometido en territorio que no sea el de la capital del respectivo Departamento. Si optare por la primera de las hipótesis allí previstas, se sigue el procedimiento señalado en el estatuto especial de que se hace mención; pero la competencia se rige por las normas generales, o sea por las de la legislación común, que atribuye a los Juzgados Penales del Circuito el conocimiento de aquellas infracciones. (Casación Penal. Febrero 14 de 1956. Tomo LXXXII. Nos. 2163-64)...150, 2ª y 151, 1ª

— 38 —

CAMBIO DE RADICACION (Finalidades de esta medida)

El cambio de radicación de un proceso penal tiende a asegurar la honesta y serena administración de justicia y la confianza colectiva en la imparcialidad de los jueces, cuando en el lugar donde debe juzgarse al responsable han surgido particulares circunstancias sociales que pueden perturbar el criterio de los juzgadores, o el esclarecimiento del delito, o influir en la merma de los derechos y garantías de las personas que intervienen en el proceso. Se recurre entonces a dicha medida precautelativa, a fin de evitar tales riesgos, sin que ello implique un cargo concreto contra la rectitud de los funcionarios que conocen o deben conocer del asunto. Se trata simplemente de garantizar su independencia y libertad funcional y los intereses de la justicia. Y en este orden de ideas, no se requiere una plena prueba sobre los motivos que justifiquen el cambio de radicación, sino que basta que de los elementos de juicio allegados se infiera la conveniencia de sustraer el proceso del ámbito anormal en que se mueve.

La destacada posición social de los protagonistas del delito, o de alguno de ellos, los merecimientos u honores que los distingan no son suficientes, por sí solos, para cambiar de sede un proceso. Pero si esos factores, por una u otra causa, logran apasionar a las gentes del lugar donde debe hacerse el juzgamiento, demostrando su simpatía o su aversión hacia la causa del presunto responsable, entonces se forma un clima colectivo que es inadecuado para la recta administración de justicia, y crea, por lo mismo, la necesidad de sacar el negocio de allí y llevarlo

a otro Distrito Judicial, como medida de precaución. (Casación Penal. Marzo 10 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166).....327, 2ª y 328, 1ª

— 39 —

CAMBIO DE RADICACION (Por sufrir el procesado de la enfermedad de Hansen o lepra)

Si la ley autoriza el cambio de radicación de un proceso para los sindicados que sufren de una enfermedad grave debidamente comprobada, con mayor razón se tomará esa determinación cuando el procesado se halla recluído en un leprocomio por sufrir la enfermedad de "Hansen" o lepra, medida que es conveniente no sólo para los intereses de la justicia, sino también para los del propio sindicado, ya que la actuación procesal y el conocimiento del negocio —en estos casos especiales por disposición expresa del Legislador está atribuída a los Jueces de Circuito del respectivo Leprocomio— quienes actúan con el carácter de Jueces Superiores (artículo 12, ley 20 de 1927).

Comprobada la enfermedad grave, por una parte, y determinada la competencia de los Jueces por otra, el concepto de la Corte será favorable al cambio de radicación, y así habrá de resolverse. (Casación Penal. Abril 25 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166)... 383, 2ª y 384, 1ª

— 40 —

CARTAS MISIVAS (Son documentos privados.—Su reconocimiento tácito)

Las cartas misivas son documentos privados, a las cuales se aplican las normas legales sobre el valor probatorio de éstos. Reconocidas en cualquiera de las formas señaladas por la ley, constituyen una verdadera confesión contra su autor, de lo que en ellas conste. De consiguiente, a las cartas misivas es aplicable la norma del artículo 645 del C. J. sobre reconocimiento tácito: una carta se tiene por reconocida cuando habiendo obrado en los autos con conocimiento de la parte obligada o de su apoderado, no se ha objetado o redargüído de falsa para que la parte que la presenta pruebe su legitimidad. (Casación Civil. Abril 9 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166) 273, 2ª

— 41 —

CASACION CIVIL (Técnica de)

Si ha debido entenderse que la acción deducida fue por culpa contractual, en el caso de perjuicios ocasionados a un pasajero, aunque el cargo examinado sea razonable o admisible, la sentencia sería incasable, porque el resultado en fallo de instancia proferido por la Corte sería el mismo del Tribunal situando la cuestión en el terreno de la responsabilidad contractual, ya que daño, perjuicios y culpa, son los mismos y las consecuencias jurídicas para la empresa responsable, quizá más graves. (Casación Civil. Abril 13 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166) 288, 1ª

— 42 —

CASACION (Técnica de)

Ante la Corte no basta enunciar las pretendidas violaciones en que haya incurrido el sentenciador; es preciso indicar en forma clara y precisa cuáles son los fundamentos legales para pedir la infirmación del fallo. (Casación Civil. Mayo 11 de 1956. Tomo LXXXII. Nº 2167).....481, 2ª

— 43 —

CASACION (Técnica de)

Varios son los motivos o causales por los cuales procede el recurso de casación, y ellos están taxativamente enumerados en el artículo 520 del C. J., y ante la Corte es obligación del recurrente citar cuál o cuáles son los que tiene para acusar la sentencia, enunciando la causal o causales que se tengan para pedir la infirmación del fallo acusado, según el artículo 553 ibidem. Esto, entre otras razones, para facilitar el examen que de la demanda de casación debe hacer la Corte al estudiar el recurso. (Casación Civil. Mayo 25 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167) 581, 2ª y 582, 1ª

— 44 —

CASACION (Contra sentencia aprobatoria de una partición)

En el recurso de casación contra la sentencia aprobatoria de una partición no pueden proponerse cuestiones extrañas a las objeciones oportunamente formuladas y desechadas en la sentencia recurrida. (Casación Civil. Febrero 28 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64) 114, 1ª

— 45 —

CASACION (Contra sentencia aprobatoria de partición verificada en juicio divisorio)

Dentro de la regulación jurídica aplicable a los juicios divisorios está previsto que rehecha la cuenta en cumplimiento del decreto judicial admisorio de objeciones, concluye dentro del proceso la posibilidad de que se presenten reparos al trabajo del partidor. Menos aún habrá aptitud procedimental para revivir objeciones que el juzgador estimó infundadas al tiempo mismo en que dispuso refaccionar la partición por otros conceptos.

Está, pues, sometida a los poderes discrecionales del juzgador en la instancia la proposición conducente a saber si la cuenta rehecha se encuentra conforme con las objeciones que en su oportunidad prosperaran; y su juicio al respecto no es censurable en casación, a menos que adolezca de ostensible arbitrariedad. (V. cas. abril 20 de 1955, LXXX, 41). (Casación Civil. Mayo 28 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167) 594, 2ª

— 46 —

CASACION (Libertad de apreciación del juzgador de instancia para determinar la importancia de las partidas en la rendición de cuentas)

Expresa el artículo 2181 del Código Civil, al imponer el deber al mandatario de dar cuenta de su administarción, que sólo las partidas importantes de las cuentas requieren documentación.

Importancia es entidad, y debe medirse en concreto, de acuerdo con las peculiaridades de las cuentas que se examinan. De donde surge la relatividad del concepto y, por ello, el amplio poder de apreciación que al respecto compete al juzgador en la instancia, no censurable en casación sino ante el clamor de la evidencia procesal. (Casación Civil. Febrero 4 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64) 22,1ª y 2ª

— 47 —

CASACION (El sentenciador es soberano en la calificación de la divisibilidad o indivisibilidad de la confesión)

La calificación del reconocimiento de la confesión como divisible o indivisible es punto que por lo común escapa al recurso ex-

traordinario, porque el arbitrio judicial tiene en la materia amplia cabida. (Casación Civil. Febrero 4 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64) 24, 1ª

— 48 —

CASACION (Dictamen pericial)

Si desechó el sentenciador el concepto de los peritos porque no lo encontró debidamente fundado, y esta apreciación no pugna con la realidad de los hechos, ese concepto del Tribunal es intocable en casación. (Casación Civil. Febrero 11 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64) 49, 1ª

— 49 —

CASACION (Por errónea apreciación de pruebas)

Según doctrina constante la apreciación de las pruebas hecha por el tribunal debe ser respetada en casación aun cuando no sea compartida por la Corte comoquiera que el recurso no tiene por objeto hacer un nuevo análisis de los elementos probatorios ni rectificar el criterio del fallador de instancia sobre puras cuestiones de hecho; tal apreciación sólo puede ser variada cuando se encuentre un error de derecho o un error de hecho evidente. (Casación Civil. Febrero 14 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64)..63, 2ª y 64, 1ª

— 50 —

CASACION (Procede el recurso cuando la acción real, aunque su cuantía sea inferior a la exigida por la ley, está subordinada a la de estado civil)

El Tribunal, en el caso, consideró que la acción principal era la de restitución de un inmueble y no la del estado civil y que por no reunirse el requisito en cuanto a la cuantía necesaria para la procedencia del recurso, éste debía negarse.

La Corte considera que la acción por medio de la cual el actor reclama la restitución del inmueble no sólo es conexa sino que está subordinada a la de estado civil, de suerte que la procedencia de aquélla depende de la prosperidad de ésta. En tales condiciones, es forzoso decir que el recurrente tiene interés jurídico en los resultados de la sentencia contra la cual recurre, y siendo así, la cuantía no juega el papel que le correspondería si la acción principal no versara sobre estado civil. (Casación Civil. Febrero 16 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64) 75, 2ª

— 51 —

CASACION (Examen de los cargos cuando el recurso es doble)

Disponen los artículos 537 y 538 del Código Judicial que la Corte debe examinar en orden lógico las causales aducidas y si encuentra fundada alguna, no considera las restantes, infirma el fallo y dicta en su lugar la resolución que corresponda.

Cuando el recurso es doble, o sea, interpuesto por ambas partes, generalmente el orden lógico indica que se examinen en primer término los cargos hechos por el recurrente demandante, pero en casos como el presente en que la aspiración de aquél es la de agravar la condena pronunciada, y las del demandado persiguen la plena absolución, o, al menos, que se reparta la carga de la indemnización por intervenir concurrencia de culpas, si es que alguna puede imputarse al Municipio, el orden lógico no coincide con el cronológico procesal de fundamentación de los recursos, porque nada se lograría con casar la sentencia por encontrar fundados los cargos que hace el demandante para agra-

var la condena, con base en la responsabilidad deducida, si al fallar la Corte en instancia llega a la conclusión de que debe absolver o, en subsidio, reducir la condena, si estima que debe aplicar el artículo 2357 del Código Civil, por considerar que la víctima del accidente incurrió también en culpa. (Casación Civil. Febrero 28 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64) 102, 2ª

— 52 —

CASACION (Cuando una sentencia se funda en varias razones, deben atacarse todas ellas para poder infirmarla)

Para saber si la sentencia puede casarse, apareciendo fundado un cargo, es necesario averiguar si tiene otro fundamento esencial, pues si una providencia se apoya en varias razones, cada una de las cuales sería suficiente para proferir la parte resolutiva, es necesario atacarlas todas, pues de lo contrario es forzoso concluir que la demanda de casación es trunca y la Corte no puede suplantar al recurrente.

En sentencia de 12 de agosto de 1930, dijo la Corte que cuando un fundamento de la sentencia del Tribunal que por sí solo sirve para sostener la parte resolutiva de la sentencia, no ha sido combatido en casación, aunque el otro de los motivos pudiera ser erróneo, a la Corte no le sería dado infirmar el fallo acusado. Constante ha sido la jurisprudencia de la Corte en el sentido indicado. (Casación Civil. Marzo 14 de 1956. Tomo LXXXII. Nos. 2165-2166) .239, 2ª y 240, 1ª

— 53 —

CASACION (No procede contra la sentencia que decide un juicio de amparo de pobreza)

Como el juicio de amparo de pobreza es especial que no asume ni puede asumir el carácter de ordinario, y de conformidad con lo establecido por el artículo 519 del C. J., la sentencia que en él se pronuncie no puede ser acusada por medio del recurso extraordinario de casación. (Casación Civil. Mayo 14 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167) .496, 2ª

— 54 —

CASACION (Errores en la apreciación de la prueba testimonial)

Si la desestimación que hizo el Tribunal de los testimonios estaba dentro de su libertad para apreciar las pruebas, su juicio no puede revisarse en casación, lo que equivale a decir que no está probado el error de hecho alegado. Y si no existe ese error, menos existe el error de derecho en la apreciación de esas mismas pruebas, porque el artículo 697 del C. J., debe entenderse en su propio sentido, para el caso de que no exista el factor que autoriza al sentenciador para prescindir de la prueba testimonial, de acuerdo con el artículo 702 ib. (Casación Civil. Mayo 25 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167) 583, 1ª

— 55 —

CASACION (No toda equivocación del sentenciador puede causar la infirmación del fallo)

No toda equivocación del juzgador de instancia configura agravio generador de la infirmación de la sentencia. Lo cual reduce considerablemente en casación la posibilidad de los errores en el examen de los elementos probatorios. No puede decirse con certeza dónde está el error, en qué consiste, sino cuando es éste de la entidad que contempla el artículo 520. De donde se colige la importancia de la actividad estimativa de las pruebas y el esmero con que debe ser

ejecutada. (Casación Civil. Mayo 30 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167).....604, 1ª

— 56 —

CASACION PENAL (Técnica de)

Es justo el reparo que el señor Procurador le hace al escrito de demanda de casación en cuanto a su falta de una petición concreta. Y también debe anotarse que no ofrece ella un previo relato de los hechos, condición si no absolutamente obligatoria por lo menos favorable al buen entendimiento de lo que es materia de la controversia. Pero también debe decirse que el carecer de estas formalidades —si de otro lado la demanda revela o deja traslucir un esfuerzo de su autor para justificar el recurso—, no es de por sí razón suficiente para declarar desierto el recurso. (Casación Penal. Enero 20 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64).....128, 1ª y 2ª

— 57 —

CASACION (Por errónea apreciación de pruebas)

No porque alguna parte de la prueba a que se haga alusión en la sentencia al deducir la responsabilidad resulte débil, por obra de algún vicio que afecte no lo intrínseco de ella sino sus peculiaridades extrínsecas, procede, en casación, desconocer la validez del fallo, si éste se basa en otras que también lo han determinado. (Casación Penal. Enero 20 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64).... 130, 1ª

— 58 —

CASACION (Es el recurso para los delitos de calumnia e injuria)

Casación y no revisión, fue el recurso extraordinario establecido por el Decreto 3.000 para las condenas por los delitos de calumnia e injuria. (Casación Penal. Enero 24 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64)....134, 1ª

— 59 —

CASACION (Es inadmisible el recurso cuando el máximo de la pena no es ni excede de cinco años)

El artículo 557 del C. de P. P. consagra el recurso de casación para las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales en causas que hayan conocido los Jueces de Circuito por delitos que tengan señalada una pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco años; es decir, el recurso de casación se concede por dos motivos: uno atinente a la calidad del funcionario que dicta la sentencia de primera instancia, y otro en consideración a la pena. La reunión de estos requisitos da lugar al recurso; la ausencia de uno de ellos impide que él sea admisible.

Las penas que en la respectiva sentencia se imponen deben corresponder a una infracción específica, concreta y determinada por la ley, tanto en sus elementos morales y materiales, como también en lo que hace referencia a circunstancias modificadoras de la responsabilidad, ya que la sanción debe consultar no sólo el precepto básico que sirve de norma para fijarla, sino aquellas disposiciones que se relacionan con la norma principal y que por ser circunstancias modificadoras de la responsabilidad influyen necesariamente en la individualización de la pena. En otros términos, la sanción imponible no es sólo la contemplada por la ley para el delito en su forma genérica, sino la que resulte de combinar la disposición base con aquellas otras que la complementan dándole al ilícito una fisonomía particular.

Como en el caso sub judice la pena impo-

nible de acuerdo con la sentencia no es la determinada por el inciso 2º del artículo 374 del Código Penal disposición base, sino la resultante de combinar esta disposición con el artículo 7º de la 164 de 1938 que modifica la responsabilidad, la pena para efectos del recurso de casación disminuída bien sea en las tres cuartas partes o la mitad de la señalada en la disposición base, no alcanza a la pena fijada por el artículo 557 del C. de P. P., el recurso **no es admisible.** (Casación Penal. Febrero 21 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64).....165, 1ª y 2ª

— 60 —

CASACION (Cómputo de la pena para la procedencia del recurso)

El recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia dictadas por Tribunales Superiores de Distrito Judicial en causas de que hayan conocido los Jueces de Circuito, es procedente cuando el delito tiene como sanción privativa de la libertad una pena cuyo máximo sea o exceda de cinco años. La sanción a que hace referencia el artículo 557 del C. de P. P. para la viabilidad del recurso, no es la pena impuesta en la respectiva sentencia sino la imponible de acuerdo con la ley, o sea la resultante de aplicar la disposición base que sanciona el delito in genere con aquellas que —según el caso— modifican la responsabilidad, que es precisamente la que corresponde al delito específicamente determinado en sus elementos objetivos y subjetivos, y al cual hace referencia el fallo.

Las disposiciones que se tomaron en cuenta para fijar la pena son: la del artículo 374 del C. P., disposición base que corresponde al delito intencional, y la del artículo 7º de la ley 164 de 1938, disposición complementaria que corresponde a la modalidad de las infracciones culposas, siendo la resultante de ellas —principal y modificadora— la pena imponible que sirve de base para aceptar o negar el recurso de casación.

Si el delito —lesiones personales— fuera intencional, la pena sería de dos a seis años de presidio, mas, como en el auto de proceder y en la respectiva sentencia se admitió por los falladores de instancia la modalidad de la culpa, la pena principal se disminuirá de las tres cuartas partes a la mitad; si se aplica la sanción sobre la base del máximo o mínimo, la pena específica sería para el primero de tres años y para el segundo de diez y ocho meses, tiempo menor al exigido por el artículo 557 del C. de P. P. para la viabilidad del recurso, toda vez, que la pena privativa de la libertad imponible al delito así determinado, tiene que ser o exceder de cinco años. (Casación Penal. Mayo 7 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167).....620, 2ª y 621, 1ª

— 61 —

CASO FORTUITO (El robo o el hurto no constituyen caso fortuito sino probando que no obstante las precauciones tomadas fue imposible evitar el suceso)

Reitera la Corte la doctrina contenida, entre otros, en el fallo del 28 de abril de 1951 (LXIX, 555), según el cual: "...los caracteres esenciales de caso fortuito son la imprevisibilidad y la imposibilidad. De consiguiente, se está bajo el dominio de lo fortuito cuando el deudor se imposibilita totalmente para cumplir su obligación por causa de un evento imprevisible. Cuando el acontecimiento es humanamente previsible, por más súbito y arrollador de la voluntad que parezca, no genera el caso fortuito ni la fuerza mayor... Sin duda el deudor puede verse en la imposibilidad de ejecutar la prestación que le corresponde, pero su deber de previsión le permitía evitar encontrarse en semejante situación... Por consiguiente,

es racional que el deudor que alegue uno de estos o parecidos acontecimientos, pretendiendo librarse del cumplimiento de su obligación, debe no sólo probar el hecho, sino demostrar también las circunstancias que excluyen la culpa... Por ejemplo, el robo o el hurto son hechos que se pueden prever y evitar con sólo tomar las precauciones que indique la naturaleza de las cosas. No constituye caso fortuito sino probado que no obstante aquellas previsiones fue imposible evitar el suceso". (Casación Civil. Abril 24 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166) ..... 290, 1ª y 2ª

— 62 —

CAUSAL 1ª DE CASACION CIVIL (El art. 636 del C. J. es una disposición adjetiva)

El artículo 636 del Código Judicial se ha considerado como disposición simplemente adjetiva, cuya inobservancia no conduce ni puede servir de fundamento a la casación. (Casación Civil. Marzo 8 de 1956. Tomo LXXXII. Nos. 2165-2166).....230, 2ª

— 63 —

CAUSAL 1ª DE CASACION (El recurrente debe expresar el concepto en que fueron violadas las disposiciones que cita en la demanda)

Es inconducente el cargo, basado en la causal 1ª, cuando el recurrente no expresa, como debe hacerlo, si la violación de las disposiciones sustantivas que cita lo han sido "por infracción directa, o aplicación indebida o interpretación errónea". Dentro del formulismo del recurso la Corte no puede moverse sino en el ámbito que señale la demanda y no puede por lo tanto oficiosamente entrar a examinar por qué concepto ha sido violada la ley si el recurrente no manifiesta expresamente la categoría del quebrantamiento de las normas sustantivas. (Casación Civil. Abril 28 de 1956. T. LXXXII. Números 2165-2166) 319, 2ª

— 64 —

CAUSAL 1ª DE CASACION

Es proceder contrario a las normas de la casación, el de los recurrentes que ven errores de la calidad exigida, en todo juicio sobre las pruebas, en toda conclusión del Tribunal de instancia sobre el sentido y alcance de ellas, confundiendo el error caracterizado tal como lo predice el artículo 520, ordinal 1º del C. J., con simples y diversas valoraciones que pueden formularse sobre una prueba, posiblemente todas ellas razonables, pero muy lejos de imponerse ninguna como la única cierta, evidente e invulnerable. (Casación Civil. Mayo 30 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167) 605, 1ª

— 65 —

CAUSAL 1ª DE CASACION PENAL (En qué consiste)

El recurrente ataca la sentencia con base en la causal 1ª por cuanto se condenó al reo como responsable de **robo frustrado.** El Procurador estima que estuvo mal enfocado el cargo por la causal 1ª, pues debió invocarse la 2ª, pero la Sala se aparta de tal apreciación. En efecto, el demandante no plantea en este capítulo de su libelo un error probatorio por parte del Tribunal al analizar los hechos referentes al delito imperfecto. Lo que él sostiene es que esa figura degradada del robo "no se estructura dentro de nuestra legislación". O sea, que el acto suscita un punto de puro derecho que incide directamente en la causal 1ª, pues ésta prevé la violación de la ley penal, ya por haberla in-

terpretado equivocadamente el sentenciador, o por haberla aplicado en forma indebida. En la primera hipótesis —interpretación errónea— se incurre en desacierto sobre el contenido de la norma legal, haciéndole producir efectos que ella no contempló. En la segunda hipótesis —aplicación indebida— se interpreta rectamente el contenido del precepto, pero se aplica a hechos o situaciones no regulados por el mismo. Y, precisamente, a esto último equivale el cargo que formula el apoderado con base en el artículo 17 del C. P. (Casación Penal. Mayo 21 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167).....653, 1ª

— 66 —

CAUSAL 2ª DE CASACION CIVIL

No puede ser aceptada la causal 2ª de casación por el hecho de que el Tribunal en el fallo recurrido hubiera negado las peticiones de la demanda, ni es procedente para fundamentar esta causal citar como violadas disposiciones sustantivas. La causal sólo opera cuando "la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes". (Casación Civil. Abril 28 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166).. 319, 1ª y 2ª

— 67 —

CAUSAL 2ª DE CASACION

Contra fallo totalmente absolutorio no prospera la causal segunda de casación. (Ver G. J. LXXVIII, págs. 106 y 137 y LXXXI, pág. 723). (Casación Civil. Mayo 21 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167).....524, 1ª

— 68 —

CAUSAL 2ª DE CASACION PENAL

Hay lugar a casar una sentencia condenatoria con motivo de la causal segunda, cuando no existe prueba del delito o de la responsabilidad del procesado, o cuando toda la recogida y aducida en el texto de esa providencia o al menos su parte más expresiva y concluyente, cae en el recurso extraordinario por haberse demostrado su ineficacia. (Casación Penal. Enero 20 de 1956. Tomo LXXXII. Nos. 2163-64).....130, 1ª

— 69 —

CAUSAL 2ª DE CASACION (En qué consiste)

La causal segunda de casación no se encamina a que la Corte, en un caso concreto, emprenda el estudio de todas las pruebas del proceso para decidir si está o no demostrado el cuerpo del delito, o la responsabilidad del incriminado, o las circunstancias modificadoras que hayan influído en la individualización de la pena. Ello es tarea propia de los juzgadores de instancia. Lo que dicha causal permite en este recurso extraordinario es examinar si el Tribunal, al apreciar las pruebas, incurrió en un yerro extremo y evidente que lo llevó a dar por establecido un hecho que no sucedió, o a negar la existencia del que sí acaeció, o a no tomar en cuenta otro que se halla acreditado en los autos; o también cuando a los elementos de convicción les atribuyó un valor probatorio que la ley no les da, o les desconoció el que ésta les asigna. (Casación Penal. Mayo 21 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167).....650, 2ª

— 70 —

CAUSAL 2ª DE CASACION (Es improcedente en los juicios en que interviene el Jurado)

La Corte en esta sentencia reafirma la tesis de que la causal 2ª de casación es inope-

rante en los juicios en que interviene el Jurado.

Al negar el recurso por esta causal (art. 567, numeral 2º), la Corte no asume el carácter de legislador —como lo afirma el demandante— pues no crea ninguna disposición nueva para aplicarla a cada caso concreto, ni omite el cumplimiento de la ley para no darle vigencia jurídica. Lo que ocurre, es que el examen de hechos y pruebas del proceso —en los juicios por Jurado— corresponde apreciarlos y calificarlos a los Jueces de Conciencia (artículo 27, Ley 4ª de 1943); el Juez de derecho únicamente aprecia y califica las circunstancias de mayor o menor peligrosidad (artículo 499) y la Corte en casación no puede pasar por alto el veredicto para examinar los hechos, porque el recurso, se ha dicho, no es una tercera instancia sino el camino que otorga el Legislador para examinar la sentencia frente a la ley. Seguramente la interpretación en sentido contrario conduciría a la afirmación que hace el recurrente de que la Corte asume funciones de legislador, pues examinaría la sentencia sobre hechos y pruebas que por disposición legal no le fueron atribuídos expresamente.

En casación la Corte no puede prescindir del veredicto para estudiar los hechos cuando son elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad, ora porque esa atribución es propia de los Jueces de conciencia y no de los jueces de derecho, bien porque al considerar los hechos para declarar el veredicto contrario a la evidencia procesal, se haría una sustitución del Jurado por la Corte quien usurpando jurisdicción asumiría funciones propias de aquél y no las que le están atribuídas por la ley, ora porque en tratándose de juicios de esta naturaleza, al estudiar los hechos se omitiría el veredicto con violación expresa de mandatos legales y al dictar sentencia no lo haría con fundamento en la decisión del Juri sino en los hechos y pruebas del proceso como en los juicios de puro derecho, y, ya también, porque el veredicto cuando —en las instancias del juicio— no ha sido declarado contraevidente (artículos 537 y 544), es inalterable y constituye el fundamento inmediato de la sentencia, siendo las pruebas del sumario su fundamento mediato.

Si la Corte aceptara como impugnación del fallo —en los juicios por Jurado— la causal 2ª del artículo 567 del C. de P. P. al invalidar la sentencia por estar en desacuerdo con la evidencia de los hechos procesales, el fallo que la reemplazaría no se dictaría de acuerdo con el veredicto (artículo 480) sino en desacuerdo con él, es decir, allí sí, violando la ley se incurriría en otro motivo de impugnación o sea, **el de haberse dictado la sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado,** porque, caprichosamente se terminaría con la institución del Jurado y con los mandatos legales que la reglamentan.

En cuanto al concepto del doctor Moncada, él se halla en pugna con el pensamiento de la Comisión, cuando dice: "que no debe existir causal por ser notoriamente injusto el veredicto, sino únicamente cuando sea contradictorio". Si el pensamiento de los Miembros de la Comisión Redactora del Código de Procedimiento Penal hubiera sido el de darle cabida a esta causal (la segunda), así lo hubiera expresado con evidencia y claridad; mas no lo hizo, porque su criterio quedó expuesto en el aparte transcrito. Y en cuanto a que las actas no fueron publicadas y no tienen valor legal, la Corte ha expresado que: "no se diga que las cuestionadas actas no han sido publicadas ni fueron corregidas ni aprobadas por los Miembros de la Comisión. Pues la falta de publicidad de ellas no destruye su autenticidad, y el que no fueron corregidas ni aprobadas por sus autores es hecho que carece de prue-

ba para admitirlo". (Casación de 16 de octubre de 1953).

No prosperando la causal alegada, es innecesario el estudio de hechos y pruebas tendientes a demostrar que el delito se cometió en estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación, porque esta circunstancia modificadora de la responsabilidad no fue considerada en el respectivo auto de proceder ni en los cuestionarios; por otra parte, el mismo tema con idénticas razones fue aducido por el abogado recurrente ante el Tribunal para pedir la declaratoria de contraevidencia del veredicto, pero esa entidad no aceptó la petición porque el Juri no hizo ninguna declaración sobre el particular y porque el veredicto, en estas condiciones, estaba en perfecto acuerdo con la realidad procesal. (Casación Penal. Febrero 14 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64).....159, 2ª y 160, 1ª y 2ª

— 71 —

CAUSAL 6ª DE CASACION CIVIL

Una nulidad de procedimiento no puede alegarse con base en la causal 1ª del artículo 520 del C. J., sino dentro de la causal 6ª del mismo artículo. (Casación Civil. Abril 9 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166)..277, 2ª

— 72 —

CESACION DEL PROCEDIMIENTO (Las providencias dictadas en los casos del art. 153 del C. de P. P. participan del carácter de autos interlocutorios)

Los proveídos que los jueces profieren en las hipótesis contempladas en el artículo 153 del C. de P. P. se han llamado impropiamente **sentencias** por el legislador, y **sentencias sui generis** por intérpretes menos atentos a la verdadera naturaleza de esta clase de pronunciamientos judiciales que al tenor literal de la ley. Participan más bien del carácter de **autos interlocutorios**, pues, lejos de decidirse en ellos definitivamente sobre lo principal del juicio (que es el objeto propio de las sentencias), son la negación misma de los presupuestos procesales; hecho imputado, imputabilidad del mismo sujeto determinado, su consideración como ilícito penal en la norma legal, y posibilidad de iniciar o proseguir la acción. (Casación Penal. Abril 3 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166)... 354, 2ª

— 73 —

CESION DE CREDITOS (Responsabilidad del cedente por inexistencia del crédito)

Cedido un crédito con el carácter de hipotecario, si se demuestra que el gravamen fue constituído sobre bien que no pertenecía al hipotecante, el cedente responde al cesionario por la inexistencia del crédito, en aplicación del artículo 1965 del Código Civil, en armonía con el 1964 ibidem, según el cual "la cesión de un crédito comprende sus fianzas, privilegios e hipotecas". Cuando el crédito cedido no tiene existencia, la responsabilidad del cedente no se hace efectiva judicialmente mediante la orden de ceder otro crédito, sino mediante la condena del cedente a pagar al cesionario el valor de adquisición del crédito inexistente. (Casación Civil. Febrero 8 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-2164).....29, 2ª y 30, 1ª

— 74 —

CESION DE DERECHOS HEREDITARIOS (Efectos de la sentencia que declara indigno de suceder al cedente)

Cuando se cede un derecho hereditario que es objeto de controversia judicial, y del jui-

cio resulta que el cedente es declarado indigno de suceder al causante, los efectos de esta sentencia, respecto del cesionario, se resuelven de acuerdo con las normas que rigen la cesión de los derechos litigiosos, y en especial la del artículo 1969 del C. C., según la cual la cesión de un derecho de tal especie, no comprende sino "el evento incierto de la litis". (Casación Civil. Julio 19 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167) 571, 1ª

— 75 —

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR Y MENOR PELIGROSIDAD (**Libertad de los juzgadores para aplicar las sanciones en relación con estas circunstancias**)

La norma del artículo 39 C. P. restringe la amplitud que el artículo 36 ibidem les da a los juzgadores para aplicar la sanción al delincuente "dentro de los límites señalados por la ley", guiándose siempre por el criterio de la peligrosidad, que es el fundamento y la medida de la pena. Porque, al tenor de dicho artículo, bastaría una sola circunstancia de mayor peligrosidad, por ejemplo, para imponer la sanción extrema al responsable, cuando aquélla fuese de tal magnitud y significación que no dejara duda sobre la más alta capacidad antisocial del autor del delito. Con todo, el legislador (artículo 39) quiso poner un límite a ese poder discrecional del Juez, en tratándose de circunstancias de mayor y menor peligrosidad, y fue así como estatuyó que sólo se puede llegar al máximo de la medida represiva, si únicamente concurren circunstancias agravantes, o al mínimo de ella, cuando todas son atenuantes. De suerte que si a un mismo tiempo existen factores de ambas calidades —de mayor y de menor peligrosidad—, la sanción se tiene que adaptar más allá del mínimo, pero sin acudir al máximo. (Casación Penal. Marzo 16 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166) .. 347, 2ª

— 76 —

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR Y MENOR PELIGROSIDAD (**En relación con la tentativa de robo**)

Claro está que no pueden someterse al mismo tratamiento represivo el sujeto que disfruta plenamente de la cosa sustraída, y el que ninguna utilidad práctica logra sacar de ella. Pero tal aspecto del asunto mira sólo a la reparación del daño ocasionado por el delito y al monto de la pena que debe imponerse al reo, de acuerdo con los índices de peligrosidad que señala el artículo 36 del C. P.; más no a la cuestión relacionada con el momento consumativo de dichas infracciones. (Casación Penal. Mayo 21 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167) 655, 2ª

— 77 —

COADYUVANCIA (**Se necesita un interés jurídico, no basta el meramente económico**)

La Corte ha dicho en repetidas ocasiones que no basta para intervenir como coadyuvante en un juicio un interés meramente económico; es necesaria la existencia de un vínculo jurídico que haga procedente la intromisión del tercero.

Y también ha expresado: "El coadyuvante no es parte en el juicio; en el juicio no hay más que dos partes: la actora o demandante y la opositora o demandada. Quien coadyuva la acción del demandante no promueve pleito propio; ayuda o defiende causa ajena; su derecho se limita a tal ayuda, y no trasmite al ayudado sus propios fueros y sus peculiares privilegios". (V. cas. de 31 de agosto de 1945, G. J. número 2025-bis,

pág. 1116). (Casación Civil. Marzo 3 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166).....217, 2ª

— 78 —

CONFESION (La rendición de cuentas es confesión a falta de otras pruebas

Del sistema positivo no se desprende que en punto a las cuentas del mandatario exista tal restricción de los medios de prueba que haga inadmisible la confesión, según está organizada por el derecho. Al contrario: en innumerables casos será el reconocimiento del obligado la base para liquidar las cuentas de su gestión.

La fisonomía de cada situación habrá de examinarse en concreto, de acuerdo con su propia individualidad y al tenor de las circunstancias de orden práctico que le prestan colorido.

Para el sentenciador las cuentas rendidas en este proceso constituyen una confesión indivisible, y ésta es la piedra angular del fallo. Mientras ese apoyo permanezca en pie, la decisión será firme.

Conforme al artículo 1763, del Código Civil, los asientos, registros y papeles domésticos únicamente hacen fe contra el que los ha escrito o firmado, pero sólo en aquello que aparezca con toda claridad, y con tal que el que quiera aprovecharse de ellos no los rechace en la parte que le fuere desfavorable. Se advierte, entonces que el principio allí consignado es el mismo con que está regida la confesión indivisible. Las anotaciones privadas envuelven, en efecto, un reconocimiento extrajudicial para quien las hizo, y le obligan en la misma medida de lo que aparece: tanto en lo adverso como en lo favorable, y nada más.

Por lo cual, si llega a presentarse la situación de que falten otras pruebas, quien invoca las partidas favorables de las cuentas privadas, no puede a la vez rechazar las que fueren contrarias. En definitiva el cuentadante no hace otra cosa que reconocer un hecho: el saldo que resulta en su contra; y en ausencia de pruebas diferentes, la confesión, en tal evento indivisible, marca el contenido del fallo judicial para desatar el litigio. (Casación Civil. Febrero 4 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64).....23, 1ª y 2ª y 24, 1ª

— 79 —

CONFESION (Su calificación corresponde al sentenciador de instancia)

El calificar si el hecho confesado y el añadido como explicación del principal es o no separable de éste, pertenece al análisis probatorio de los falladores de instancia, sin que pueda desecharse su estimación si no se demuestra que se ha incurrido en error manifiesto o evidente. (Casación Civil. Febrero 21 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64).85, 2ª

— 80 —

CONFESION INEQUIVOCA DE PATERNIDAD (Cuando está contenida en una carta u otro escrito del pretendido padre, no reconocido por su autor)

Para que una carta u otro escrito emanado del presunto padre que contenga una confesión inequívoca de paternidad, pueda ser tenido como prueba de tal hecho, conforme al numeral 3º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 y en juicio sobre filiación natural, no es necesario que esté reconocido por su autor cuando el juicio se sigue contra los herederos del pretenso padre, y éstos no lo han objetado o redargüido de falsedad.

La prueba de cotejo de letras o firmas es procedente sólo cuando "por la parte a quien perjudique se niegue o se ponga en duda la autenticidad de un documento". Por consiguiente, si ha operado un reconocimiento tá-

cito del documento, no hay lugar a practicar el cotejo, y si así se hizo, el resultado de éste no puede prevalecer sobre ese reconocimiento. (Casación Civil. Abril 9 de 1956. Tomo LXXXII. Nos. 2165-2166).....273, 2ª

— 81 —

CONFESION JUDICIAL DE PATERNIDAD NATURAL (Los requisitos establecidos en la ley para esta clase de reconocimiento dicen relación a la validez del acto)

Las exigencias establecidas por los artículos 68 y 69 de la ley 153 de 1887 en cuanto disponen que el supuesto padre "sea citado personalmente ante el juez a declarar bajo juramento si cree serlo, expresándose en la citación el objeto de ella", y que "si el demandado compareciere y se hubiera repetido una vez la citación, expresándose el objeto de ella, se mirará como reconocida la paternidad", no contiene una simple ritualidad cuya inobservancia no conlleva la nulidad de lo actuado en esas condiciones. Tales ordenaciones que tienen un carácter imperativo, dicen relación a la validez misma de la notificación del "demandado" para que comparezca a absolver el cuestionario escrito que se le ha formulado, tanto más cuanto que se trata de un acto de trascendental importancia en la vida civil: el reconocimiento de una filiación natural. De esa citación debe el presunto padre tener un concreto conocimiento sobre el objeto que se persigue a fin de que pueda medir las graves consecuencias de todo orden que implica la manifestación juratoria que la ley le exige o en caso de su negativa a comparecer con la declaratoria de confesión. Y tanto en la providencia que ordene la citación como en su notificación personal deben quedar las indubitables constancias de haberse cumplido con los requisitos de rigor.

Fácil es suponer a qué no se prestarían los preceptos que se han citado, si en su desarrollo práctico no se cumplieran a cabalidad las ordenaciones que ellos contienen. (Casación Civil. Mayo 25 de 1956. Tomo LXXXII. Nº 2167).....576, 1ª y 2ª

— 82 —

COMPETENCIA (La Corte no puede conocer de una demanda contra la Nación por la pérdida de unas mercaderías depositadas en una aduana)

Sostiene el señor Procurador que la Sala carece de competencia para conocer de este negocio que es un reclamo por indemnización de pérdidas o daños sufridos en una mercancía que fue destruída por el fuego cuando se presentó un incendio en parte del terminal marítimo de Barranquilla, estando el cargamento respectivo bajo el registro de importación de aquella aduana.

Sin quebrantar el propósito de abstenerse de "razonamientos más propios de la causa en litis ante otra jurisdicción" debe expresarse el considerando de que los asuntos vinculados con el ramo de aduanas, no obstante el argumento tan inteligente que contiene la demanda (a la cual excepciona el señor Procurador), de hallarse el origen o procedencia de este pleito, en un contrato de depósito necesario celebrado por la Nación, es imposible extender hasta el extremo la interpretación del artículo 40 del C. J., que se refiere de manera exclusiva a las controversias provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación, porque la controversia no tiene raíz u origen contractual sino que se origina en otras causas que pueden implicar responsabilidad del Estado en el manejo de mercancías que se encuentran en las aduanas por efecto de las leyes y de las disposiciones de carácter fiscal que estructuran, desarrollan o complementan medidas

netamente originadas en cuestiones fiscales por razón del mencionado impuesto.

La Sala declara probada la excepción dilatoria propuesta por el señor Procurador Delegado en lo Civil, de incompetencia de jurisdicción de la Corte. (Negocios Generales. Diciembre 2 de 1955. T. LXXXII. Nos. 2165-2166).....420, 2ª, 424, 1ª y 2ª y 425, 2ª

— 83 —

COMPETENCIA (De las controversias que provienen de contratos celebrados por la Nación)

Conforme al artículo 40 del C. J., sólo puede conocer la Corte de los trámites del juicio ordinario en única instancia de las controversias que provienen de contratos celebrados por la Nación; de tal suerte que faltando ese presupuesto, y aunque existiera por su parte interés en el negocio la competencia no puede radicarse aquí. Esto ha sido definido en numerosos fallos de los cuales puede citarse como uno de los más recientes el de fecha 19 de junio de 1954, publicado en la GACETA JUDICIAL número 2142, Tomo LXXVII, pág. 929. (Negocios Generales. Febrero 8 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64) 192, 1ª

— 84 —

COMPETENCIA (De las controversias provenientes de contrato celebrado por la Nación aunque ésta hubiera transferido sus derechos)

La Corte es competente para decidir en juicio de una sola instancia las controversias provenientes de un contrato celebrado por la Nación aunque ésta hubiera transferido sus derechos. (Negocios Generales. Febrero 8 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64) .194, 1ª

— 85 —

COMPETENCIA (Para conocer de las acciones sobre indemnización de perjuicios causados por trabajos públicos cuando haya ocupación permanente de la propiedad privada)

Como consecuencia del fallo proferido por la Corte en Sala Plena el 20 de junio de 1955 y mediante el cual se declaró inexequible el artículo 269 de la ley 167 de 1941, así como también los artículos 261 y 268 inclusive, 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", corresponde hoy a la justicia ordinaria el conocimiento de tales acciones.

El artículo 2º del Decreto-Legislativo 0293 del presente año, dispone que cuando estos juicios "se hubieren iniciado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con anterioridad al 1º de septiembre de 1955, pasarán a la justicia ordinaria en el estado en que se encuentren". Para dichos juicios son de aplicación, según el artículo 3º del mismo Decreto, los artículos 261 a 268 de la citada ley 167, con el exclusivo objeto de finalizar la tramitación y de dictar las sentencias a que hubiere lugar, entendiéndose que se trata de la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia cuando tales artículos se refieren al Consejo de Estado, según dispone el artículo 4º ibidem. (Negocios Generales. Abril 9 de 1956. Tomo LXXXII. Nos. 2165-2166).....450, 1ª y 2ª

— 86 —

COMPETENCIA (**Para conocer de las acciones sobre indemnización de perjuicios causados por trabajos públicos cuando no hay ocupación permanente de la propiedad privada**)

El artículo 261 del C. C. A. estatuye que "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". Esta disposición, lo mismo que las contenidas en los artículos 262 a 268 del mismo Código, fue declarada inexequible por la Corte en sentencia de 20 de junio de 1955 "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". Obvio es entonces que tratándose de una acción incoada para obtener del Estado simplemente indemnización de perjuicios por trabajos públicos, sin ocupación permanente de la propiedad privada, el citado artículo 261 de exequible y, por tanto, el conocimiento de esa acción corresponde al Consejo de Estado. (Negocios Generales. Abril 10 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166) 462, 2ª

— 87 —

COMPETENCIA (**Para conocer de delitos conexos**)

Siendo los delitos de la falsedad en documentos públicos y de la estafa, en cuantía que exceda de cinco mil pesos, de jurisdicción y competencia —en primera instancia— de los Jueces Superiores de Distrito Judicial (artículos 1º y 2º, Decreto número 3347 de 1950), la norma del artículo 50 del C. de P. P. invocada tanto por el Tribunal de Manizales como por el Juzgado Primero Superior de ese Distrito para determinar la competencia en este negocio en razón de la gravedad del primer delito, falsedad en documentos públicos, no tiene operancia ninguna para dilucidar el problema de la colisión de competencias, porque, se repite, no trata de resolver una cuestión sometida al conocimiento de diversas competencias, sino la de determinar el funcionario que con la misma competencia debe conocer de los delitos de falsedad y estafa cometidos en diversas jurisdicciones. Mas no existiendo disposición especial que determine la competencia para los delitos conexos cometidos en distintas jurisdicciones, su ocurrencia debe estimarse comprendida —como lo ha dicho la Corte en otras oportunidades— en la norma del art. 57 del C. de P. P.

Si los hechos, previamente, fueron puestos en conocimiento de los funcionarios del Distrito Judicial de Manizales, si dentro de esta jurisdicción se adelantó la correspondiente investigación, si allí se llevó a efecto la detención y si en ese lugar se cumplieron las diligencias más importantes del proceso, es natural que la competencia se rige por el artículo 50 del C. de P. P. y así habrá de resolverlo la Sala. (Casación Penal. Marzo 9 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166).... 324, 2ª

— 88 —

COMPETENCIA (**Para conocer del delito de fuga de presos**)

No es admisible la excepción que, en relación con el delito de fuga, le hace la Corte (LXVII, 614) a la norma general contenida en el artículo 55 del Estatuto Procesal, según la cual "es competente por razón del lugar donde debe ventilarse el proceso, el Juez

del territorio en que se comete la infracción".

Acaso la solución adoptada por la Sala en situación semejante se debió a la conveniencia de que el sindicado de fuga sea juzgado por este ilícito penal dentro de la misma jurisdicción en que se le adelanta el proceso en cuya virtud fue detenido; pero no tratándose de territorio indeterminado, ni de ninguna de las demás hipótesis contempladas en los artículos 56 y 57 de la misma obra, es del todo inaceptable acudir a una supuesta extraterritorialidad de los reglamentos carcelarios para hacer distinciones que el claro tenor literal de la ley no consiente, en materia tan esencialmente vinculadas, como ésta de la competencia, a la validez de los juicios. Si tal interpretación fuera verdadera, habría que concluir también —arguyendo **ab absurdo** pues "eadem ratio ibi eadem dispositio"— que el robo cometido por el prófugo o la muerte del mismo a manos de su guardián, no serían del conocimiento del juez del territorio donde la apropiación indebida o el homicidio se causaron, sino del juez del lugar en que se hallara ubicado el establecimiento de detención a cuya reglamentación disciplinaria estuvieran sometidos uno y otro. (Casación Penal. Marzo 15 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166) .....337, 1ª y 2ª

— 89 —

COMPETENCIA (Para conocer del delito de robo cometido por menores de edad en presencia del Decreto 0014 de 1955)

No hay oposición alguna entre los artículos 2º y 81 del Decreto 0014 de 1955. La intención de este Decreto fue la de que el procedimiento en él establecido se aplique a todo procesado por delitos contra la propiedad de que conozca la justicia ordinaria (artículo 81); pero de esta regla general exceptuó a los menores de quince años en quienes, además, concurriesen las circunstancias constitutivas del estado de especial peligrosidad (artículo 2º).

Pero de esto no puede deducirse que el conocimiento de un delito de robo cometido por un menor de diez y ocho años le corresponda a la justicia ordinaria porque, desde antes de expedirse el Decreto 0014, les estaba adscrita la competencia a los Juzgados de Menores por el artículo 12 de la ley 83 de 1946, disposición que no puede considerarse suspendida por el referido Decreto 0014 por no serle contraria. (Casación Penal. Marzo 23 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166).. 350, 1ª

— 90 —

CONCUSION (Elementos del artículo 156 del C. P.)

En el texto del artículo 156 del Código Penal se exigen las siguientes condiciones para que se configure el delito de concusión: a) que haya un abuso del cargo o de las funciones que desempeña el responsable; y b) que constriña, es decir, que obligue o compela por la fuerza, o que induzca, o sea, que instigue o persuada a alguien con el fin de conseguir para sí o para otro dinero o cualquier clase de utilidad. (Casación Penal. Abril 25 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166) 380, 2ª

— 91 —

CONCUSION Y COHECHO (Cómo se configuran y en qué se diferencian estos delitos)

Dentro de la expresión genérica de "crimen repetundarum" quedaban comprendidos —en el derecho romano— no sólo la concusión sino también una serie de actos de

venalidad de los funcionarios públicos que ponían en venta el poder de que se hallaban investidos.

Pero si similares en el bien que primordialmente lesionan, puesto que tanto el cohecho como la concusión atentan contra el servicio público, se diferencian en que el primero es un ilícito bilateral que mira a un acto futuro, mientras que en el segundo no es posible el acuerdo, puesto que la voluntad del sujeto pasivo está viciada por el temor, y el acto que debe realizarse puede ser concomitante con la exigencia indebida.

Otra diferencia que traen los autores es la de que en la concusión el funcionario pide, al paso que en el cohecho acepta. Aquélla la dividen en propia e impropia, según incurriere en la misma un empleado con autoridad o un particular; y en explícita e implícita, según se logre venciendo la voluntad de otro mediante la violencia o induciendo en error al contribuyente. En el primer caso la víctima sabe que es expoliada; en el segundo lo ignora. No obstante—aclaran los expositores— habrá concusión cuando el sujeto paga por temor, aunque sepa o sospeche que no debe realmente lo que se le exige, porque lo esencial no es el conocimiento sino la voluntad.

Otra diferencia se establece por los dos actos distintos que entran en la concusión: el abuso del poder, como medio, y la utilidad económica, como fin. Pero este abuso de autoridad —dice Soler— puede no ser estrictamente funcional; basta que el sujeto actúe en función de autoridad invocando esa calidad, expresa o en forma tácita, y que ella exista, aunque la función invocada no implique en absoluto la facultad de exigir suma alguna. ("Derecho Penal Argentino", T. V. pág. 222). Y el mismo profesor, al referirse al temor que inspiran las prerrogativas del empleado y que quebrantan la voluntad de quien se siente sometido y en precarias condiciones, dice: "Lo que puede un comisario de campaña desbocado es muy distinto de lo que puede el modesto escribiente de oficina. En un caso la amenaza implícita es suficiente; en el otro será preciso que se concrete en alguna forma, que sea explícita" (pág. 226, ob. cit.).

Esta misma división (explícita e implícita) la trae Carrara en su "Programa del Curso de Derecho Criminal", T. V. pág. 114. Allí se dice: "Explícita, si el oficial amenaza con un acto de propio poder que confiesa injusto, si no se le da dinero; implícita, si da a entender que el particular debe hacer un pago que no es debido, como cuando el preceptor aumenta las cifras en las intimaciones de impuesto, etc." Siempre, pues, el acto está constituído por el abuso de autoridad con fines de lucro, patente en el primer caso y latente en el segundo. Y de ahí que al fijar los criterios que configuran la concusión, señale estos: 1º que se haya abusado para obtener un lucro; 2º que este lucro sea indebido; y 3º que con el fin de obtener el lucro se haya acudido a la amenaza de un acto de pública autoridad. (Casación Penal. Abril 25 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166).....379, 2ª y 380, 1ª

— 92 —

CONCUSION Y COHECHO (Voluntariedad de la dádiva)

Aparte de que toda dádiva es voluntaria puesto que ella significa algo que se da graciosamente, la voluntad según se ha visto— puede estar supeditada por el temor recóndito de un mal futuro o de un daño presente que le quita al acto su carácter de espontáneo. (Casación Penal. Abril 25 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166).....382, 1ª

— 93 —

CONSEJO ADMINISTRATIVO DE LOS FERROCARRILES NACIONALES (Competencia para conocer de sus controversias)

La Sala de Negocios Generales invariablemente ha venido sosteniendo que el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, en cuanto servicio público descentralizado, comparece, ya como demandante bien como demandado ante los tribunales superiores en primera instancia y ante la Corte en segunda cuando surgen conflictos provenientes de actos, hechos o negocios relativos a los bienes que administra. Uno de esos fallos que pueden citarse, por haber hecho mérito especial de la disposición contenida en el artículo 2º del Decreto 2645 de 1943, es el dictado por la Sala de Negocios Generales el 11 de febrero de 1944 (G. J. Tomo LVII, pág. 262 y ss.). (Negocios Generales. Febrero 8 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64) ... 194, 2ª y 195, 1ª

— 94 —

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Se quiere hacer respetar la ley que obliga a someter los contratos que valgan más de cinco mil pesos a la revisión del respectivo Tribunal Administrativo, cuando por la índole de sus estipulaciones no aparezca claramente que se trata de negocios cuya celebración hace necesario algún motivo de conservación o restablecimiento del orden público. Entendiendo por esta expresión no el orden público que limita la libre estipulación de los contratos entre particulares sino el funcionamiento normal de las autoridades legítimamente constituídas.

Sin embargo, la misma doctrina común en derecho civil colombiano advierte que en el primer concepto de orden público queda incluído el régimen resultante de las normas del derecho público, algunas de las cuales rigen precisamente la celebración y perfeccionamiento de los contratos administrativos, y a ellos pertenece la formalidad exigida por los artículos 53 y 260 de la Ley 167 de 1941. (Negocios Generales. Febrero 3 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64) .183, 1ª y 2ª

— 95 —

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (Facultades de los Gobernadores en estado de sitio)

El artículo 1º del Decreto Extraordinario 2523 de 1949 sólo tuvo en cuenta autorizar a los Gobernadores, mientras subsista el estado de sitio, para dictar providencia y ejecutar actos encaminados al fin de conservar y lograr la normalidad administrativa en el territorio departamental, pero sin que ello implique dispensar del cumplimiento de los requisitos comunes sobre revisión de los contratos administrativos por los tribunales de la misma rama. (Negocios Generales. Febrero 3 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64) ... 181, 1ª

— 96 —

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (Su revisión por el Tribunal Contencioso Administrativo es requisito Ad Substantiam Actus, indispensable para su validez)

El documento mediante el cual se quiso hacer constar el contrato que obligara al departamento no fue sometido a la revisión del Tribunal Contencioso Administrativo, conforme a lo prevenido en los artículos 53 y 260 de la Ley 167 de 1941. Falta un requisito indispensable para la perfección del acto mediante el cual emite una entidad de derecho público, como persona jurídica, su vo-

luntad para quedar obligada. Es decir, que aquí no se ha probado la obligación porque no está probado el contrato que es su fuente. Y aunque parece repetición innecesaria no está probada esa fuente de obligaciones, llamada contrato, porque, según lo observó la Corte es doctrina de la jurisprudencia colombiana y de los expositores de derecho administrativo, que los contratos de este tipo celebrados por el Estado y demás entidades de derecho público, son hechos complejos sometidos a formalidades **ad substantiam actus** y no simplemente **ad probationem**. Si la falta del requisito sustancial no deja surgir a la vida jurídica el hecho o acto que es causa eficiente de la obligación, menos puede estar probada. Como la compraventa de bienes raíces no se acredita mediante documento privado, sino que siempre es indispensable la escritura pública, y como tampoco se acredita la existencia de una sociedad mercantil la cual exige perentoriamente ese instrumento para su formación y prueba. (Negocios Generales. Febrero 3 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64) .182, 1ª y 2ª

— 97 —

COSA JUZGADA (Se extiende a la parte motiva del fallo)

a) La cosa juzgada cobija la motivación del fallo, cuando está íntimamente ligada a la parte resolutiva y es "como el alma y nervio de la sentencia", pues una y otra parte constituyen en tal caso un todo indivisible;

b) Se entiende por motivos del fallo las razones de hecho y de derecho sobre las cuales el Juez ha fundado su decisión;

c) En consecuencia, la parte resolutiva puede no estar sólo, para los efectos de la cosa juzgada, en el pasaje final del fallo, sino también en aquel o aquellos que contengan el objeto de la decisión judicial, cualquiera que sea la forma que asuman y el lugar que ocupen. (Casación Civil. Abril 6 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167)....558, 1ª y 2ª

— 98 —

COSTAS (La Nación no puede ser condenada)

La Nación no puede ser condenada en costas por mandato del artículo 576 del Código Judicial. (Negocios Generales. Marzo 21 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166)..419, 2ª

— 99 —

COSTAS (Es una cuestión adjetiva no admisible en casación)

Respecto al cargo en relación con las costas por errónea interpretación o falta de correcta aplicación del numeral 1º, artículo 2º del Decreto Legislativo 243 de 1951, "ha sido doctrina invariable de la Corte no dar campo en casación a cuestiones relacionadas con costas; se ha estimado que esta es una cuestión adjetiva...". (Cas. febrero 23 de 1953, LXXIV, 48). (Casación Civil. Mayo 22 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167).....536, 2ª

— 100 —

COTEJO (Cuándo es necesaria esta prueba)

Véase el aparte **Confesión inequívoca de paternidad** en el número 80 de este Indice.

— 101 —

CUANTIA (Es inadmisible el recurso de casación en el proceso penal cuando la cuantía en lo tocante a indemnización de perjuicios es menor de diez mil pesos)

El recurso es inadmisible cuando la cuantía es menor de diez mil pesos ($ 10.000.00).

Es evidente que tanto el artículo 559 del C. de P. P. como el artículo 519 del C. J. consagra el recurso de casación en lo referente a perjuicios el primero; y el segundo, en cuanto al monto o suma discutida en el juicio, pero, también es cierto que, estas cuantías en lo relativo al recurso de casación fueron elevadas a la suma de diez mil pesos ($ 10.000.00) en virtud del Decreto número 3547 de 29 de noviembre de 1950, haciendo la salvedad que la disposición del artículo 1º del mencionado decreto no era aplicable "para los juicios que actualmente estén en curso y en los cuales ya se haya dictado sentencia de segunda instancia". Como en el presente caso al entrar en vigencia la disposición comentada no se había dictado sentencia de segunda instancia, es natural que el recurso de casación no podía interponerse y menos resolverse, porque la cuantía de la sentencia ($ 5.800.00) y ($ 90) es inferior a la suma fijada en el mencionado Decreto; así lo ha resuelto la Sala en providencia de 22 de febrero y 6 de diciembre de 1955.

"Tampoco es admisible el recurso extraordinario, atendiendo a la cuantía de los perjuicios asignados a la infracción. Porque si bien es verdad que el artículo 559 del Código de Procedimiento Penal permite la casación cuando el monto de los perjuicios 'sea o exceda de tres mil pesos', y en el presente negocio fue fijado en $ 8.000.00, sin embargo tal norma, en esa parte, quedó suspendida por el Decreto Legislativo número 3547 de 1950, que elevó a diez mil pesos 'las cuantías de que trata el artículo 519 del Código Judicial sobre procedencia del recurso extraordinario de casación contra las sentencias dictadas en segunda instancia por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial', con la única salvedad de que el Decreto es inaplicable a los juicios en curso y en los cuales se haya dictado fallo definitivo de segunda instancia (artículo 1º).

'Los artículos 519 del Código Judicial y 559 del de Procedimiento Penal deben interpretarse armónicamente, no sólo porque ambos precisan la misma cuantía ($ 3.000.00) como cantidad mínima para conceder el recurso de casación, sino porque, en virtud de mandato expreso de la última norma, todo lo relativo a la casación civil debe aplicarse al proceso penal cuando se trata de los perjuicios causados por el delito.

"Y como en el presente negocio, la demanda civil fijó en $ 8.000.00 la indemnización, síguese que el recurso extraordinario interpuesto por la defensa resulta improcedente". (Casación Penal. Febrero 14 de 1956. Tomo LXXXII. Nos. 2163-64).....162, 1ª y 2ª

— 102 —

CUARTA DE MEJORAS (Derecho de los hijos naturales a ella)

En armonía con los artículos 23 y 24 de la ley 45 de 1936 y 1277 del C. C., en el caso **sub judice**, el testador no podía disponer en su testamento de la cuarta de mejoras sino a favor de su hija natural; y si dispuso de esa cuota como lo hizo, la reforma debe aprovechar a la letigimaria. El artículo 23 lleva implícitas las disposiciones que se han citado aunque el fallador no las hubiera mencionado en su sentencia, porque el desarrollo práctico de aquélla hace forzosa la aplicación de ésta. (Casación Civil. Marzo 15 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166).. 247, 2ª

— 103 —

CUESTIONES DE HECHO (Cuándo tienen cabida en la casación)

Las cuestiones de hecho sólo caen por excepción en el ámbito de la casación. Como concesión se originó esta especie de "desviación" del recurso; algunos códigos aún

no la consagran, y la doctrina general la admite en circunstancias singulares, siempre atemperada por la naturaleza de la casación, que no es una instancia más, en la cual pueda debatirse libremente sobre los hechos. Es axiomático el que con la instancia queda agotada la controversia en cuanto a la materia probatoria, que no puede agitarse de nuevo, y en cuanto a la jurisdicción, que queda limitada por el objeto primordial del recurso, cual es la intangibilidad y el imperio de la ley, y de allí la "soberanía" de los tribunales falladores para enjuiciar los hechos, soberanía que emana por lo dicho, de tal objeto fundamental de la casación y que constituye, por tanto, la posición normal del fallador frente a la prueba. De consiguiente, si la prueba puede llegar a interesar la esfera del recurso, es sencillamente porque puede llegar a afectar el ámbito de la ley. La "autonomía" del juzgador restringe de manera tal el ingreso de los problemas de hecho a la casación que sólo extraordinariamente se presentan. A esta presencia excepcional se refiere el artículo 520 cuando prescribe que si la violación de la ley proviene de apreciación de determinada prueba, es necesario que se demuestre "haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos". (Casación Civil. Mayo 30 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167)...603, 2ª.

— D —

— 104 —

DECLARACION DE RENTA Y PATRIMONIO (Como prueba de la filiación natural)

La ley 45 de 1936 en el numeral 3º de su artículo 4º le otorga mérito a una simple carta o a "otro escrito cualquiera" del pretendido padre, para hacer la declaración judicial de paternidad. Para la Corte una declaración formal de renta y patrimonio presentada ante la administración de Hacienda Nacional, en que se haga la inclusión explícita por parte de quien se pretende la paternidad, de que una persona es hija suya, es algo más que **un escrito cualquiera.**

Si para tener a una persona como hija natural de un pretenso padre basta, sin necesidad de juicio, que aquél la haya reconocido por manifestación ante un juez, aunque el reconocimiento no haya sido el objeto único y principal del acto que la contiene (artículo 2º de la ley 45 de 1936), es imposible, inexplicable que se le desconozca su mérito a las referidas declaraciones, no verbales sino escritas, presentadas a la administración de Hacienda, en presencia del texto tan comprensivo y amplio del numeral 3º, artículo 4º de la ley 45, no para dar por establecida la filiación, sin discutirla, sino para declararla judicialmente, previo el amplio debate del juicio ordinario. (Casación Civil. Marzo 2 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166).... 209, 2ª y 210, 1ª

— 105

DECRETO 0014 DE 1955

El Decreto 0014 de 1955 mira a la defensa social preventiva y aún represiva y tiende particularmente a la regeneración de los culpables por medio del trabajo en las colonias agrícolas, que es una de las fórmulas más recomendables al tratamiento de esta clase de sujetos dañinos. (Casación Penal. Enero 24 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64) 134, 2ª

— 106 —

DECRETOS 0014 DE 1955 Y 0279 DE 1953 (No hay incompatibilidad entre ellos)

No hay incompatibilidad entre el Decreto

0014 de 1955 y el 0279 de 1953, puesto que gobiernan materias completamente distintas. Y ante esta ausencia de oposición o contrariedad de normas legales, las disposiciones del Decreto 0279 no quedaron suspendidas, según los arts. 121 de la Constitución y 82 del Decreto 0014 en cita. (Casación Penal. Enero 24 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64) 133, 1ª

— 107 —

DEFORMIDAD FISICA Y PERTURBACION FUNCIONAL (Diferencias.—Significado de las palabras "órgano" o "miembro")

La deformidad física es todo defecto que altera la constitución y naturaleza estética de las personas, la integridad o la proporción anatómica que guardan entre sí las diversas partes que constituyen el cuerpo humano, o sea, todo aquello que altere la modalidad normal con la que proporcionalmente intervienen los elementos objetivos de la belleza en la constitución de lo que acostumbramos llamar "las formas". En cambio, la perturbación funcional implica una limitación, trastorno, alteración o supresión de las funciones vitales de un órgano o miembro que pueden ser debilitados o suprimidos en su carácter funcional por consecuencia de la lesión.

Los términos "órgano", "miembro" empleados por el Legislador colombiano, hacen referencia directa a la actividad funcional que desempeña cualquiera de las partes del cuerpo destinadas por naturaleza a ese ejercicio, y la lesión puede producir una perturbación total del órgano o miembro o el debilitamiento de la actividad fisiológica de una de sus partes. Por esto se dice que: "órgano es el conjunto de tejidos que actúan simultáneamente en el ejercicio de una función determinada". En otros términos, la perturbación se predica de todo el órgano o miembro o de la disminución de capacidad funcional de una de sus partes, ya que los motivos de este agravante (artículo 374 del C. P.) están en razón directa de la pérdida o debilitamiento de las funciones de la parte lesionada.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia de la Corte ha sido constante y reiterada en sentido de afirmar que las palabras órgano o miembro empleadas por el Legislador, comprenden no sólo la totalidad de ellos, sino también, cualquiera de los elementos que los integran, y que la perturbación hace referencia al aspecto funcional que el todo o uno de sus componentes desempeñan en la vida de los individuos; por esto es por lo que, cuando se lesiona una de sus partes y como consecuencia de ella queda una perturbación funcional de carácter transitorio o permanente, el hecho se sanciona de conformidad con el artículo 374 del C. P., con prescindencia absoluta del artículo 373 que contempla casos diferentes; tesis ésta, que se halla en abierta pugna con los conceptos emitidos por el Juez y por el Tribunal. (Casación Penal. Mayo 19 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167).....641, 1ª y 2ª

— 108 —

DELITO (Respecto de una modalidad específica debe existir plena prueba)

No debe olvidarse que en tratándose de una modalidad específica que caracteriza el delito, debe existir una prueba categórica y no una mera sospecha. Por ejemplo, la amenaza implícita que despierta o suscita el temor y doblega el ánimo de quien la sufre o cree sufrirla, en el delito de concusión, tiene que estar concretada —como lo dice Soler— en alguna forma, sin que baste suponerla. (Casación Penal. Abril 25 de 1956. Tomo LXXXII. Nos. 2165-2166).....381, 2ª

— 109 —

DEMANDA DE CASACION

No es admisible la demanda de casación en que el recurrente no expresa la causal para pedir la infirmación del fallo, pues se reduce a decir que funda el recurso en el artículo 520 del Código Judicial, pero sin señalar la causal pertinente; no indica los fundamentos de la acusación para sustentar el recurso ante la Corte, y no expresa cuál es el concepto de la pretendida violación de las disposiciones citadas. Habla de errores de hecho y de derecho, pero no explica en qué consisten esos errores. Es decir, que el recurrente presenta un escrito del que no puede deducirse el motivo de ataque en casación de la sentencia.

Un escrito de tal naturaleza no cumple con los requisitos que señala el artículo 531 del Código Judicial. (Casación Civil. Abril 4 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166) .....
265, 2ª y 266, 1ª

— 110 —

DERECHO DE DEFENSA (En el proceso penal)

La defensa no es un privilegio que otorga la ley sino un derecho originario del hombre, reconocido por el legislador; por consiguiente, ese derecho es inalienable e irrenunciable por el interés que tiene el Estado y la sociedad de que no se condene a un inocente sino al verdadero culpable. Nadie puede renunciar a su propia defensa, y cuando por cualquier circunstancia la persona así lo hiciere, la ley faculta al funcionario para nombrar un apoderado o defensor de oficio que patrocine la causa y haga valer los derechos del acusado para absolverlo si es inocente, o para que sea sujeto de sanción penal en la justa medida de la ley, si resultara ser culpable.

Pero el ejercicio del mandato presupone deberes y obligaciones que deben cumplirse y no renunciarse, porque el cargo de apoderado y defensor en lo penal es de orden público y no privado como en lo civil; aquí se atienden intereses económico - particulares, en aquél se defienden valores de superior jerarquía, como es la libertad del hombre, su inocencia o el reconocimiento de una responsabilidad en los términos de la ley. El mandato no se cumple ni se justifica con el solo acto de suscribir notificaciones. No; es necesario asistir al procesado en todas las diligencias en que la presencia de éste sea prescrita por la ley, y representarlo en todos los actos e incidentes del proceso, bien sea en orden a contradecir las pruebas o allegar elementos que demuestren su inocencia, o a buscar los términos en que la debe ser aplicada.

Si el apoderado o defensor no cumple con sus deberes, si la defensa es inútil por inercia o despreocupación, si no se hace nada por tratarse de un reo ausente, o por ser un defensor de oficio a quien los intereses del acusado no importan nada, es claro que en este caso especialísimo no puede hablarse de defensa, máxime cuando el acusado no estuvo ausente ni se hallaba prófugo de la justicia, se lo juzgó en ausencia o en "contumacia" siendo, por otra parte, evidente que en sitio donde se adelantaba la causa estaba presente, lo que equivale a decir que se omitió uno de los sujetos procesales del juicio, o sea el sujeto pasivo de la acción penal —el acusado —ya que el defensor fue un convidado de piedra en este proceso. (Casación Penal. Marzo 12 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167) .....631, 1ª y 2ª

— 111 —

DESLINDE (En este juicio puede discutirse sobre cuestiones tocantes a la propiedad de la zona disputada)

La Corte reafirma la jurisprudencia según la cual en el juicio ordinario de deslinde puede discutirse sobre cualesquiera cuestiones tocantes a la propiedad de la zona disputada: nulidad y prelación de los títulos, usucapión, derecho a mejoras, etc. Ello no desnaturaliza la acción de deslinde; si la finalidad de ésta es señalar un lindero, a ello contribuye la controversia sobre el dominio; la usucapión refrenda o modifica la línea declarada en los títulos, determinando en todo caso la línea divisoria, y la economía procesal lo justifica para evitar un nuevo litigio. Consecuencialmente, la sentencia causa ejecutoria en relación con las cuestiones controvertidas. (Casación Plena Civil. Mayo 24 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167).....544, 2ª y 545, 1ª

— 112 —

DESLINDE (Las cuestiones sobre propiedad deben proponerse expresamente)

Las cuestiones sobre la propiedad en el juicio ordinario de deslinde, deben proponerse expresamente (cas. noviembre 30. 1946. LXI, 683), por tratarse de materia de fondo que va a discutirse en juicio cuyo objeto propio no es el de discutir sobre la propiedad. El opositor al deslinde verificado podrá plantearla al formular su demanda, y el demandado contrademandando o excepcionando. (Casación Plena Civil. Mayo 24 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167).....545, 1ª

— 113 —

DETENCION ARBITRARIA (Delito de)

Cuando la infracción porque se procede tiene señalada pena de presidio o prisión, si resultare contra el procesado por lo menos una declaración que ofrezca serios motivos de credibilidad o un indicio de que es responsable penalmente como autor o partícipe de la infracción, el funcionario puede y debe decretar la detención (artículo 379), la cual no puede llevarse a cabo sino mediante providencia motivada en que exprese: el hecho que se investiga en el proceso; los elementos probatorios allegados sobre la existencia de ese hecho; su calificación legal y la pena señalada por la ley, como también las pruebas que reposan en contra de la persona cuya detención se ordena (artículo 383). Estas disposiciones y los requisitos contemplados en ellas, fueron cumplidos por el Juez acusado, no como Jefe de Instrucción sino como funcionario investigador, de manera que el acto —detención— no fue ilegal ni arbitrario porque lo hacía en cumplimiento de mandatos expresos contenidos en la ley.

La circunstancia de que el Juez de Circuito no fuera "Jefe de Instrucción" y el hecho de que el Decreto número 1231 de 1951 le hubiera quitado esa calidad, no son razones que induzcan a pensar que por esto ha perdido, por una parte, el carácter de funcionario de Instrucción en lo relacionado con delitos cometidos dentro de su territorio, y por otra, las prerrogativas que le ha conferido la ley en orden a la perfección del sumario, porque el Decreto, en ninguna de sus disposiciones, ni directa ni indirectamente suspende la vigencia de los artículos 60, 61 y 62 del C. de P. P., ni las atribuciones a ellos conferidas por los artículos 277 y 281; suspende sí la calidad que el Juez del Circuito en el Ramo Penal tenía como "Jefe de Instrucción en todos los procesos penales que

se adelanten dentro del territorio de su jurisdicción" (artículo 64) para radicarla en el Juez Municipal.

Si el auto de detención se profirió teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 383 del Código de Procedimiento Penal; si quien lo hacía era funcionario público y lo dictaba en ejercicio de plenas facultades, la providencia que tal cosa disponía no era ilegal, ni había usurpación de jurisdicción y competencia, porque al momento de ordenar la detención el Juez se hallaba investido de todas las prerrogativas necesarias para tomar esa determinación. Una cosa es la facultad que el Decreto 1231 de 1951 confirió al Juez Municipal como "Jefe de Instrucción" y otra muy distinta la facultad que el Juez Penal del Circuito tiene como funcionario de Instrucción. La primera, confiere poderes más amplios para vigilar e intervenir en las investigaciones penales; la segunda, limita o circunscribe el radio de acción para aquellos procesos que por cualquier causa llegan a su conocimiento, pero entre estas dos modalidades no se advierte oposición alguna, ni la primera anula la segunda; ellas se complementan para buscar una sola finalidad; el descubrimiento de la verdad histórica y material de los hechos investigados y la responsabilidad de los autores o copartícipes de la infracción. (Casación Penal. Abril 17 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166) ....372, 1ª y 2ª

— 114 —

DETERMINACIÓN DE UN PREDIO (No es suficiente decir que un lote enclavado en otro de mayor extensión colinda por todas partes con ese lote mayor)

En casos como el presente, de un lote enclavado en otro de mayor extensión de propiedad del demandante, no es incorrecto decir que colinda por todas partes con tierras del actor, porque puede ser así, pero aunque eso sea cierto, es dato incompleto o deficiente para determinar e identificar dicho lote, porque no indicándose ni la forma, ni la localización, ni la cabida, no hay determinación del predio, ni es posible identificarlo para pronunciar sentencia condenatoria, ni manera de ejecutar ésta judicialmente en el evento de renuencia del demandado vencido.

En efecto, un predio así determinado, dentro de un globo de mil fanegadas (es un ejemplo), bien podría ser de cien varas cuadradas o de cien fanegadas, sin que el Juez supiera, a la hora de hacer cumplir su fallo condenatorio, qué debía entregarle al demandante. (Casación Civil. Abril 27 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166).....307, 2ª y 308, 1ª

— 115 —

DICTAMEN PERICIAL (Calidades que debe reunir para que pueda considerarse como plena prueba)

De acuerdo con el artículo 721 del C. J., tres son los requisitos para que el dictamen tenga fuerza de plena prueba: que sea explicado, uniforme y debidamente fundamentado. Reunidos estos requisitos el juzgador debe darle al dictamen el valor de prueba completa; pero si falta uno de ellos, el juez debe resolver sobre el valor probatorio ajustándose a la realidad de los hechos demostrados. "De modo —dice la Corte— que si la pericia es uniforme, explicada y debidamente fundamentada, el juez no está autorizado para prescindir de ella arbitrariamente; pero si no reúne esas calidades, debe impartir justicia, acomodándose a la verdad de los hechos comprobados". Esa apreciación la hace el juez al momento de fallar, ya que es a él a quien corresponde darle al dictamen la valoración jurídica que amerite o demerite tal dictamen, imprimiéndole la fuer-

za probatoria que ha de revestir de acuerdo con la ley, para lo cual habrá de tenerse en cuenta que el dictamen, como lo ha sostenido esta Sala en repetidas veces, "se apoye en consideraciones lógicas y racionales que conduzcan a la evidencia de la conclusión que se propone". (Negocios Generales. Abril 9 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166)... 457, 1ª

— 116 —

DIVORCIO CIVIL (La sentencia extranjera no produce efectos en Colombia para los que han contraído por el rito católico)

Una sentencia de separación de cuerpos, proferida por autoridades civiles extranjeras, en tratándose de matrimonio celebrado conforme al rito católico, no produce efectos en Colombia, dado que de conformidad con el artículo 19 del Concordato, las causas de separación **quoad thorum, mensam et habitationem,** de matrimonios católicos, han sido deferidas a la autoridad eclesiástica. (Casación Civil. Abril 6 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167) 555, 1ª

— 117 —

DOMICILIO

La aseveración que hace un individuo en un documento de ser vecino de cierto lugar no es por sí prueba suficiente de que dicho lugar sea su domicilio. (Negocios Generales. Febrero 2 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64) 177, 2ª

— 118—

DONACION (Acciones de los legitimarios para pedir la reducción o la nulidad de la donación irrevocable)

El legitimario puede obtener la reducción de una donación irrevocable, hecha por su ascendiente en favor de otro legitimario, con menoscabo de sus derechos de tal, aun cuando aparezca cumplida la formalidad de la insinuación respecto de esa liberalidad; y el legitimario puede, con el mero interés de heredero, demandar la nulidad de una donación **inter vivos,** otorgada por sus ascendientes en favor de otro legitimario, en el exceso de los dos mil pesos, por no haberse satisfecho el requisito de la insinuación exigido en el artículo 1458 del C. C., aunque tal liberalidad no vulnere la legítima rigorosa del actor. Se trata de situaciones jurídicas bien diferentes que no pueden identificarse. En el último caso, el legitimario, como cualquier heredero, ejercita la acción que el mismo donante, en vida, puede promover para anular el acto liberatorio, en el exceso de los dos mil pesos, por haberse omitido la formalidad de la insinuación requerida para la validez de la donación. (Casación Civil. Abril 4 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166)... 261, 1ª y 2ª

— 119 —

DONACION (Su validez cuando se oculta bajo la apariencia de una compraventa)

Con aplicación de la doctrina sobre la simulación-prevalencia, la Corte ha reconocido validez y eficacia a las donaciones entre vivos ocultas bajo la apariencia de una compraventa fingida, siempre que aquéllas reúnan los requisitos de fondo y de forma para su reconocimiento en derecho. En la simulación relativa, según aquella doctrina, figuran dos contratos: uno aparente u ostensible, inexistente para las partes, y otro verdadero y oculto, disimulado bajo aquel ropaje ilusorio. Despojado el contrato verdadero, de su disfraz, hay que examinar si reúne las condiciones esenciales para su existencia o validez. Así, una donación disfraza-

da de compraventa, debe ser tratada jurídicamente de igual manera que una donación manifiesta: podrá ser revocada por causa de ingratitud, estará sujeta a colación y reducción en caso de que menoscabe el derecho de los legitimarios, podrá rescindirse por los acreedores en caso de fraude a sus intereses, y anularse en el exceso de dos mil pesos cuando no haya existido insinuación judicial. (Casación Civil. Abril 4 de 1956. Tomo LXXXII. Nos. 2165-2166).....260, 2ª

— 120 —

DONACION ENTRE VIVOS (Formalidad de la insinuación)

El requisito de la insinuación en las donaciones que valgan más de dos mil pesos, tiene su origen en el Derecho Romano. Consistía en la publicidad del escrito de donación entre vivos, mediante su inserción en los registros de los magistrados. Bajo Justiniano sólo se exigía en las donaciones que pasaran de trescientos sólidos, y más tarde, de quinientos. El fin principal de la insinuación era asegurar, en interés de terceros, la publicidad de las donaciones y proteger, al mismo tiempo, al propio donante y a su familia contra liberalidades exageradas o determinadas por motivos ocultos. La falta de insinuación acarreaba la nulidad de la donación, de pleno derecho, en cuanto excediera del límite fijado. En nuestro derecho, la insinuación consiste en la autorización para hacer la donación, concedida por juez competente, a solicitud del donante o donatario. Hallándose limitadas las donaciones por el respeto de los intereses a que anteriormente se hizo mérito, el juez no puede autorizarlas sino cuando se le demuestre que con ellas no se contraviene ninguna disposición legal, ni se atenta contra tales intereses. El juez debe resolver la solicitud, "con prudente juicio", mediante el procedimiento indicado en el artículo 1204 del C. J., oyendo al agente del Ministerio Público y al Síndico Recaudador del Impuesto de Sucesiones y Donaciones (L. 63 de 1936, artículo 26), y exigiendo las pruebas que estime necesarias para asegurar la justicia de su decisión. Así se deberá comprobar que al donante le quedan bienes con qué atender a su congrua subsistencia y que con la donación no se perjudican los derechos de los legitimarios ni se defrauda a los acreedores. El artículo 1458 del C. C. contiene en el fondo una prohibición, en cuanto no permite las donaciones entre vivos, de mayor valor de dos mil pesos sin que se hayan insinuado. La infracción de la norma prohibitiva debería acarrear la nulidad de la donación (artículo 6º), si la ley no dispusiera expresamente que vale hasta la cuantía señalada y es nula en el exceso, en lo cual sigue nuestro código la misma doctrina del Derecho Romano. La nulidad en el exceso de la donación surte el efecto de las nulidades de pleno derecho, al existir constancia del valor de los bienes donados. Si se ha donado sin insinuación un bien raíz que valga más de dos mil pesos, el donatario sólo conservará un derecho proindiviso en la finca, equivalente a aquella suma. No se requiere insinuación sino en las donaciones entre vivos. No la necesitan las que se hagan por causa de muerte, por razones obvias: éstas, si no se han revocado (artículo 1203), transmiten el dominio a la muerte del donante, y entonces cesa el interés de protección del donante. Por otra parte, los intereses de los asignatarios forzosos y de los acreedores quedan suficientemente protegidos con las normas sobre sucesión por causa de muerte, que impiden la afectación de las legítimas por tales donaciones y garantizan el pago de las deudas del de cujus a cargo de sus causahabientes. Tampoco necesitan insinuación las donaciones entre cónyuges, porque éstas son siempre revocables (artículos 1195, 1196). La insinuación es ne-

cesaria en las **donaciones gratuitas.** Las **donaciones con causa onerosa,** que son en realidad donaciones gratuitas, están sujetas a insinuación; pero aquellas **en que se impone un gravamen,** no lo están sino en la parte gratuita, o sea, descontando el valor del gravamen; y las **donaciones remuneratorias,** sólo exigen insinuación en cuanto excedan del valor de los servicios remunerados, o sea, respecto de la parte en que son gratuitas (artículos 1461, 1462 y 1491). No exceptúa la ley de la formalidad de la insinuación, las donaciones irrevocables a los legitimarios, aun cuando expresamente se hayan hecho como anticipo de legítima o mejora. Y teniendo en cuenta los motivos anteriormente expuestos que justifican el establecimiento de la insinuación como formalidad esencial de las donaciones entre vivos que valgan más de dos mil pesos, no se ve razón alguna valedera para eximir de tal requisito las que se otorguen en favor de los legitimarios. Para esta clase de donaciones existen los mismos motivos que justifican la exigencia de la insinuación judicial. (Casación Civil. Abril 4 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-66)

259, 2ª y 260, 1ª y 2ª

— 121 —

DONACIONES ENTRE VIVOS (Formalidades)

Secuencia del derecho de propiedad que nos faculta para disponer de los bienes que nos pertenecen como queramos, "no siendo contra ley o contra derecho ajeno" (C. C., artículo 669), se reconoce y sanciona la validez de las donaciones entre vivos, con el lleno de ciertas formalidades y dentro de ciertos límites, que se justifican por motivos de orden superior: bien por el interés del propio donante, quien por irreflexión puede precipitarse en liberalidades excesivas y ruinosas; o bien por el interés de la familia del donante, cuyos parientes más próximos llamados a recibir su herencia, pueden verse privados de las asignaciones forzosas, por obra de donaciones que absorban la totalidad de su patrimonio; o bien por el interés de los acreedores, a quienes puede menoscabarse la prenda general tácita sobre los bienes de su deudor, al través de liberalidades sin tasa. Dentro de este criterio la ley reglamenta restrictamente las donaciones entre vivos, cuya validez y eficacia se reconoce cuando se cumplen las formalidades prescritas y no se quebrantan aquellos intereses. El Código Civil exige determinadas formalidades respecto de algunas donaciones, como la insinuación judicial en las que valgan más de dos mil pesos (artículo 1458), la escritura pública debidamente registrada en las de bienes raíces (artículo 1457), y el inventario solemne de los bienes en las que se hagan a título universal (artículo 1464). Reglamenta especialmente la capacidad para donar y para recibir (artículos 1444 y 1449), impone reservas en favor del donante (artículo 1465) y en favor de los legitimarios (artículos 1244 y siguientes), grava en ciertos casos a los donatarios con las deudas del donante y autoriza la rescisión de las donaciones en fraude de los acreedores (artículo 2491, num. 2º). Y dentro de la prevención y cautela por las donaciones desorbitadas, el Código autoriza la interdicción judicial por prodigalidad en razón de "donaciones cuantiosas sin una causa adecuada" (artículo 534). (Casación Civil. Abril 4 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166)

259, 1ª y 2ª

— 122 —

DOCTRINAS NUEVAS (La Sala falladora o la Plena de Casación Civil no pueden certificar sobre si una sentencia contiene doctrinas nuevas)

No está previsto en la ley que la Sala fa-

lladora o la Plena de Casación Civil certifique o conceptúe sobre si el fallo contiene o no nuevas doctrinas, y menos aún acerca de si las existentes pasaron o no inadvertidas para la Sala sentenciadora en el momento de fallar. Una y otra cosa son extrañas a la órbita de las atribuciones de las Salas, y la última, además, atañe al ámbito de las deliberaciones, de suyo reservadas. (Sala Plena de Casación Civil. Junio 27 de 1956. Tomo LXXXII. No. 2167) 562, 2ª

— 123 —

DOCTRINAS NUEVAS (La estimación de si un proyecto de sentencia las contiene o no es de la autonomía de la Sala de Casación Civil del conocimiento)

La labor estimativa de si se trata o no de doctrinas sobre puntos nuevos, o modificativas de las existentes, es de la autónoma y privativa incumbencia de la Sala del conocimiento, de modo que ésta, al fallar sin la intervención de la Plena, lo hace siempre en virtud de una jurisdicción que no desaparece ni siquiera en el supuesto de que la Sala se equivoque en la apreciación de aquellos puntos. (Sala Plena de Casación Civil. Junio 27 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167) ...569, 1ª

— 124 —

DOCUMENTO (Su apreciación en materia civil y penal)

Si un documento —exhibido como prueba directa —resulta ineficaz en los juicios civiles por carecer de un requisito de forma, puede, en cambio, considerarse como prueba indirecta en los procesos penales. (Casación Penal. Enero 20 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64) 129, 2ª

— 125 —

DOCUMENTOS PUBLICOS O AUTENTICOS (Pueden presentarse en el término de pruebas, regla aplicable a los producidos en el extranjero)

Pueden presentarse de manera directa, en el término de pruebas, los documentos públicos o auténticos. Se reitera la doctrina de casación de junio 24 de 1954 (LXXVII, 855). Esta regla es también aplicable a los producidos en país extranjero, siempre que vengan autenticados (artículo 1º, Ley 39 1933). (Casación Civil. Abril 6 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167) 552, 2ª

— 126 —

DOCUMENTO SECRETO (Como causal de revisión)

La Corte ha dicho que "la prueba de documento secreto de que habla la ley, es aquella que permanece oculta, ignorada o escondida en el proceso y que por la reserva de ella no pudo ser conocida previamente por el apoderado o defensor, y que el funcionario prevalido de su carácter de fallador la tuvo en cuenta para pronunciar la sentencia condenatoria, pero esta causal no hace deferencia a las pruebas que favoreciendo los intereses del sindicado dejaron de allegarse, caso que no ha sido contemplado por la ley como causal de revisión". (Casación Penal. Marzo 13 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166) .. 333, 2ª

— E —

— 127 —

ELECTROCUCION (Muerte por)

La argumentación del recurrente tiende a

demostrar que la causa de la muerte de una persona por electrocución no puede acreditarse sino por medio de la prueba pericial, y no por otra distinta: ninguna consideración permite afirmar, dice, "que los testigos puedan **percibir** por algunos de sus sentidos externos **la causa** de la muerte de una persona"; "la causa de la muerte, por ser asunto en extremo complejo, que requiere conocimientos especiales, de aquellos cuya adquisición es exigencia de largos años de preparación y constituyen una profesión de las más antiguas del mundo, no puede ser establecida por prueba testimonial, sino por prueba de expertos".

Sobre el particular la Sala considera que en ocasiones sólo un perito médico, podrá decir cuál es la causa de la muerte de una persona, mientras que en otras la deducción no escapa al conocimiento común por las circunstancias que rodean al hecho. Es verdad que los testigos no deben hacer deducciones, pues el juez es quien debe hacerlas sobre los datos proporcionados por aquéllos. Pero eso no significa que sea necesario para definir la causa de la muerte de un sujeto que los declarantes la hayan presenciado, pues es suficiente que expongan en qué circunstancias vieron su cadáver, por ejemplo, para que el juez pueda concluir con seguridad a qué se debió el fallecimiento, si, la muerte puede atribuírse, por conocimientos comunes a determinada causa. Desde luego no puede sentarse una regla general al respecto, pues sólo caso por caso podrá decirse si es necesaria la prueba pericial o si es suficiente la de testigos, la de inspección ocular u otra análoga.

Una línea de alta tensión, que está caída, y conectada con una cerca de alambre y un cadáver con quemaduras recostado sobre las cuerdas de alambre, electrizadas, puesto que los empleados de la energía tuvieron que venir a aislarlas. Para hacer tal deducción no se necesita de conocimientos especiales de los que sólo pueden aportar los peritos. Un concepto técnico hubiera sido conveniente al efecto, pero no aparece como indispensable. (Casación Civil. Febrero 28 de 1956. Tomo LXXXII. Nos. 2163-64) ..... 96, 2ª, 98, 1ª y 99, 2ª

— 128 —

EMBRIAGUEZ (Como circunstancia de menor peligrosidad)

La experiencia cuotidiana demuestra que no todos los borrachos cometen delitos, y que cuando incurren en ellos, la raíz de su delincuencia debe buscarse más bien en las tendencias e inclinaciones del sujeto, y no en la embriaguez, que apenas viene a ser la ocasión o el modo de manifestarse la peligrosidad del agresor. "Mientras en los individuos no predispuestos a la criminalidad —dice el profesor Di Tullio— la intolerancia del alcohol, aunque cause perturbaciones de todo género y las más diversas formas de astenia o de leve excitación psico-motriz, no es generalmente peligroso en cuanto no provoca actos delictivos sino en casos del todo excepcionales; en los intolerantes predispuestos al delito, el alcohol actúa, en cambio, vigorizando las varias aptitudes criminosas y favoreciendo su realización".

Por eso, el Código Penal consagra como circunstancia de menor peligrosidad la embriaguez, únicamente cuando el agente "no haya podido prever sus consecuencias delictuosas" (artículo 38, num. 5º). (Casación Penal. Marzo 16 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166) 346, 1ª

— 129 —

ENEMISTAD (Como causal de recusación)

La enemistad manifiesta sólo puede admitirse como causal de recusación, cuando apa-

rece probado en autos un hecho u hechos en que el juez haya exteriorizado odio o animadversión contra la parte recurrente y su vivo deseo de retaliación. (Negocios Generales. 9 de abril de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166) .....443, 2ª y 444, 1ª

— 130 —

ERROR DE DERECHO (El recurrente debe citar en su demanda las disposiciones legales sobre régimen probatorio que considere violadas)

Reiteradamente ha dicho la Corte que cuando se impugna una sentencia por infracción indirecta de la ley sustantiva, a consecuencia de un error de derecho en la estimación de las probanzas, incumbe al recurrente demostrar que el fallador quebrantó las disposiciones legales que señalan la tarifa probatoria, para lo cual debe citar precisamente en su demanda tales disposiciones que indiquen la **violación-medio**, junto con las normas sustantivas atinentes al fondo del negocio. Si el recurrente no cita en su demanda de casación las normas legales sobre régimen probatorio violadas, ella debe rechazarse de plano. (Casación Civil. Febrero 8 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64) 28, 2ª

— 131 —

ERROR DE HECHO

Si la sentencia no halla contradicción entre los títulos de una misma parte, el recurrente, que la acusa por error de hecho, debe probar que existe la pugna de manera inequívoca y manifiesta. (Sala Plena de Casación Civil. Mayo 24 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167).....540, 2ª y 541, 1ª

— 132 —

ERROR DE HECHO (No puede ser generado por la errónea interpretación de la contestación de la demanda)

La interpretación que el sentenciador le da a la contestación de un hecho de la demanda, cuando éste se refiere a una prueba, no puede generar el error de hecho "manifiesto" que pueda llevar a la invalidación del fallo.

El error que se le imputa al fallador en este caso ni siquiera se refiere a la prueba misma, sino a la interpretación que se le dio a la respuesta y la facultad de la Corte no puede llegar hasta deducir la existencia del error de hecho porque el Tribunal se hubiera equivocado en la conexidad de la contestación con la afirmación contenida en un hecho de la demanda. (Casación Civil. Marzo 15 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166).. 244, 2ª y 245, 1ª

— 133 —

ERROR DE HECHO (En la interpretación de los contratos)

Los artículos 1618 y 1620 del C. C. consagran dos reglas trascendentales en materia de interpretación de los contratos, y la doctrina ha reconocido la soberanía de los Tribunales al realizar esa interpretación; pero esa soberanía no puede llegar hasta el extremo de que so pretexto de desentrañar la intención de los contratantes se la desconozca para hacerla producir efectos jurídicos distintos de los que claramente fueron determinados en el contrato; en tal evento el fallador incurre en error de hecho constitutivo de una causa de casación. (Casación Civil. Abril 28 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166) 314, 2ª

— 134 —

ERROR DE HECHO (En la interpretación de una cláusula testamentaria)

Para que pueda surgir error evidente de hecho en la interpretación testamentaria, es indispensable que el sentenciador pase por encima del claro y terminante significado y preciso alcance de la voluntad del testador como ley de su herencia. Pero cuando no es unívoco el sentido de las cláusulas, ni está claramente manifestado el querer del causante, según la sustancia de sus disposiciones, se abre amplio campo al poder discrecional del sentenciador, cuyo juicio se hace por lo común invulnerable en casación, supuesto que dentro del juego de las variadas opiniones más o menos poderosas para inclinar la mente del intérprete, no habría en el recurso extradinario asidero plausible para supeditar la convicción del Tribunal porque se presentaran otras opiniones razonables para interpretar la voluntad del causante. Sería necesario que su juicio fuera notoriamente erróneo a la luz resplandeciente del proceso, para que cayera por yerro evidente de hecho. La evidencia es incompatible con la simple opinión, y más aún con el estado de duda. De donde se sigue que el recinto íntimo en que se forma la convicción del sentenciador para decidir sobre puntos opinables en la tarea de interpretar los actos jurídicos, no es susceptible de censura por error de hecho sino cuando el juzgamiento peca a plena luz contra la evidencia manifiesta en los autos. (Casación Civil. Mayo 14 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167).....492, 2ª

— 135 —

ERROR DE HECHO (Cuando los linderos entre dos fincas difieren unos de otros

Cuando los linderos entre dos fincas difieren, unos de otros, no hay error de hecho en aceptar el lindero señalado en los títulos de una de las fincas. V. cas. octubre 19, 1931. XXXIX, 296). (Sala Plena de Casación Civil. Mayo 24 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167) 543, 1ª

— 136 —

ERROR DE HECHO (No haber apreciado una prueba dando por inexistente el hecho que ella demuestra, configura este error)

La jurisprudencia sobre este aspecto es abundante en cuanto dice que el no haber apreciado el fallador una prueba dando por inexistente el hecho que ella demuestra, configura error de hecho específicamente distinto del de derecho que se produce cuando a la prueba no se le da el valor que la ley le asigna. (Casación Civil. Mayo 29 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167).....598, 1ª y 2ª

— 137 —

ERROR DE HECHO (Debe aparecer evidenciado en los autos)

Si se trata de errores **de hecho**, deben aparecer con evidencia **física**, necesariamente producida por la percepción directa de la prueba, o sea que resulten de la sola confrontación del concepto del fallo, de hallarse o no probado un hecho, con la realidad material del juicio, absolutamente opuesta a tal concepto: el artículo 520 del C. J. pide "que aparezca de modo manifiesto en los autos". En otros términos, que, faltando materialmente una prueba, la sentencia da por probado el hecho, o haciendo parte material del juicio, no advierte su presencia en él, y niegue por tanto, la existencia procesal del hecho. Si de errores de derecho, deben resultar de confrontar la afirmación del fallo, de hallarse o no probado un hecho, con las nor-

mas del Derecho probatorio, una de las cuales aparece en pugna con aquella afirmación, por haberle dado a la prueba un mérito que tal norma no le atribuye, o al contrario, por haberle negado el valor que le atribuye.

Por tanto, la convicción del sentenciador de hallarse o no probado un hecho, reposa en la integridad o unidad procesal de la prueba, en cuanto tiene de forma objetiva, sensorialmente perceptible, y de entidad axiológica, apreciable por la mente del juez con arreglo a una tabla dada de valores legales. (Casación Civil. Mayo 30 de 1956. Tomo LXXXII. Nº 2167).....603, 1ª

— 138 —

ERRORES DE HECHO Y DE DERECHO

El recurso extraordinario de casación no es una tercera instancia. A la Corte no le corresponde como tribunal de casación ponderar las pruebas y contrapruebas del proceso para decidir sobre la verdad de los hechos controvertidos, que es la tarea propia de los juzgadores en instancia. En casación no se estudian las pruebas sino para deducir error de hecho manifiesto o de derecho, cometido por el Tribunal en su apreciación, como medio conducente de violación de la ley sustantiva y en presencia de cada caso concreto. La autonomía de que goza el sentenciador en la estimación o valoración del material probatorio, no está limitada sino en dos casos: 1º 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; 2º 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. Cuando la violación de la ley tiene por origen la mala apreciación de las pruebas, el recurrente está obligado a puntualizar la clase de error en que cree incurrió el sentenciador, bien de derecho o ya de hecho, y demostrar que existe el error y que es evidente, si él es de hecho. Es preciso señalar concretamente las pruebas que se estiman mal apreciadas. Y la Corte no puede cambiar los términos de la acusación, declarando por ejemplo, error de hecho, cuando el alegado es de derecho, o viceversa. Por esta razón se impone rechazar de plano la demanda de casación cuando el recurrente no puntualiza la clase de error en que incurriera el sentenciador al apreciar las pruebas, ni intenta demostrar error de derecho o error evidente de hecho en la estimación de aquéllas. (Casación Civil. Febrero 16 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64).....72, 2ª y 73, 1ª y 2ª

— 139 —

ERRORES DE HECHO Y DE DERECHO
(No es admisible el cargo fundado en una errónea apreciación de todo el conjunto probatorio)

No es de recibo en casación acusar la sentencia por errónea apreciación de las pruebas fundando el cargo en una crítica general al conjunto de los medios de convicción que tuvo en cuenta el sentenciador para dar por demostrados los hechos controvertidos. La acusación por error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba, que conduzca a la infracción de la ley sustantiva, tiene que referirse en concreto, singularmente, a determinados elementos probatorios que el sentenciador no tuvo en cuenta o

apreció indebidamente, y a consecuencia de lo cual se ha producido un quebratamiento de las normas atinentes al fondo del negocio. Una censura global a la tarea estimativa del sentenciador sobre las pruebas, no es suficiente para sustentar útilmente la impugnación. (Casación Civil. Abril 9 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166).....271, 2ª y 272, 1ª

— 140 —

ERRORES DE HECHO Y DE DERECHO (En la apreciación de pruebas.—Técnica de la acusación)

De manera reiterada y constante la doctrina de la Corte ha venido sosteniendo que la errónea apreciación de las pruebas no es por sí causal de casación, sino un medio por el cual puede llegarse indirectamente al motivo que es la violación de la Ley sustantiva. Cuando esta infracción se hace provenir de un error de derecho o de un error manifiesto de hecho en la apreciación probatoria, es necesario que la acusación no se detenga en el señalamiento y demostración del error, sino que es indispensable citar los preceptos sustantivos que se consideran infringidos, con los cuales debe confrontarse la sentencia impugnada. La Corte ha dicho que "sin este complemento el cargo queda a medio camino e inútil". Y esto aún tratándose del error de derecho por haber el Tribunal desoído las disposiciones legales reglamentarias de la prueba y de su estimación o alcance, las cuales debe citar también el recurrente y cuyo quebrantamiento es lo que constituye precisamente el error de derecho en su apreciación. "La calidad sustantiva que siempre se ha reconocido a las disposiciones que consagran la estimación obligatoria de determinadas pruebas —sustantividad de carácter procesal en el sentido de importancia como medios de demostrar el derecho, pero no en la acepción de fuentes de derecho—, no basta para tener por satisfecha la exigencia que impone la ley al recurrente de señalar la disposición propiamente sustantiva, porque como se acaba de decir, la inexacta apreciación jurídica de la fuerza o eficacia de un elemento de prueba es apenas constitutiva del error de derecho, mediante el cual llegó el sentenciador a una equivocada conclusión sobre la cuestión de fondo debatida en el juicio. Dentro del mecanismo técnico de la causal primera de casación, cuando la violación de la ley proviene de la apreciación errónea de pruebas, podría llamarse a la del correspondiente artículo que fija el mérito probatorio **violación medio,** porque de ella, una vez demostrada, hay que deducir todavía el quebrantamiento de lo que propiamente llama el artículo 520 del C. J. ley sustantiva, y que es el único motivo que da acceso a la casación". (Casación, junio 16 de 1942, T. XLVI, número 1986, pág. 640). De tal suerte que cuando se invoca la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, por error de derecho en la apreciación de las pruebas, no le basta al recurrente señalar y demostrar tal error y el quebrantamiento de los preceptos sobre la tarifa legal, sino que debe patentizar la infracción consecuencial de las normas sustantivas que reconocen el derecho o consagran la acción, citando a este respecto las disposiciones legales violadas y el concepto de la violación. (Casación Civil. Mayo 18 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167).....501, 1ª y 2ª

— 141 —

ERRORES DE HECHO Y DE DERECHO (En la apreciación del plazo acordado para el cumplimiento de una promesa de compraventa)

Saber en definitiva cuál fue el plazo acordado para el cumplimiento del contrato pro-

misorio de compraventa, es cuestión meramente de hecho, sometida por entero a los poderes discrecionales del sentenciador, cuyo juicio es inmodificable en casación mientras no se demuestre que pugna con la evidencia procesal, por manifiesto error de hecho, o que contradice la valoración legal de pruebas, al apreciar los medios aducidos en la instancia. (Casación Civil. Mayo 21 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167).....522, 1ª

— 142 —

ERRORES DE HECHO Y DE DERECHO (Sufridos en la labor estimativa de las pruebas)

La labor del sentenciador sobre las pruebas, necesariamente dirigida a saber si éstas acreditan o no los hechos alegados, está limitada, como es obvio, por la prueba misma, vista en su forma material, esto es, haciendo referencia al testimonio, por su texto, sus términos, asertos o negaciones, y legalmente considerada, según el valor que para el caso le asigne el Derecho probatorio. De aquí que, en primer lugar, si el sentenciador da por probado un hecho por suponer una prueba que no figura en el proceso, o por no percibir o examinar la que figura realmente y que es contraria a la existencia procesal de tal hecho, o no lo da por acreditado a causa de no haber percibido la prueba que de él existe en autos, sufra error tocante a la materialidad de la prueba; y en segundo lugar que, si a la prueba existente le otorga un mérito probatorio de que carece, o le desconoce el que tiene, conforme a la ley, para probar ese hecho, sufra error jurídico, específicamente llamado de derecho en la valoración de la prueba, con el agravio necesario del precepto legal que tasa el medio de prueba, error que incide, no en la materia, sino en la vocación de la prueba para demostrar el hecho, de acuerdo con la tarifa legal de los medios probatorios. (Casación Civil. Mayo 30 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167).....602, 2ª y 603, 1ª

— 143 —

EXAMEN DE PRUEBAS (El llamado "de conjunto" no ofrece suficientes garantías de acierto)

El examen de las pruebas llamado "de conjunto", no ofrece suficientes garantías de acierto y hace más rara la intervención del Tribunal supremo en el estudio de las cuestiones de hecho, razón por la cual es justamente censurado por la doctrina. El examen ha de ser pormenorizado de las distintas probanzas aducidas sobre un hecho determinado. (Casación Civil. Mayo 30 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167).....605, 1ª

— 144 —

EXCEPCION DE INEXEQUIBILIDAD (Cuando en materia criminal, la ley posterior es más favorable al reo)

Entiende el señor Procurador que mientras no sea declarado inexequible por la Corte el artículo 83 del Decreto 0014 de 1955, según el cual se contrae la vigencia de dicho Decreto a los procesos iniciados con posterioridad al 1º de febrero de 1955, es preciso darle aplicación y en consecuencia no es el caso de admitir el recurso de revisión de procesos iniciados con anterioridad a la fecha citada.

Pero en materia criminal, la Ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable, dice el artículo 26 de la Carta Fundamental. Y otra norma del mismo estatuto (artículo 215) enseña que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley, se aplicarán de preferencia las

disposiciones constitucionales. De modo que la misma Constitución indica cómo deben resolverse esta clase de conflictos, sin necesidad de esperar a que intervenga la suprema autoridad judicial mediante una declaración de inexequibilidad.

Por consiguinete, si en una misma materia se ha dispuesto algo favorable al procesado, como es un recurso de revisión, bien puede éste admitirse para quien fue juzgado por un hecho análogo, pues allí precisamente opera la norma atrás citada para dirimir la pugna entre un precepto constitucional y otro de inferior jerarquía. (Casación Penal. Marzo 13 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166) 331, 2ª

— 145 —

EXEQUATUR DE SENTENCIA ECLESIASTICA (La pronunciada en país extranjero no requiere exequatur)

Una sentencia de divorcio **quoad thorum et cohabitationem** pronunciada por los Tribunales de la Iglesia Católica, en cualquier lugar de la tierra, no requiere exequatur para surtir sus efectos en Colombia, en razón de la competencia exclusiva ya dicha y ser la Iglesia sociedad universal. (Casación Civil. Abril 6 de 1956. T. LXXXII. Número 2167) .....564, 1ª y 2ª

— F —

— 146 —

FALTA DE ILUSTRACION (Como circunstancia de menor peligrosidad)

La deficiencia en los conocimientos del reo, consistente en su falta de ilustración, no opera automáticamente en su favor para disminuir la pena. El Código la condiciona a su eficacia "en la ejecución del hecho" (artículo 39, num. 11). Es decir, que entre la ignorancia del agente y el delito cometido por él, debe existir cierto nexo de causalidad. En consecuencia, la dicha atenuante alude a aquellas infracciones llamadas de creación política, en las que se requieren nociones particulares que influyen en la comisión del hecho punible, o al menos hacen prever los resultados antisociales del mismo. Mas si se trata de ilícitos que presuponen en todos los individuos un mínimo de conocimientos y de disciplina social, como en los denominados delitos naturales —entre ellos el homicidio— la circunstancia aludida resulta improcedente.

"La falta de ilustración —ha dicho la Corte— no puede aceptarse como índice de menor peligrosidad en aquellas acciones que todo el mundo sabe, sin necesidad de aprendizaje especial, que de suyo son ilícitas, como el homicidio y el robo". (Cas. septiembre 12 de 1950). (Casación Penal. Marzo 16 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166) .346, 2ª

— 147 —

FALSEDAD DE DOCUMENTO (En qué consiste este delito)

El delito de falsedad consiste en la inmutación dolosa de la verdad, tratando de imitarla, en daño (potencial o efectivo) de alguien. Dicha infracción, en materia de documentos, ha de referirse a escritos que sirven de prueba de un hecho importante en las actividades sociales en cuanto ellos establecen, modifican o dejan sin efecto un derecho o relación jurídica.

La falsedad presenta tres formas principales o especies: falsedad material, falsedad ideológica y falsedad personal. Por la primera (material), se simula un documento, o se altera físicamente, en su escritura, uno verdadero. Por la segunda (ideológica), se insertan declaraciones falsas en un docu-

mento legítimo. Se hace pasar como ocurrido un acto que en realidad no ocurrió u ocurrió de otra manera. El escrito es falso en todo o en parte de su contenido, pero auténtico con respecto a la persona que lo extiende u otorga. Y por la tercera (personal), se miente sobre la identidad, el estado o las cualidades de una persona.

El dolo en la falsedad requiere el conocimiento, por parte del sujeto activo, de la inexactitud del escrito. Y, como éste se encamina a producir en otro un engaño, mediante la tradición a la fe pública que los hombres depositan en la prueba documental, el dolo de la infracción radica, por lo tanto, en la conciencia y voluntad de afirmar un hecho falso para hacerlo aparecer como verdadero, con peligro de los derechos ajenos. En consecuencia, el error y la buena fe excluyen el dolo, aunque se tenga por verdadero lo que realmente no lo es. (Casación Penal. Febrero 9 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64) 146, 1ª

— 148 —

FALSEDAD DE UN DOCUMENTO PRIVADO (Su tacha debe formularse claramente)

No es admisible que al contestar el demandado un hecho de la demanda diciendo "Tampoco le consta a mi mandante", esa expresión lleve implícita la objeción de falta de autenticidad de un documento privado. Esa tacha ha debido formularse clara, concretamente para que por parte del actor se movilizaran los medios competentes para desvirtuarla. La Corte en este aspecto ha dicho: "...Se redarguye de falso un documento o se le objeta cuando se niega la verdad, legalidad o autenticidad que se le atribuye o cuando se alega cualquiera de las falsedades o defectos que lo hacen ineficaz o nulo. La objeción se hace, debe hacerse manifestando la parte contra quien se produce, de una manera expresa y directa, que no reconoce en él cualidades que se suponen, y se determinarán en el escrito los vicios o faltas que contengan". (Casación octubre 31 de 1940. L. 377). (Casación Civil. Marzo 15 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166)..244, 2ª

— 149 —

FAMA (En la posesión notoria del estado de hijo natural)

Respecto de la fama, en la posesión notoria del estado de hijo natural, cabe anotar, como lo ha dicho la Corte, que "no basta la estimación conceptual de los testigos", sino que debe estar respaldada por hechos. La misma ley establece (artículo 6º, ley 45) que la fama o concepto de que unos sujetos son hijos de otros no puede deducirse de rumores o consejas propicios al equívoco, sino del "tratamiento" que el padre dé a sus hijos como tales. (G. J. LVI, 206). (Casación Civil. Abril 24 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166).....294, 2ª y 295, 1ª

— 150 —

FILIACION NATURAL

Véase el aparte **Declaración de renta y patrimonio** en el número 104 de este Indice

— 151 —

FONDO DE ESTABILIZACION (Esta entidad no tiene el fuero especial que consagra el artículo 40 del C. J.)

El Fondo de Estabilización en cuanto persona jurídica tiene a su cargo un servicio público descentralizado y no goza de ningún fuero especial ni como demandante ni como demandado, a pesar de que los intereses que

maneje sean de la Nación. Así el Fondo de Estabilización no tiene acceso al fuero especial previsto en el artículo 40 del C. J.

En el caso en estudio, la controversia proviene de un contrato celebrado por una empresa privada, la Química Bayer Wescott & Cía., sometida a la administración fiduciaria del Fondo de Estabilización. Esta entidad como persona jurídica que maneja un servicio público descentralizado, no goza, sin embargo, de privilegio o fuero especial, sino que se halla sometido al derecho común. Verdad que los bienes que maneja, en la especie que se examina, pueden pertenecer al Estado, pero ello no basta de ninguna manera para que sea válida la tramitación en una sola instancia ante la Corte. (Negocios Generales. Febrero 8 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64) 194, 1ª

— 152 —

FUGA DE PRESOS (En qué consiste este delito)

Dentro del género de los delitos contra la administración de justicia, incurre en el denominado "de la fuga de presos" la persona que, hallándose legalmente detenida bajo la imputación de un hecho delictuoso o como consecuencia de una condena, se sustrae al régimen disciplinario que le ha impuesto la respectiva autoridad judicial. Son, pues, dos los elementos materiales que estructuran la infracción, cuya imputabilidad supone, por lo demás, la intención y voluntad de fugarse (dolo genérico): una detención legalmente decretada y el acto de liberación con que el agente hace nugatoria la restricción de su libertad personal por el poder público.

Ahora bien: que es el segundo de estos elementos el que sirve para determinar la consumación del ilícito, no sólo se infiere de los términos empleados por el legislador en el artículo 203 del Código de las Penas ("El que se fugue, estando legalmente detenido..."), sino de la doctrina de los autores. "La evasión se consuma —dice Sebastián Soler— en el momento en que el sujeto logra desvincularse de su anterior estado de detención, por haber salvado los obstáculos materiales opuestos por los dispositivos de encerramiento y por haberse desvinculado de los perseguidores. Mientras no ha logrado esa relativa consolidación de su estado de libertad, el delito se encuentra en tentativa"; y Giuseppe Maggiore: "El momento consumativo se verifica en el acto mismo en que el individuo reconquista su libertad; dicho resultado se realiza aunque el fugado sea capturado de nuevo. Mientras no se verifique ese resultado (la liberación), puede haber tentativa". (Casación Penal. Marzo 15 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166).....
336, 2ª y 337, 1ª

— G —

— 153 —

GOBERNADORES (Sus facultades en Estado de Sitio).

Véase el aparte **Contratos Administrativos** en el número 95 de este Indice.

— H —

— 154 —

HECHO ILICITO (Elementos que lo configuran)

Es bien sabido que tres elementos extremos constituyen el hecho ilícito generador de la responsabilidad extracontractual; culpa o dolo del autor, un daño o perjuicio y una relación de causalidad entre el hecho culposo o doloso y el daño. Son elementos que deben acreditarse debidamente, en tesis gene-

ral; la no demostración de cualquiera de ellos hace inocua la acción. (Casación Civil. Mayo 22 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167)...533, 2ª

— 155 —

HECHO NUEVO (En relación con el recurso de revisión)

El hecho nuevo a que se refiere la ley --ha dicho la Sala Penal de la Corte— es el que en sí mismo tiene capacidad suficiente para demostrar que se ha pronunciado una condena injusta, bien porque el delito no se cometió o porque la responsabilidad deducida proviene de un flagrante error judicial. (Casación Penal. Marzo 13 de 1956. Tomo LXXXII. Nos. 2165-2166).....334, 1ª

— 156 —

HIJUELA DE ADJUDICACION (No constituye por sí sola suficiente título de dominio que dé derecho a reivindicar sino cuando en el causante radica tal derecho)

La doctrina de la Corte ha sido unánime al sostener que "La simple adjudicación no confiere al adjudicatario el derecho de dominio sobre la cosa adjudicada, sino cuando en el causante de la sucesión radica tal derecho. Por tanto las hijuelas de adjudicación no constituyen por sí solas suficiente título de dominio que dé derecho de reivindicar el inmueble adjudicado. (Casación Civil. Abril 28 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166).. 316, 2ª

— 157 —

HURTO Y ESTAFA (En cuantía superior a $ 5.000.00 son susceptibles de cambio de radicación)

Los delitos de hurto y estafa, en cuantía superior a cinco mil pesos, son de competencia del Juez Superior, conforme a los artículos 45 del estatuto procedimental y 2º del Decreto Legislativo 3347 de 1950. Por lo tanto, el negocio es susceptible de ser trasladado de un Distrito Judicial a otro (artículo 58 C. de P. P.). (Casación Penal. Marzo 10 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166)..327, 2ª

— 158 —

HURTO Y ROBO (Cuál es el dolo específico de la infracción)

El dolo específico que requieren el hurto y el robo, según los principios jurídicos, se caracteriza por el **fin de lucro o aprovechamiento** de la cosa objeto material del ilícito; entendiendo por lucro cualquier ventaja o satisfacción que el delincuente persiga con el uso del bien patrimonial que le quita a la víctima. En este sentido, el legislador fue muy enérgico para tutelar la posesión de las cosas ajenas, teniendo más en cuenta los derechos del perjudicado que las ganancias o enriquecimiento injusto que pueda derivar el responsable con el hecho antisocial.

Por eso, el hurto y el robo son compatibles hasta con una pérdida económica por parte del reo cuando éste, con su delito, obtiene cualquier goce o beneficio, aun puramente moral. (V. Carrara, Programa Nº 2035, Nota 2, Vol. IV, págs. 37 y 38).

De suerte que, la mera **curiosidad** con que obró el incriminado al apoderarse de un objeto para el solo efecto de enterarse de su contenido, ese deseo y ese placer que lo animaban en su comportamiento, constituyen el dolo específico del robo. (Casación Penal. Mayo 21 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167)... 651, 1ª y 2ª

— 159 —

HURTO Y ROBO (Cuál es el momento consumativo de la infracción)

Larga y vigorosa controversia doctrinaria se ha suscitado sobre las formas imperfectas y el momento consumativo del hurto, problema que también se extiende al robo, puesto que éste es un hurto calificado por la violencia. La contienda arranca de la manera de interpretar el vocablo "contrectatio" que empleó la clásica definición romana del hurto: **Furtum est contrectatio fraudulosa rei alienae lucri fasciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam eius possessionisve.**

Para unos, la "contrectatio"— que consuma el delito— consiste en el simple hecho de tomar o coger la cosa mueble ajena (apprehensio rei); para otros radica en la remoción de la misma de un lugar a otro (amotio); una tercera corriente sostiene que debe ponerse a salvo la cosa, sacándola de la esfera de actividad de quien la tiene (ablatio); una cuarta proclama que la cosa debe llevarse a lugar seguro, o al destinado por el ladrón (illatio); y una quinta teoría es la de que el hurto y el robo son perfectos o acabados cuando el agente logra el provecho que se propone obtener con la sustracción del objeto (locupletatio).

Tales doctrinas, en su mayoría, han sido rebatidas por lo extremas y porque entrañan un concepto demasiado especial y materialista de los actos que desarrollaba el culpable. Sólo subsisten hoy las de la **amotio** y la **ablatio,** defendidas en su orden por Carrara y Pessina.

Sin embargo, parece que el criterio orientador más seguro para fijar la consumación del hurto y el robo, es el de atender al momento en que el objeto jurídico de esas infracciones queda lesionado por obra del delincuente.

En dichos delitos contra el patrimonio, la ley penal tutela la **posesión** de las cosas muebles, posesión que en esta materia represiva se entiende en un sentido amplísimo, equivalente a cualquier poder directo y de hecho que se ejerce sobre el objeto, aún con título absolutamente legal. Comprende, por lo tanto, hasta la simple tenencia.

De consiguiente, el hurto y el robo están consumados cuando la víctima pierde su poder de hecho sobre la cosa materia del ilícito, aunque sea por breves momentos. Mejor aún, cuando ha sido despojada del bien mueble respectivo y lo ha ocupado el ladrón. Hay entonces un desplazamiento completo de la cosa, en que ésta se traslada de la posesión ajena a la posesión del responsable, que es en lo que consiste la acción de apoderarse que perfecciona el delito.

Pero es muy importante anotar al respecto, como lo hace el expositor Ricardo C. Núñez, que la incriminación del hurto "no deriva de la necesidad de impedir que el ladrón logre una posesión completa del objeto, sino de evitar que el propietario sea despojado por quien desea apoderarse de ella. La ofensa criminal mira el efecto del acto de apoderamiento sobre el derecho protegido, no el efecto sobre la situación de hecho creada para el ladrón. El apoderamiento ya está consumado cuando, con la intención de apoderarse del objeto, el ladrón ha privado de la cosa al ofendido quitándosela o sacándola de su esfera de poder y custodia". (Delitos contra la propiedad, págs. 114 y 115).

Es obvio que la desposesión del perjudicado —traducida en las legislaciones modernas por el verbo **apoderarse**— no se realiza uniformemente en todos los casos, pues ello depende en particular "de la forma en que el derecho violado es ejercido sobre la cosa"; de tal manera que ese ejercicio del derecho, "algunas veces determinará la necesidad de que la cosa sea llevada o sacada de determinado lugar, no bastando la simple remoción, y, por el contrario, en otras ocasiones, resul-

taría absurda esa exigencia. La afirmación de que se haya o no producido el apoderamiento depende, en consecuencia, de las variadas formas en que pueda realizarse la exclusión del propietario y la ocupación de la cosa por el ladrón". (Soler, Derecho Penal argentino. T. IV, pág. 196). (Casación Penal. Mayo 21 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167)

653, 1ª y 2ª

— 160 —

HURTO Y ROBO (Estos delitos admiten tentativa pero no frustración)

El hurto y el robo, a pesar de ser infracciones instantáneas, tienen o pueden tener su camino, su intervalo, un más y un menos ("grados" en la teoría de Carrara), entre los actos ejecutivos y los consumativos. Porque si en ellos la acción se perfecciona con el apoderamiento de la cosa y el desapoderamiento correlativo de la víctima, para llegar a este extremo, el delincuente realiza actos sucesivos que pueden quedar interrumpidos por circunstancias ajenas a su voluntad. Es, por consiguiente, posible la tentativa. Así, el carterista que es sorprendido cuando trata de extraer el dinero del bolsillo del transeúnte; el ladrón que se halla trepado en el estante del almacén listo a coger las cosas, y en ese momento lo captura el celador; el que está rompiendo, dentro de la habitación ajena, el baúl que contiene los caudales, y la presencia de los moradores impide el apoderamiento; el que es atrapado en el instante de abrir el cajón donde se guardan las cosas que pretende sustraer. Todos estos sujetos son reos de tentativa de hurto y robo, en su caso. Los ejemplos podrían multiplicarse.

En cambio, el hurto y el robo no tienen frustración. Es característico de esta figura que el delincuente lleve a término todos los actos necesarios para la consumación del delito, y, sin embargo, éste no se produce por mero accidente. En el delito frustrado la ejecución es incompleta; mientras que en la tentativa es inacabada, porque al culpable le falta aún realizar otros actos posibles de su parte para obtener la obra criminal.

De suerte que si el ladrón hace lo indispensable para privar al ofendido de la posesión de la cosa mueble, culmina con el apoderamiento y el ilícito queda perfecto en su objetividad jurídica. Por lo tanto, entre la ejecución y la consumación no hay más término medio que la tentativa.

Irureta Goyena dice: "...No se requiere en el hurto el goce completo de la cosa objeto del delito, o sea la **locupletatio**; basta sencillamente, el apoderamiento, el cual tiene mucho menos extensión que el usufructo o que el goce amplio y absoluto de la cosa robada, Para que el hurto tuviera frustración, sería necesario que la infracción no consistiera, como consiste, en el apoderamiento de la cosa con ánimo de aprovecharse de ella, si el delincuente hubiera verificado todo lo necesario para realizar el delito, y después de verificar todos los actos pertinentes, por una causa independiente de su voluntad, no hubiera podido aprovecharse efectivamente de la cosa, podría hablarse de frustración". (El Delito de Hurto, págs. 144 y 145). (Casación Penal. Mayo 21 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167).....655, 1ª y 2ª

— I —

— 161 —

IMPEDIMENTO (No se refiere al Magistrado que haya dictado sentencia aplicando la ley que más tarde sea acusada como inconstitucional)

Entre las causales de impedimento o recusación contemplados por el artículo 4º de la ley 96 de 1936, está la de "haber concep-

tuado el Magistrado sobre la constitucionalidad de la disposición acusada".

La Corte encuentra que dicho mandato no se refiere al caso del magistrado que haya dictado sentencia aplicando la disposición legal que más tarde sea acusada como inconstitucional. En apoyo de lo cual halla acertado el estudio elaborado en auto de fecha abril 21 de 1955, publicado en el Nº 2153 de la GACETA JUDICIAL, pág. 7, en el que se llega a la conclusión de que el magistrado que ha emitido su opinión en la motivación de las sentencias por él firmadas, no está inhabilitado para conocer del juicio de inexequibilidad porque el concepto a que se refiere la ley es el rendido por él como abogado en el ejercicio profesional. (Sala Plena. Enero 30 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64) .. 12, 1ª

— 162 —

IMPEDIMENTOS (De los Jueces Departamentales de Garantías Sociales)

Las causales de impedimento de que trata el artículo 73 del Código de Procedimiento Penal son aplicables a los Jueces Departamentales de Garantías Sociales. (Casación Penal. Febrero 22 de 1956. T. LXXXII. Números 2163-64) .....170, 1ª y 2ª

— 163 —

IMPEDIMENTOS (Calificación de los de los Jueces Departamentales de Garantías Sociales)

La calificación del impedimento que concurra en los Jueces Departamentales de Garantías Sociales debe hacerla el juez de Garantías de la capital de Departamento más próxima a aquella en que el impedido ejerce sus funciones (artículo 40 del Decreto 3.000 de 1954 y 74 del C. de P. P.).

Si el Juez Departamental de Garantías Sociales que recibe el expediente aceptare el impedimento, él conocerá del proceso respectivo. Si no lo aceptare, enviará el negocio a su inmediato Superior, que lo es el Tribunal Superior del Distrito Judicial, para que éste decida de plano la cuestión. (Artículos 34 y 40 del Decreto 3.000 y 74 del C. de P. P.).

El mismo procedimiento se seguirá en caso de recusación. (Casación Penal. Febrero 22 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64) ..170, 2ª

— 164 —

IMPEDIMENTO (Tramitación. — Intervención de la parte civil en estos incidentes)

Para que la Corte, en ejercicio de la facultad conferida por los artículos 74 y 75 del C. de P. P. pueda declarar fundado o infundado un impedimento, es necesario e indispensable que el Tribunal, previamente, se pronuncie en uno o en otro sentido, pues quien califica el impedimento es el Tribunal en primera instancia, y no la Corte. De no ser así, se pretermitiría una formalidad esencial en el procedimiento y se usurparía jurisdicción.

Las providencias que resuelven los impedimentos que surgen en los procesos penales, bien sean éstos provenientes de un Juez o Magistrado del Tribunal, no son susceptibles de recurso alguno, ora porque no existe disposición expresa que así lo autorice, bien, porque del contexto de los artículos 74 y 75 del C. de P. P. que regulan la tramitación de estos incidentes, se colige claramente que cuando se declara infundado el impedimento el Juez o el Tribunal que lo califica debe enviar el expediente al inmediato superior "quien decidirá de plano la cuestión en fallo motivado"; es decir, mediante un procedimiento breve y sumario en vista de lo actuado, omitiendo todo trámite que dificulte, estorbe o haga dilatorio el proceso y su correspondiente resolución.

En la tramitación de un impedimento, la parte civil no tiene derecho para interponer recurso alguno contra la providencia que lo decide; su actuación —como lo establece la ley— queda circunscrita a "solicitar pruebas en orden al esclarecimiento de la verdad sobre el cuerpo del delito, los autores o partícipes, la responsabilidad penal de ellos y la naturaleza o cuantía de los perjuicios que se le hayan ocasionado". Ninguna de esas atribuciones se ejercita en el incidente que resuelve el impedimento, de manera que la intervención de la parte civil era ajena a los intereses que la ley le otorga; por consiguiente, la solicitud —reposición del auto que califica el impedimento —era inoperante y no debió considerarse. (Casación Penal. Abril 3 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-66). 357, 2ª y 358, 1ª

— 165 —

IMPEDIMENTO (Para conocer de un proceso penal por amistad con el procesado)

En cualquiera de los dos extremos la prueba —en los casos de recusación— o el relato de las circunstancias reveladoras de la enemistad grave o de la amistad íntima que subjetivamente se interponen entre el ánimo del juez y los imperativos de su deber es una situación dada —en los casos de impedimento— han de ser de tal naturaleza que lleven al convencimiento de que la imparcialidad y la rectitud en el juzgador corren peligro, con mengua no solamente de la justicia misma, sino de la confianza pública que sus determinaciones deben, en todo momento, suscitar y merecer.

Ciertamente el sentimiento de gratitud —como lo dijo la Sala en auto de 9 de febrero último— es "el que dá origen con más frecuencia, en los espíritus nobles, a la íntima amistad". Pero ni todo agradecimiento la ocasiona siempre, ni ella, cuando nace por tal causa, continúa condicionada al recuerdo de los favores otorgados, los cuales vienen a constituir el episodio inicial del más desinteresado y generoso de los afectos. Por otra parte, el grado de relaciones requerido por la ley, no es el muy común de la simple amistad, sino el peculiarísimo de vinculaciones afectivas que confinan con la fraternidad y aún la sobrepasan muchas veces. (Casación Penal. Abril 25 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166) .....375, 1ª y 2ª

— 166 —

IMPEDIMENTO Y RECUSACIONES (De los Jueces Departamentales de Garantías Sociales)

El artículo 40 del Decreto número 3.000 de 1954 consagró expresamente dos cosas fundamentales: 1º Que el Juez Departamental de Garantías puede estar impedido para conocer de un asunto; y 2º Que al estarlo, debe avocar el conocimiento del proceso el Juez Departamental de Garantías Sociales de la capital del Departamento más próxima a aquella en que el impedido ejerce sus funciones.

Brota entonces el principio director en que se inspira la norma: el reconocimiento de las causales de recusación para tutelar la imparcialidad de los juzgadores y suprimir todo factor que implique duda o sospecha en el libre ejercicio de su actividad funcional. Y siendo estos los fines del precepto, en él caben los distintos motivos de impedimento que enumera la ley procesal ordinaria, puesto que todos ellos obedecen a la misma razón: evitar que el Juez conozca de su propia causa, o de aquellos negocios en que puede ser perturbado por el interés o el afecto. Sería ilógico y contradictorio, por lo tanto, que el Juez Departamental de Garantías Sociales no pudiera fallar un proceso por ser ofendido, y sí pudiera decidirlo cuando es

procesado, o cuando concurren otras de las circunstancias que señala el Código de Procedimiento Penal como determinantes de la incapacidad subjetiva del juzgador.

Por eso el artículo 40 no estatuyó en forma taxativa o excluyente, sino que enunció, de modo meramente indicador, un caso de impedimento, que no se opone a la aceptación de los demás que puedan presentarse. (Casación Penal. Febrero 22 de 1956. Tomo LXXXII. Nos. 2163-64).....169, 1ª y 2ª

— 167 —

INADMISIBILIDAD (Del recurso de casación)

Cuando la pena imponible no alcanza a los términos fijados por la disposición del artículo 557 de la Ley procedimental, el recurso de casación puede ser negado en dos oportunidades: ora, cuando el negocio se estudia para decretar la admisibilidad del recurso, bien, al examinar la correspondiente demanda de casación. El auto de admisibilidad no crea ningún obstáculo jurídico ni implica "un compromiso indesatable" para que la Corte al examinar la demanda, estudie los fundamentos del recurso para aceptar su procedencia o negar su viabilidad. (Casación Penal. Mayo 7 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167) **621, 1ª y 2ª**

— 168 —

INCONGRUENCIA (Debe consistir en algo de fondo o sustancial, no de forma o accidental)

La incongruencia entre lo pedido y fallado debe consistir en algo de fondo o sustancial y no en algo de forma o accidental.

En el caso en estudio, hay una diferencia de un día al ordenar la restitución, pues al paso que la demanda pide que se entregue el inmueble a los seis días de ejecutoriada la sentencia, el fallo ordena entregarlo dentro de los cinco días de la aludida ejecutoria. Si por esta circunstancia pudiera invalidarse la sentencia, habría que decir que puede sacrificarse el derecho por la forma, siendo así que todas las actuaciones judiciales deben tender a la efectividad de los derechos sustantivos. (Casación Civil. Febrero 15 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64).....66, 2ª

— 169 —

INCONGRUENCIA (No la hay cuando al decretarse la nulidad del contrato social se ordena la liquidación de la sociedad, aunque no haya petición de parte)

Si el Juez en ejercicio de los poderes extraordinarios que le otorga el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, decreta oficiosamente la nulidad absoluta del contrato social entre los socios, por inobservancia de las formalidades requeridas por la ley para su constitución y publicidad, también puede decretar la liquidación de la sociedad de hecho, aún sin petición de parte, como secuela natural y necesaria de la misma nulidad. En este caso no se puede alegar incongruencia entre las peticiones de la demanda y las resoluciones del sentenciador, pues el sentenciador al declarar oficiosamente la nulidad absoluta y las prestaciones respectivas no se atiene a los términos de la relación jurídico procesal y falla **extra petita.** (Casación Civil. Mayo 28 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167)...591, 2ª y 592, 1ª

— 170 —

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS (Por accidente aéreo)

No está fuera de lugar advertir que si es cierto que la jurisprudencia es rigurosa en

cuanto que obliga a las empresas de transportes aéreos a demostrar satisfactoriamente su ausencia de culpa en los accidentes aéreos, para eximirlas de responsabilidad, y esto como garantía para los pasajeros, también es verdad, que en guarda de los intereses de esas mismas empresas, debe el juez ser riguroso en cuanto a la apreciación de los medios de prueba allegados para fijar en dinero el valor de las indemnizaciones debidas. Por este motivo es perfectamente aceptable el criterio de que las partes debatan el valor de las indemnizaciones mediante el trámite del artículo 553 del Código Judicial. (Casación Civil. Febrero 11 de 1956. Tomo LXXXII. Nos. 2163-2164) 49, 2ª

— 171 —

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS (Los artículos 2347 y 2349 del C. C. dan acción contractual)

Los artículos 2347 y 2349 del C. C. según el recurrente "no tienen eficacia sino contra los empresarios y amos por los delitos y culpas de sus dependientes y criados, **fuera de todo contrato y no dentro de éstos**", tesis inaceptable porque con ella se aseguraría la impunidad o irresponsabilidad de las empresas de transportes, por grave que fuera la falta cometida por los agentes o empleados de ellas, cosa absolutamente inadmisible. (Casación Civil. Abril 13 de 1956. Tomo LXXXII. Nos. 2165-2166) 288, 1ª

— 172 —

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS (Los perjuicios y la causa de ellos corresponde probarlos al demandante)

En innumerables ocasiones la Corte, acatando un principio fundamental de derecho, ha repetido que quien demanda la indemnización de un perjuicio está obligado a probar su existencia y extensión demostrando primero los hechos que lo constituyen y luego su cuantía, o por lo menos las bases para determinarla. Esto porque aún en la hipótesis de incumplimiento o culpa demostrados, puede aún ocurrir que el daño no se haya producido, o que dichos incumplimientos o culpa hayan reportado beneficio.

Que debe comprobarse ante todo la existencia real de los perjuicios se explica porque, con las únicas excepciones del cobro de intereses o de obligaciones con cláusula penal, en los cuales se estima que existe un reconocimiento y avalúo anticipados de ellos, la regla general es la de que los perjuicios no se presumen y si la ley establece la obligación de indemnizarlos cada vez que se causen, no por ello se exonera del deber de comprobarlos a quien tal cosa solicita. (Negocios Generales. Mayo 30 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167) 695, 1ª

— 173 —

INDIGNIDAD PARA SUCEDER (Adulterio del marido)

Véase el aparte **Adulterio** en el número 24 de este Indice.

— 174 —

INEXEQUIBILIDAD DE LEYES (Deber del juzgador de indagar sobre su competencia)

En las demandas de inexequibilidad, como en cualquier otro negocio sometido a la Jurisdicción, es deber del fallador indagar previamente si es competente para conocer y no se puede entrar a fallar definitivamente un negocio, ni siquiera poner en movimiento los mecanismos procesales si aparece de manifiesto la incompetencia, tanto más

si ésta se deduce de la naturaleza misma de la acción que se ejercita. (Sala Plena. Enero 30 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64) .. 9, 1ª

— 175 —

INEXEQUIBILIDAD DE LAS LEYES
(Sustracción de materia)

Aparece que por su artículo 1º el Decreto Legislativo 3120 de 1950 subordinó su propia vigencia a la del Decreto Legislativo 2207, por el cual se dispuso que continuara aplazada la reunión del Congreso Nacional hasta fecha determinada por "el Gobierno", cuando la situación del país lo permitiese. Estuvo previsto pues que si el Decreto 2207 dejaba de regir, habría de perder necesariamente toda su vigencia el Decreto 3120 acusado. Y como en virtud de lo dispuesto por los Decretos legislativos 2182 y 2278 de 1951 se reunió el Congreso el 30 de octubre de ese mismo año, quedó sin efecto el Decreto 2207, y, en consecuencia, el que es objeto de la demanda corrió la misma suerte. Dejó desde entonces de pertenecer al régimen legal vigente, y no hay materia sobre la cual pudiera dictarse fallo alguno sobre inexequibilidad. (Sala Plena. Mayo 29 de 1956. Tomo LXXXII. Nº 2167) 474, 2ª

— 176 —

INFLUENCIA DEL FALLO PENAL EN EL JUICIO CIVIL

Al disponer el artículo 11 del C. de P. P. que "si se iniciare la investigación criminal y el fallo que corresponda dictar en la misma pudiera influir en la solución de la controversia civil o administrativa, ésta se suspenderá salvo disposición legal en contrario, hasta que se pronuncie auto de sobreseimiento o sentencia definitiva", le da —como ya lo ha dicho la Sala— prioridad a la acción penal porque en el desarrollo de ella tienen los funcionarios correspondientes más amplias facultades. De ahí que si la actividad culposa origina dos clases de acciones, los juzgadores civiles o administrativos no pueden proferir sus fallos mientras en el proceso penal no se haya dictado la sentencia o el sobreseimiento definitivos.

Cierto es que la aplicación de la norma en referencia se condiciona, como ella misma lo expresa, a la posible influencia del fallo penal en la controversia civil o administrativa; pero el sentido lato de la expresión "pudiera influir" lo hace de difícil aplicación a casos concretos; —como también lo tiene dicho esta Sala— por lo cual lo jurídico es no desatender el precepto y en consecuencia suspender el juicio civil hasta que el penal sea fallado definitivamente. (Negocios Generales. Mayo 19 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167) 673, 1ª

— 177 —

INFLUENCIA DEL FALLO PENAL EN EL JUICIO CIVIL **(Cuando no se suspende la controversia civil o administrativa en presencia de un proceso penal, se incurre en una nulidad de orden constitucional)**

La norma contenida en el artículo 11 del C. de P. P. le da prioridad a la acción penal por ser más amplias las facultades de investigación que tienen los funcionarios de esa rama; y también porque pudiendo influir el fallo penal en la solución de la controversia civil o administrativa no se actuaría justamente decidiendo la acción civil sin esperar la decisión definitiva de la acción penal, decisión que, precisamente por esa mayor amplitud de las facultades de los jueces penales, puede contar con valiosos fundamentos procesales. De otra parte, el artículo 11 precitado tiende a evitar que se produzcan fa-

llos contradictorios entre los jueces civiles y los jueces penales. De aquí que el legislador haya dispuesto la suspensión de la controversia civil o administrativa, suspensión que por sí sola inhibe al funcionario para decidir en el fondo el negocio, y de ahí también que si la suspensión no se decreta y el juzgador falla el juicio, se pretermita una de las formalidades de la primera instancia con grave quebranto de los ordenamientos procesales puesto que, de acuerdo con la Constitución el fallador para proferir sus decisiones debe darle plena observancia a las formas propias de cada juicio. (Negocios Generales. Febrero 19 de 1956. Tomo LXXXII. Nos. 2163-64).....174, 1ª

— 178 —

INFLUENCIA DE UN PROCESO PENAL MILITAR EN EL JUICIO CIVIL

Todo el proceso civil en casos como el que se contempla se basa en la existencia de la culpa. Sin embargo, el procedimiento penal también la abarca o comprende. La investigación penal militar originada en el accidente de que se trata envuelve, necesariamente, dentro de la incriminación al Agente de la Policía que lo ocasionó, el examen de la posible falta de prudencia con que obrara al disparar su arma. Ese análisis lo exige la naturaleza de la infracción culposa. El juez penal militar deberá pronunciarse sobre las circunstancias exculpativas de responsabilidad que en tales ocasiones generalmente se alegan: fuerza mayor, caso fortuito, intervención de un agente extraño o de la propia víctima. En materia civil el artículo 2356, inc. 3º, sería de pertinente aplicación, en cuanto presume la responsabilidad de quien dispara imprudentemente un arma de fuego. Y ante el juez civil, las causas de exoneración de culpa serían idénticas. Un juzgamiento de la justicia penal militar podría pues producirse, en la misma materia ya calificada por el juzgador del ramo civil, y su fallo podría ser contrario u opuesto al de este último.

Estas razones ponen de presente cómo la identidad del contenido en el juicio penal militar y en el civil no permiten que este juzgamiento se haga sin que al propio tiempo el fallador penal militar quede en libertad de ver y calificar, al examinar la infracción culposa, los mismos elementos constitutivos o exonerativos de culpa. (Negocios Generales. Marzo 16 de 1956. T. LXXXII. Números 2165-2166).....403, 1ª y 404, 2ª

— 179 —

INTERES CORIENTE (Su regulación está adscrita a las cooperativas de crédito)

Los artículos 1617 (num. 1º) y 2131 del C. C., hacen referencia al tipo de interés corriente. La regulación de este tipo de interés está adscrita a las cooperativas de crédito conforme a lo dispuesto por el num. 4º del artículo 13 de la ley 134 de 1931. (Negocios Generales. Marzo 7 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166) 393, 1ª

— 180 —

INTERES USURARIO

La ley no ha determinado expresamente la cuantía del interés que equivale a usura, pero ella puede deducirse razonablemente de las disposiciones que traten sobre la materia. Así, el artículo 2231 del C. C. contiene una norma limitativa en punto a intereses. Y lo mismo la consignada en el artículo 1601 de dicho código, cuando establece que podrá rebajarse la pena pactada por la mora "en lo que exceda al máximum del interés que es permitido estipular." No puede remitirse a duda que esas disposiciones fueron consa-

gradas por el legislador en guarda de la moral y en beneficio de las buenas costumbres, restringiendo así el principio de la libertad de estipulación, en interés de la sociedad y del Estado. Lo que indica que todo lo que vaya más allá de esos límites debe ser considerado como usura, y aún como lesión enorme (2466 C. C.). (Negocios Generales. Marzo 7 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-66) 393, 2ª

— 181 —

INTEPRETACION DE LA LEY PENAL

Uno de los medios más seguros de interpretación para deducir la voluntad y el alcance de la ley (mens legis), es el de confrontar entre sí sus distintas disposiciones, relacionándolas, además, con los otros ordenamientos jurídicos atinentes a la misma materia, porque las normas positivas forman un sistema orgánico, unitario y coordinado que evita la contradicción. Por ello, el exacto sentido de un artículo se revela en su conexión con las demás partes del estatuto a que pertenece, pues ningún precepto jurídico puede vivir aisladamente.

La ley puede ser defectuosa en su lenguaje, ya porque unas veces es demasiado genérico y comprende, aparentemente, más de lo que se quiso, o ya demasiado restringido, por excluir relaciones cuya vigencia deseó establecer el legislador. Para salvar estas dificultades y respetar primordialmente la finalidad o espíritu de la ley, se recurre a dos clases de interpretación: la extensiva y la restrictiva.

La extensiva —que amplía el significado de las palabras— se funda en el principio de que cuando la razón de la ley es una misma, también debe ser una misma la norma jurídica aplicable, para evitar el absurdo y la injusticia de que un caso comprendido por el legislador se trate de manera distinta al que no lo está, a pesar de la identidad que existe entre ambos, por la naturaleza de las cosas.

Algo distinto es la analogía. Ella consiste en regular un caso no contemplado, ni siquiera implícitamente, por la ley que debe aplicarse, acudiendo a la solución que da otra ley, y fundándose el intérprete en la semejanza que las dos situaciones jurídicas presentan. La analogía no es, pues, interpretación extensiva. En ésta, el caso está previsto por el legislador, aunque con palabras inadecuadas. En la interpretación extensiva falta la expresión literal, pero no la voluntad de la ley, y en la analogía faltan ambas.

Por la interpretación restrictiva se reduce o contrae el alcance de las palabras para hacerlas coincidir con el pensamiento y la voluntad de la norma jurídica.

Es de observar que la interpretación extensiva y la analogía son admitidas en materia penal, en cuanto no afecten delitos y sanciones, pues en esta materia rige inmodificablemente el dogma jurídico: **Nullum crimen sine lege.**

Las leyes que incriman o agravan la situación del procesado, deben interpretarse en forma restrictiva. Además, en materia de jurisdicción y competencia, tampoco cabe aplicar analógicamente la ley. (Casación Penal. Febrero 22 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64).....168, 2ª y 169, 1ª

— 182 —

INSPECCION OCULAR (Cuándo intervienen peritos)

Se trata de una inspección ocular destinada a reconocer hechos que no exigen conocimientos especiales, sino que por estar sometidos a los sentidos, son susceptibles de ser percibidos por personas de recto criterio. Para nada tienen que intervenir en esta clase de diligencias los conocimientos técnicos

de peritos, pues tales conocimientos no son necesarios para determinar si un predio se encuentra o no cercado en su totalidad.

Los artículos 724 y 730 del C. J. no se refieren sólo a las inspecciones oculares en las que actúan peritos, sino a las en que interviene el juez y los testigos actuarios; tratándose de la inspección, se presentan dos clases de pruebas: la una que se refiere a los hechos mismos percibidos por el juez y los testigos actuarios, y que hace plena prueba respecto a lo observado en la diligencia; y la otra cuando intervienen peritos, los que deben dictaminar sobre cuestiones técnicas y cuyo valor probatorio se regula íntegramente por las normas referentes a la prueba pericial. - (Casación Civil. Mayo 25 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167).....584, 2ª y 585, 1ª

— 183 —

INSTRUMENTOS PUBLICOS (Apreciación probatoria)

La Corte ha dicho que si los instrumentos a que se refiere el artículo 636 del C. J. han sido llevados al juicio por presentación directa de una de las partes sin objeción alguna de la contraparte, no se puede concluir que carezcan ellos de todo el mérito probatorio hasta llegar a considerar que no existan en el proceso. (Casación Civil. Marzo 8 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166)..... 231, 1ª

— 184 —

INVENTARIOS EN UNA SUCESION (La posesión no puede derivarse de la inclusión del bien en ellos)

Véase el aparte Adjudicación en juicio sucesorio en el número 23 de este Indice.

— 185 —

IRA E INTENSO DOLOR (Requisitos que los configuran)

La circunstancia modificadora de la responsabilidad prevista en el artículo 28 del C. P. está sometida por disposición expresa del Legislador al cumplimiento de varios requisitos no de simple fórmula sino de contenido esencial, y ella sólo tiene operancia jurídica cuando el hecho se comete "en estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación". La concurrencia de todas y cada una de estas modalidades modifica la responsabilidad; la ausencia u omisión de alguna de ellas equivale a su negativa, es decir, no comporta una situación privilegiada, sino, simplemente una circunstancia de menor peligrosidad prevista en el artículo 38, numeral 3º del C. P., o sea, el obrar en estado de ira injustamente provocada.

En otros términos, para que se configure la circunstancia modificadora de la responsabilidad prevista en la disposición que se comenta, es necesario e imprescindible la concurrencia de una **provocación**, o sea el medio estimulante que puede consistir en actos, palabras, ofensas o gestos que irriten o lesionen el patrimonio moral o material de la persona ofendida, circunstancias que lo incitan a reaccionar; que el agravio, origen de la provocación sea **grave**; es decir, que tenga calidad o aptitud para producir un arrebato o alteración de ánimo que si no justifica explique al menos el rechazo violento de la ofensa; que la gravedad que reviste la provocación sea **injusta**, o sea contraria a la razón o al derecho, sin motivo ni fundamento que la justifique; lo cual supone una relación de continuidad entre el agravio y la reacción, o sea que el agente al obrar, lo

haga bajo la influencia de la ira o del intenso dolor. (Casación Penal. Mayo 5 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167).....615, 1ª y 2ª

— J —

— 186 —

JUICIO EJECUTIVO (El secuestre de un bien denunciado no entra a poseer en nombre del ejecutado)

El hecho de que en un juicio ejecutivo que se adelantó al actor, éste hubiera denunciado como de su propiedad un predio, hubiera nombrado depositario y a él le hubiera entregado el fundo, no quiere decir que ese depositario hubiera entrado a poseer a nombre del actor. Si esto no fuera así, sería muy sencillo, mediante juicios ejecutivos simulados, hacerse a la calidad de poseedor de un inmueble, para alegar luego esa posesión como título para ejercitar la acción publiciana. (Casación Civil. Mayo 11 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167).....486, 2ª y 487, 1ª

— 187 —

JUICIO EJECUTIVO (La entrega del bien expropiado no puede discutirse en este juicio)

Que en desarrollo del principio constitucional consagrado en el artículo 30 de la Carta la entrega del bien expropiado no pueda hacerse sino después de verificado el pago al propietario, es cosa distinta que no puede estudiarse dentro del juicio ejecutivo. Porque la obligación puede estar consagrada en la ley, pero si no ha sido deducida en juicio, o no aparece en acto o documento de manera expresa, clara y en forma que se haga exigible actualmente, su cumplimiento no puede ser solicitado por la vía ejecutiva.

Para los juicios de expropiación, tanto el C. J. como las leyes 83 de 1935 y 1ª de 1943 han consagrado procedimientos que, no por especiales dejan de asegurar al ciudadano el cumplimiento del principio constitucional aducido por el demandante. Sólo que con miras al interés colectivo y para asegurar la brevedad del procedimiento, de acuerdo con las dos últimas leyes citadas se puede decretar la expropiación desde que el juicio se inicia, pero ello no significa que la entrega del bien que se persigue pueda verificarse antes del pago de la correspondiente indemnización, ni que al ciudadano se le pueda privar de él antes de haber sido indemnizado. (Negocios Generales. Mayo 28 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167).....683, 2ª y 684, 1ª

— 188 —

JURADOS (Derechos de las partes en relación con el sorteo)

Quiere la ley (artículo 506 C. de P. P.) en primer término, que los interesados estén presentes en el acto del sorteo de los jueces de conciencia para que si alguno de los sorteados se halla impedido por cualquiera de los motivos que señalan los artículos 492 a 496 del mismo estatuto, pidan que se le reemplace en el curso de la diligencia. Pero también dispone la ley que el sorteo debe hacerse, aunque las partes no hayan concurrido a él, seguramente para impedir que el proceso sufra demoras, o que las actuaciones del mismo queden subordinadas a la voluntad de quienes dejaron de asistir deliberadamente o por descuido. Con todo, el legislador les concede un término de cinco días, a partir de la realización del sorteo, a fin de que puedan solicitar la remoción de los jurados que estuvieren justamente impedidos. (Casación Penal. 16 de marzo de 1956. Tomo LXXXII. Nos. 2165-2166).....344, 1ª y 2ª

— 189 —

JURISDICCION (El Superior no la adquiere para conocer de la providencia consultada mientras ésta no haya sido notificada en legal forma)

No habiéndose notificado la providencia consultada en los términos del artículo 166 del Código de Procedimiento Penal, aquélla no puede producir efecto alguno, y sólo cuando tal notificación se haya cumplido podrá decirse que la Corte ha adquirido jurisdicción para decidir sobre su mérito. (Casación Penal. Abril 3 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166) 355, 1ª

— 190 —

JURISDICCION (De cada una de las Salas de Casación Civil en relación con la Plena de Casación Civil)

Si un proyecto de fallo no fue llevado a la Sala Plena de Casación Civil es porque ni la Sala del conocimiento, ni siquiera dos de sus miembros consideraron que concurría el caso del artículo 1º del Decreto 1219 de 1955, en virtud de la facultad que el mismo Decreto confiere a la Sala, facultad respecto de la cual es autónoma, según los términos del texto y cuyo ejercicio no puede causar derecho a favor de las partes para reclamar contra la sentencia que la Sala dicte sin llevar el proyecto a la Plena de Casación Civil.

Lo anterior es incuestionable aun en el supuesto de que la Sala llegue a equivocarse en la apreciación de las doctrinas anteriores, porque cada una de las Salas en que está dividida la conjunta de Casación Civil, tiene la plenitud de la jurisdicción para juzgar de los recursos extraordinarios de casación. El Decreto sólo estatuye un procedimiento, cuyo impulso inicial depende exclusiva y soberamente de la Sala que conoce del negocio, y no una norma que aniquile la jurisdicción en cuyo ejercicio se dicta la sentencia sin contar con la Plena, por no haber considerado que era el caso de hacerlo. (Sala Plena de Casación Civil. Junio 27 de 1956. Tomo LXXXII. Nº 2167) .....568, 2ª y 569, 1ª

— L —

— 191 —

LEGITIMACION EN LA CAUSA (Cuando falta la condición de herederos del presunto padre natural en los demandados)

En el presente caso se han señalado como demandados a quienes se dice que son herederos del presunto padre natural, pero como tal calidad no se demostró, resulta entonces que no está acreditado uno de los elementos estructurales de acción, la **legitimatio ad causam** (cas. agosto 19 de 1954, LXXVIII, 351); vale decir no existe parte demandada.

Al Tribunal le basta absolver a la parte demandada, pero no declarar probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de esta parte, pues en este caso lo que se contempla es la ausencia de uno de los elementos estructurales de la acción, o sea, la falta de legitimación pasiva en la causa. (Casación Civil. Abril 9 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166) ...278, 1ª y 2ª

— 192 —

LESIONES PERSONALES (Cuando se lesiona alguno de los elementos anatómicos que integran el órgano)

Si la lesión afecta alguno o algunos de los elementos anatómicos que integran el órgano, y, como consecuencia de ello, limita la función y el ejercicio propio de la actividad fisiológica del mismo, el hecho cae bajo las sanciones del artículo 374 del C. P. aunque

el conjunto de tejidos de que se halla integrado el órgano o miembro no esté afectado en su totalidad sino parcialmente. (Casación Penal. Enero 14 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-2164) 124, 1ª

— 193 —

LEY ADJETIVA (En casación)

Son adjetivos los artículos 593 y 234 del C. J. (Sala Plena de Casación Civil. Mayo 24 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167).....543, 1ª

— 194 —

LIBERTAD CONDICIONAL (La Corte no tiene facultad para concederla)

La libertad condicional de que tratan los artículos 6º y 671 y siguientes del Código de Procedimiento Penal para los ya sentenciados, es un beneficio cuya concesión no está atribuída a la Corte, sino a los jueces de instancia. (Casación Penal. Febrero 23 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-2164).....171, 2ª

— M —

— 195 —

MANDATO (Para la defensa del sindicado en el proceso penal)

Véase el aparte **Derecho de defensa** en el número 110 de este Indice.

— 196 —

MEDIOS NUEVOS (En casación son inadmisibles)

En casación no pueden introducirse medios nuevos, o sea, traer a discusión extremos que no han sido materia debatida en las instancias. (Casación Civil. Febrero 8 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64).....29, 2ª

— 197 —

MEDIOS NUEVOS (En casación)

Reafírmase doctrina sobre los "medios nuevos" en casación, con fundamento en el derecho de defensa de los litigantes, quienes, si fueran admisibles los medios no alegados en el juicio, podrían ser sorprendidos con armas no esgrimidas en él; y en la naturaleza de la casación, en la cual el fallo se enjuicia en relación con los materiales y los planteamientos que al juzgador le fueron presentados y no con otros que le fueron desconocidos. Si una partida de bautizo de un hijo ilegítimo se ataca de invalidez, en instancia, por cuanto reza que el bautizado es hijo de Pedro, sin haberlo éste autorizado, el atacarla en casación porque las partidas eclesiásticas son prueba supletoria y no principal del estado civil, constituye un "medio nuevo" inadmisible en este recurso. (Casación Civil. Mayo 30 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167) 610, 1ª

— 198 —

MINAS (Las controversias relativas a la propiedad minera corresponden a los Tribunales Superiores en primera instancia)

En los juicios de única instancia ante la Corte sólo se puede ejercitar la acción referente al dominio del subsuelo petrolífero porque las relativas a la propiedad minera en general corresponden a los Tribunales Superiores en primera instancia. (Negocios Generales. Febrero 29 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167).....196, 1ª y 2ª

— 199 —

MUERTE DE UNA PERSONA (Prueba sobre su causa)

Véase el aparte **Electrocución** en el número 127 de este Indice.

— N —

— 200 —

NULIDAD (El auto que abre a prueba el juicio, en el caso del artículo 4º del Decreto 1231 de 1951, debe ser notificado personalmente al defensor)

Por virtud de las reglas de interpretación extensiva y progresiva de la ley —que es permitida en materia penal cuando no afecta el dogma jurídico **Nullum crimen sine lege**— los artículos 198, num. 4º del C. de P. P., y 4º del Decreto 1231 de 1951 guardan entre sí una íntima relación, para los efectos de la nulidad que contempla el precepto primeramente citado, cuya vigencia no está suspendida.

Y esto es así, porque dicha nulidad tutela una preciosa garantía del juzgamiento, que nunca puede faltar, cual es la de que a las personas que intervienen en el proceso penal se les haga saber oportunamente, durante el juicio, cuándo deben presentar pruebas, a fin de ejercer sus respectivos derechos y colaborar al descubrimiento de la verdad histórica o material que domina las investigaciones de índole represiva.

Por consiguiente, la jurisdicción penal no está completa, y por el contrario es inválida, cuando a la acusación y a la defensa se les priva de sus prerrogativas procesales en las oportunidades que les da la ley.

Como en este negocio la notificación del auto que abrió el plenario, se hizo por estado al defensor, debiendo ser **personal**, lo que impidió que el procesado pudiera pedir pruebas "para hacer su defensa a fondo", como él lo manifiesta, conclúyese que la nulidad demandada tiene pleno fundamento, no sólo en el artículo 198, ord. 4º citado, sino en otro de superior rango, o sea el 26 de la Constitución. (Casación Penal. Abril 9 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166)..362, 2ª 363, 1ª y 2ª

— 201 —

NULIDAD CONSTITUCIONAL (Se incurre en ella cuando no se suspende el juicio civil estando pendiente un proceso penal por el mismo hecho)

Es de ineludible cumplimiento el artículo 11 del C. de P. P. cuando el juez tiene conocimiento de la existencia del proceso penal. Si no lo hace así, se infringe de esa manera una expresa norma legal, lo que acarrea una irregularidad en el juzgamiento por falta de las formalidades propias del juicio, que de acuerdo con el artículo 26 de la Carta constituye nulidad de lo actuado. Esta ha sido la doctrina de la Corte expuesta, entre otros, en fallo de febrero 23 de 1955 (G. J. LXXIX, 630 y ss.). (Negocios Generales. Mayo 19 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167).....673, 2ª

— 202 —

NULIDAD DEL CONTRATO DE SOCIEDAD

Cuando se declara judicialmente, respecto de los socios, la nulidad absoluta de una sociedad mercantil, por la inobservancia de las formalidades requeridas por la ley para su constitución y publicidad —sanción especialmente prevista en el artículo 472 del Código de Comercio—, la sentencia no hace sino ordenar la disolución y liquidación de la sociedad de hecho. Este es el efecto inmedia-

to y necesario de la declaración de nulidad del contrato social. El artículo 475 del mismo Código establece imperativamente que, declarada la nulidad, los socios **procederán** a la liquidación de las operaciones sociales. Se atemperan en este particular los efectos retroactivos, que normalmente produce toda nulidad absoluta al tenor del artículo 1746 del Código Civil. No pueden aplicarse y no se aplican estos efectos, pues no es factible restituir a las partes contratantes al estado anterior a la celebración del convenio invalidado. Como lo ha venido esclareciendo la doctrina y la jurisprudencia, la nulidad absoluta presenta en este caso rasgos característicos. La sociedad es contrato de ejecución sucesiva y como ella ha vivido de hecho durante algún tiempo, no es posible borrar sus actuaciones en el pasado. Se decreta su terminación y se impone consecuencialmente su liquidación para que se entregue a cada socio lo que debe corresponderle en el patrimonio colectivo. Y de otra parte, la ley contempla la situación de los terceros que han negociado con la sociedad durante su existencia **de facto.** Según el artículo 477 del Código de Comercio, los socios no podrán prevalerse de la nulidad en relación con los terceros interesados en la existencia de la sociedad, y según el artículo 479 ibidem, los terceros que hayan contratado con la sociedad irregularmente constituída, no podrán sustraerse al cumplimiento de sus obligaciones. Así pues, la nulidad absoluta del contrato de sociedad, como excepción a la norma general, no se proyectará sino sobre el porvenir. Por eso dicen algunos fallos de casación en Francia, que tal nulidad "opera al modo de una sentencia que pronunciara la disolución anticipada de la sociedad". Si la nulidad de la sociedad irregularmente formada se declarase sin haber vivido de hecho, antes de haber desarrollado operaciones sociales, los efectos del fallo podrían quedar reducidos a la restitución de los aportes. Pero es de preverse que la sociedad haya actuado durante un tiempo más o menos largo, celebrando toda clase de contratos, adquiriendo y enajenando bienes, acrecentando y transformando su patrimonio inicial, obteniendo ganancias y pérdidas, distribuyendo utilidades, etc... Es un hecho irreversible que la sociedad ha vivido y resultaría injusto e irrealizable aniquilar las situaciones e intereses creados, fundándose en que no pudo tener existencia alguna por ser nula **ab initio.** El régimen de la sociedad de hecho es el medio práctico y equitativo para conciliar los efectos de la nulidad con el mantenimiento de situaciones ya producidas. Y por lo mismo, al declararse la nulidad del contrato social, debe procederse a la liquidación de la sociedad de hecho, para restablecer a los asociados en el goce individual de sus derechos vinculados al patrimonio común creado por la ejecución del pacto invalidado. (Casación Civil. Mayo 28 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167).....591, 1ª y 2ª

— 203 —

NULIDAD RELATIVA **(Cuando falta autorización judicial para que el representante legal pueda disponer de bienes de su pupilo)**

La omisión de la autorización judicial, a que se refiere el artículo 1379 del C. C., daría lugar a una nulidad relativa saneable por las personas en cuyo favor se establecen estas medidas protectoras de sus intereses patrimoniales. Legalmente nada podría impedir que cuando los menores lleguen a la mayoría de edad ratifiquen expresa o tácitamente lo hecho por su representante legal.

Como se deduce del artículo 1741, la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración no a la naturaleza de ellos sino a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan,

constituye nulidad relativa y por lo tanto no declarable de oficio. (Casación Civil. Febrero 22 de 1956.T. LXXXII. Nos. 2163-64)... 91, 1ª y 2ª

— 204 —

NULIDAD Y REVISION (Diferencias en el procedimiento penal)

El recurso de revisión lo otorga la ley para rever la totalidad del proceso y no parte de él. El examen parcial de la actuación (concepto del apoderado) incide directamente en la nulidad; en ésta, se retrotrae el proceso hasta la fecha o acto en que aquélla se cumplió; en la revisión no. Los conceptos de nulidad y revisión no son homogéneos sino disímiles; expresan situaciones jurídicas distintas e inconfundibles. El primero se vincula directamente al contenido de vicio u omisión de formalidades en el procedimiento; el segundo trata de impedir los efectos de la sentencia dictada contra un inocente, o con base en pruebas falsas o en elementos probatorios que por circunstancias especiales influyeron en la decisión.

Si los conceptos analizados fueran idénticos, el apoderado tendría razón al decir que "solicita que el proceso fuera anulado y revisado a partir de las diligencias de excarcelación"; pero como la revisión no implica nulidad, y aquélla se da para todo el proceso, y ésta para una actuación parcial, la sentencia no podía limitar los efectos del recurso a una situación parcial, ora por no existir facultad especial para ello, bien porque incidiría en el error de equiparar los efectos del recurso de revisión con los de la nulidad. Por esto es por lo que la Corte no accede a aclarar la sentencia, porque no hay conceptos o frases que ofrezcan motivos de duda. (Casación Penal. Mayo 30 de 1956. Tomo LXXXII. Nº 2167).....635, 2ª y 636, 1ª

— 205 —

NULIDADES EN EL PROCESO PENAL (Nulidad constitucional)

Las nulidades se han instituído como protección del ordenado y legal desarrollo de los actos procesales. Ellas garantizan los intereses colectivos y los derechos de las personas que intervienen en el proceso. El acto nulo implica que se ha cumplido sin los requisitos que exige la ley para su validez; y por eso, el supuesto de la nulidad es el quebrantamiento de una determinada norma jurídica de obligatoria observancia.

La Corte ha reconocido las nulidades de superior jerarquía (constitucionales), pero lo ha hecho en casos extraordinarios, en que se han desquiciado las bases del juzgamiento y perjudicado ostensiblemente los intereses de la justicia y los de parte legítima. El pensamiento de la Sala ha sido muy claro sobre el particular. (V. sentencias agosto 2 de 1948 y marzo 18 de 1947). (Casación Penal. Marzo 16 de 1956. T. LXXXII. Números 2165-2166)..... 344, 1ª y 2ª

— 206 —

NULIDADES PROCESALES (El superior puede decretarlas cuando las encontrare probadas, antes de decidir sobre el fallo de primer grado, aunque el inferior ya se haya pronunciado sobre ellas, rechazándolas, y sin necesidad de petición de parte)

Sobre lo que hoy es para la Corte causal de nulidad —o sea, el no haberse suspendido el juicio de conformidad con el artículo 11 C. de P. P.— se pronunció el a quo considerando que no era el caso de decretar tal suspensión y, en consecuencia, denegándola; y ese antecedente procesal le sirve al apoderado de la parte actora para argumentar que la Sala no puede ahora tocar esa cues-

tión y por lo mismo debe revocar el auto por el cual se declaró la nulidad y decidir en su lugar que el juicio siga su curso normal. Es decir que, en concepto del apoderado, la causal en referencia quedó jurídicamente eliminada con el precitado auto del Tribunal.

No puede la Sala aceptar ese argumento, pues son varias las razones que tiene para considerar que el hecho de haberse negado la suspensión por auto proferido con anterioridad al fallo de primer grado, y la circunstancia de quedar surtida la ejecutoria de ese auto, no son motivos legales para impedirle la declaratoria de nulidad. El previo pronunciamiento sobre la responsabilidad de orden penal para que pueda resolverse acerca de la responsabilidad en el orden civil constituye una forma propia del juicio civil, de manera que si en éste se toma la decisión de fondo antes de conocerse lo resuelto por la justicia penal, se infringe la norma del artículo 26 de la Carta, según la cual para pronunciar sentencia condenatoria se requiere, entre otros requisitos, el de la plena observancia de las formas propias de cada juicio, y esa infracción vicia de nulidad sustancial la actuación. Luego siendo esto así, el proveído del Tribunal en virtud del cual se denegó la suspensión, no puede, de ninguna manera, recortarle a la Sala la facultad que expresamente le da la ley para resolver sobre las nulidades que encuentre en el juicio.

En efecto: por mandato del artículo 455 del C. J., si antes de decidir sobre lo principal de un juicio, se observa que existe alguna causal de nulidad, se invalida el juicio (siguiendo el procedimiento indicado en dicho artículo, o de plano si la ratificación no es viable) desde el estado que tenía cuando ocurrió la causal. A este respecto ha dicho la Sala:

"Si en general el superior sólo puede conocer del asunto objeto del recurso, por excepción le permite el C. J., para que los procesos no adolezcan de irregularidades sustanciales, que también pueda entender en la nulidad de lo actuado en el juicio, pero siempre que el negocio haya llegado a su estudio por apelación de la sentencia de primer grado" (G. J. LXVI, 780).

Es obvio, pues, que en cumplimiento de tan expresa y terminante facultad, la jurisdicción del superior no puede estar limitada o restringida por las mismas actuaciones que él debe revisar, precisamente para invalidarlas si adolecen de algún vicio, porque entonces perdería la norma en mención su plena eficacia, pues serían muchos los casos en los cuales, a pesar de observarse una causal de nulidad, no podría ser declarada por el **ad quem** si en el juicio se hubiera pronunciado el inferior desestimando sus elementos configurativos.

De lo expuesto se concluye que la Sala no sólo podía estudiar, como lo hizo, lo relacionado con la aplicación de la norma que ordena la suspensión del juicio civil, sino que estaba en la obligación legal de declarar la nulidad, tal como la declaró en el auto cuya revocatoria pide el señor apoderado de la parte actora. (Negocios Generales. Junio 20 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167)..677, 1ª y 2ª

— 0 —

— 207 —

ORDEN PUBLICO (En relación con el fomento de la venta de licores)

No hay ninguna relación entre la necesidad de mantener el orden público y el fomento de la venta de licores producidos por la fábrica del Departamento. (Negocios Generales. Febrero 3 de 1956. T. LXXXII. Números 2163-64).....181, 2ª

— 208 —

ORDEN PUBLICO

Véase el aparte **Contratos Administrativos** en el número 94 de este Indice.

— P —

— 209 —

PAGO POR CONSIGNACION **(Su validez depende de la aceptación por el acreedor o de la sentencia que declara suficiente la consignación)**

Según el artículo 1664 del C. C., lo que viene a dejar en firme e irrevocable el pago por consignación es o la aceptación por el acreedor, o la sentencia ejecutoriada que haya declarado suficiente la consignación; no mediando ni la una ni la otra, el deudor puede retirarla. En firme la sentencia que declara válido el pago por consignación, la obligación del deudor queda extinguida con las consecuencias a que alude el artículo 1663 ibidem, cesa entonces la mora del deudor en el cumplimiento de la obligación contractual, si ésta hubiera existido. (Casación Civil. Mayo 22 de 1956. T. LXXXII. Número 2167) 529, 1ª

— 210 —

PAPEL SELLADO **(Su suministro para que se surta la apelación)**

Véase el aparte **Apelación** en el número 29 de este Indice.

— 211 —

PARTICION **(Registro de la misma para que tenga efectos de título translaticio de dominio)**

La Corte expuso en fallo de octubre 8 de 1935 (XLIII, 169): "Para que la partición misma y la sentencia que la aprueba, ambas registradas, surtan sus efectos de servir de título traslaticio de dominio del de cujus a sus herederos sobre las cosas mismas que en la división les cupieron y declarativo entre los copartícipes deberán haberlo sido en el registro de causas mortuorias, según el artículo 38 de la ley 57 de 1887, por tener su origen ambas piezas en un juicio de succsión... Para que el registro de la partición sea suficiente para la hijuela, es necesario que el bien o bienes comprendidos en la hijuela se hallen ubicados dentro del mismo círculo de registro en que se inscribió la partición para que le aproveche, pues si los bienes de la hijuela o algunos de ellos están situados en circuitos distintos a aquel en que la partición fuere registrada, entonces la hijuela deberá serlo en cada una de las oficinas del circuito a que respectivamente correspondan los inmuebles, para que se cumplan los fines de la institución del registro, y por disposición de los artículos 2653 y 2654 del C. C." (Casación Civil. Abril 28 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166).. 315, 2ª y 316, 1ª

— 212 —

PARTICION **(Poderes del sentenciador en la aplicación de las reglas 7ª y 8ª del artículo 1394 del C. C.)**

Respecto de los poderes del sentenciador en la aplicación de las reglas 7ª y 8ª del artículo 1394 del C. C., la Corte reitera la doctrina contenida en fallo del 15 de febrero de

1955 (G. J. LXXIX, 490). (Casación Civil. Mayo 28 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167)... 595, 2ª y 596, 1ª y 2ª

— 213 —

PARTIDA DE NACIMIENTO (El requisito del día y la hora en que tuvo lugar el nacimiento)

Toda la acusación se reduce al hecho de no haberse ordenado en la sentencia que en la partida de estado civil que dispuso extender en una Notaría se indicara "el día y la hora en que tuvo lugar el nacimiento", como lo previene el ordinal 1º, artículo 3º de la ley 92 de 1938. La exigencia legal a este respecto no es, no puede ser absoluta, sino acondicionada a la circunstancia de que se conozcan con precisión esos datos. Pero si, como en el presente caso, apenas se ha logrado establecer el mes y el año (1919) después de transcurridos más de treinta, no es posible ni darle total cumplimiento al artículo citado, ni dejar de extender la partida, incluyendo lo demás.

Quien examine cuidadosamente el texto completo de la ley 92 podrá ver que respecto de varios de los datos cuya inclusión ordena, excusa tal cosa si se carece de información sin prescindir de la partida. (Casación Civil. Mayo 18 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167)... 511, 2ª

— 214 —

PERJUICIOS MORALES (Apreciación de los)

Hace poco más de 33 años (fallo de julio 21 de 1922), la Corte le dio cabida a la acción indemnizatoria por perjuicios morales, en el juicio que León Villaveces promovió contra el Municipio de Bogotá, por el quebranto espiritual que le produjo el descuido o equivocación culposa del administrador del Cementerio Central, quien, hallándose ausente el señor Villaveces, creyó que la bóveda que desde hacía varios años ocupaba el caláver de la esposa de dicho señor, era del Municipio, hizo exhumar los restos que fueron a dar al osario común.

Propuesto el juicio y surtidas las dos instancias, la Corte, en casación, pronunció fallo condenatorio en abstracto; y luego sobrevino el señalamiento, en concreto, de la indemnización debida, mediante el dictamen de peritos.

Observando el legislador la gran dificultad con que se tropezaba en la apreciación de perjuicios de esa clase, al expedir el nuevo Código Penal en 1936, vigente desde el 1º de julio de 1938, incluyó una norma que ha servido para tasar los daños ocasionados por un delito, y también los procedentes de una culpa civil extracontractual. Esa norma (artículo 95 de dicho estatuto), señaló un máximum de $ 2.000.00 para el damnificado, y sostenidamente la jurisprudencia en muchos fallos ha sentado la doctrina de que cuando el damnificado moralmente, es uno solo, la reparación pecuniaria indicada por el artículo 95, le corresponde a él; y si son dos, cinco, nueve, etc., otro tanto a cada uno, más no que los $ 2.000 previstos por aquella norma se repartan entre todos. Así, si son diez, y se hallan en condiciones semejantes, no serían $ 200 para cada uno sino $ 2.000 para cada damnificado. Esto porque si se trata de varios hijos que perdieron al padre, el dolor o la pena moral de cada uno se divide entre todos, no disminuye porque sean varios los dolientes, pues el mal de muchos no es consuelo para nadie, ni la pena aumenta porque sean menos los afectados; al contrario, siendo varios, el dolor propio de cada uno se aumenta por el ajeno, por la vinculación de sentimientos, al paso que el perjuicio material o pérdida patrimonial sí disminuye a mayor número de damnificados. Así,

en el caso de que la muerte de la víctima haya ocasionado una pérdida patrimonial de $ 40.000, si son dos los sucesores, cada uno habría sufrido un menoscabo de $ 20.000, pero si son diez, el perjuicio para cada uno sería de $ 4.000. (Casación Civil. Febrero 28 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64)....110, 1ª y 2ª

— 215 —

PETICION DE HERENCIA

En casación de febrero 27 de 1946 la Corte expresó que el heredero verdadero debe dar la prueba de su título en esta acción de petición de herencia, que esta calidad es personal y que, por tanto, las acciones del difunto no le serán de utilidad; "es necesario una acción especial, nacida de su persona y que sea la consecuencia de su vocación hereditaria", que es la acción de petición de herencia. Sólo cuando obra con acciones reales o personales qûe corresponderían al causante si estuviera vivo, siendo el representante jurídico del difunto y no habiéndose liquidado la herencia proseguía la Corte— "debe demandar para ésta, para la universalidad herencial". Pero, por ejemplo, si los bienes están en poder de un tercero, y si "el heredero verdadero es único y el putativo liquidó la herencia mediante los trámites correspondientes, hasta el registro de la partición y sentencia aprobatoria, entonces **bastaría entablar la acción de petición de herencia y reivindicar para sí de manos del tercero los bienes posídos por éste**", luego, claro está, de discutir con el putativo el título de heredero. (Casación Civil. Marzo 14 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166)..293, 1ª

— 216 —

PETICION DE HERENCIA (En qué consiste esta acción.—Se pide para el heredero, no para la sucesión)

La acción de petición de herencia, según el artículo 1321 del C. C., es la que la ley le confiere a un heredero de mejor derecho para reclamar bienes de la herencia ocupados por otra u otras personas en la misma condición de herederos. Es un acción real y con ella se persigue una universalidad, esto es, lo que por el carácter hereditario haya de corresponderle al actor, ya conste dicha universalidad de uno o varios bienes, de suerte que puede seguirse contra quien posee solamente una cosa de la herencia.

Pero no ha de intentarse para la sucesión del causante, porque, como lo dicen Planiol y Ripert, "en estos casos el heredero no puede entablar las acciones del difunto, sino basarse en su derecho personal a la partición o a la atribución de su cuota legítima". El heredero "obra dentro de los límites de su propio interés y por su cuenta, sin representar a los demás y sin que a los unos favorezca ni perjudique la actitud de los otros en el juicio". (Casación Civil. Marzo 14 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166)..238, 2ª y 239, 1ª

— 217 —

PETROLEOS (Elementos de la acción de pertenencia)

En esta clase de juicios, en que se pretende la declaración judicial del dominio privado del petróleo en un terreno dado, es preciso demostrar: a) que el terreno existe actualmente y ha sido determinado por su ubicación y linderos; b) que dicho terreno es el mismo o parte del mismo que salió legalmente del dominio del Estado con anterio-

ridad al 28 de octubre de 1873; y, c) que está comprendido dentro del territorio objeto de la propuesta o concesión para explorar y explotar petróleo nacional. (Negocios Generales. Marzo 7 de 1956. T. LXXXII. Números 2165-2166) 391, 1ª

— 218 —

PETROLEOS (Necesidad de la prueba pericial y de la inspección ocular)

La determinación de las líneas divisorias entre varios predios no podría hacerse sin un estudio, realizado por expertos, sobre el terreno y teniendo en cuenta los documentos pertinentes. Lo propio puede decirse del trabajo necesario para verificar si existe identidad del predio con las tierras que se afirma salieron del Estado antes de 1873, y sobre la proporción en que esté comprendido dentro del área de la respectiva concesión petrolífera. Negocios Generales. Marzo 7 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166) . .391, 1ª

— 219 —

PETROLEOS (Necesidad de determinar el inmueble para que prospere la acción)

Como la declaración judicial del dominio ha de recaer sobre un cuerpo cierto y determinado, y en este proceso no se conoce dicho objeto, tal declaración no puede hacerse. Por tanto resulta innecesario el estudio de los demás aspectos del juicio, tales como la validez jurídica de los títulos coloniales, la propiedad de los demandantes sobre el predio actual, etc. (Negocios Generales. Marzo 7 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166) . .391, 2ª

— 220 —

PETROLEOS (Manera de determinar los linderos del predio en litigio)

Cuando la mayor parte de los linderos no está constituída por determinantes geográficos de permanente y fácil reconocimiento, sino por quebradas, cercas de piedra, terrenos de particulares, caminos viejos, pozos, etc., estos lugares sólo podrían ser localizados actualmente mediante la inspección ocular del terreno, en la que, además de la asesoría técnica de ingenieros y el auxilio de mapas, planos y croquis, se oyera el testimonio de personas conocedoras de la región desde tiempo atrás, etc. (Negocios Generales. Marzo 7 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166) 391, 2ª

— 221 —

POSESION (En el deslinde)

En el juicio ordinario de deslinde la posesión juega un doble papel: el de elemento ilustrativo en la tarea de señalar la línea, y el de factor definitivo para ello, si asume los caracteres de una usucapión. (Casación Plena Civil. Mayo 24 de 1956. T. LXXXII. Número 2167).....544, 1ª

— 222 —

POSESION (La buena fe)

Véase el aparte **Buena** fe en el número 35 de este Indice.

— 223 —

POSESION DE FUNDOS RURALES (Prescripción agraria)

Los artículos 1º, 2º y 3º de la ley 200 de 1936, en cuanto a controversias respecto del

derecho de dominio territorial de los fundos rurales sólo tiene operancia cuando se trate de dirimir las que se susciten entre el Estado y los particulares.

En litigios entre particulares respecto al dominio territorial no basta alegar, contra quien presenta su título de dominio debidamente registrado, anterior al hecho de la posesión del demandado, que el terreno es baldío, porque en último análisis tal alegato implicaría la afirmación de dueño sobre la parcela poseída con explotación económica, sobre la base de tratarse de tierras baldías; pero en presencia de un título inscrito anterior a esa posesión, ésta no es apta para contradecir eficazmente el mérito del título, sino asumiendo las características de la usucapión agraria de los artículos 12 de la citada ley y 4º del decreto 59 de 1938. (Casación Civil. Mayo 25 de 1956. T. LXXXII. Número 2167) .....583, 2ª y 584, 1ª

— 224 —

POSESION INSCRITA (No existe en el derecho colombiano)

Es pertinente rectificar el concepto de que debe darse prevalencia a la posesión inscrita del actor contra la posesión material del demandado, porque ya la Corte (casación abril 27 de 1955, G. J. 2153, págs. 81 a 101) ha dicho que en el derecho colombiano no existe una posesión inscrita. (Casación Civil. Mayo 11 de 1956. T. LXXXII. Número 2167) 482, 2ª

— 225 —

POSESION NOTORIA DEL ESTADO DE HIJO NATURAL

El artículo 7º de la ley 45 de 1936 estatuye que las reglas de los artículos 398 y 399 del C. C., entre otras, se aplican al caso de filiación natural: el 398 dice que para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba de dicho estado, deberá haber durado diez años continuos por lo menos; y el 399 establece que ella debe acreditarse por un conjunto de testimonios fidedignos, que la establezcan de un modo irrefragable. Además, el artículo 6º de la citada ley explica que la posesión aludida 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. (Casación Civil. Abril 24 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166) 292, 2ª

— 226 —

POSESION NOTORIA DEL ESTADO DE HIJO NATURAL

La subsistencia, educación y establecimiento de las personas (artículo 6º, ley 45 de 1936) tiene que explicarse por las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que los deponentes las han presenciado. (Casación Civil. Abril 24 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166) 295, 1ª

— 227 —

POSESION NOTORIA DEL ESTADO DE HIJO NATURAL (Debe haber durado diez años continuos por lo menos)

Es requisito esencial, como lo ha dicho la Corte, por exigencia expresa de la ley, que la posesión notoria del estado de hijo natural haya durado por lo menos diez años continuos. "Así, pues. Si el padre ha tratado y presentado al hijo como tal y le ha prodigado asistencia y ayuda en la vida ordina-

ria, en su educación y establecimiento, y los hechos correspondientes se encuentran plenamente probados, pero no durante los diez años que exige como mínimo el artículo 398 del Código Civil, no es posible alegar la posesión notoria como prueba del estado civil. Y, por último, para que la prueba se configure, es necesario que el término mínimo de diez años aparezca en forma continua, sin que valga sumar distintos períodos que en total excedan de aquel tiempo." (Cas. abril 7 de 1953, G. J. LXXIV, 596). (Casación Civil. Abril 24 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166) .....295, 1ª y 2ª

— 228 —

PRESUNCION DE CULPA POR ACTIVIDADES PELIGROSAS (Inversión de la carga de la prueba)

La presunción de culpa que se encuentra consagrada en el artículo 2356 del C. C., opera en favor de la víctima pasiva del daño ocasionado por el manejo de cosas caracterizadas por su peligrosidad, la cual releva de la prueba de la culpa en el acaecimiento del accidente, a la víctima, quien demostrando el daño y la relación de causalidad entre éste y el perjuicio, vierte sobre el autor de aquél la obligación de acreditar una causa eximente de culpa, si aspira a liberarse de toda responsabilidad. (Casación Civil. Febrero 28 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64) .. 105, 2ª y 106, 1ª

— 229 —

PRETERMISION DE LA INSTANCIA (Cuando se decide sobre cuestiones que se escaparon al juez del conocimiento)

El señor Procurador solicita que se extienda el sobreseimiento a otros cargos formulados contra el acusado, pero ello no es conducente, porque esos cargos no fueron materia de la indagatoria. De haberlo sido, el vacío no podría llenarse en la forma solicitada, sino revocando el auto para que se subsane la omisión; porque de otro modo, al decidir la entidad que obra como juez **ad-quem** respecto de imputaciones que se le escaparon al del conocimiento (juez **a quo**) se estaría pretermitiendo la instancia respectiva. (Casación Penal. Mayo 24 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167) .....661, 1ª y 2ª

— 230 —

PREVARICATO (Delito de)

Para que exista el delito de prevaricato, conforme al artículo 168 del Código Penal, la acción del agente, desde el punto de vista objetivo, debe ser contraria a la ley y manifiestamente injusta. O sea que entre lo resuelto por el funcionario o empleado público y lo mandado por la norma positiva para el caso concreto, haya una oposición evidente e inequívoca: el incriminado hace lo que la ley veda, u omite lo que ésta le ordene realizar.

Y por el aspecto subjetivo, se requiere una dualidad de factores: el conocimiento pleno (a sabiendas) por parte del prevaricador, de que su acto oficial es contrario al ordenamiento jurídico y conlleva una injusticia; y el móvil sentimental traducido en la simpatía o en la animadversión hacia una de las partes. Por eso, el prevaricato es esencialmente doloso (dolo específico), ya que el responsable traiciona la ley por desahogos personales que lesiona la ordenada y correcta actividad funcional. (Casación Penal. Febrero 9 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64). 147, 1ª

— 231 —

PREVARICATO (La equivocación en la aplicación de la ley no constituye delito)

El funcionario que se equivoca en la aplicación de las normas jurídicas a los casos concretos, no incurre en responsabilidad penal, porque actuó en la justa creencia de que impartía la justicia debida. (Casación Penal. Febrero 9 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64) 146, 2ª

— 232 —

PREVARICATO (Prueba de la calidad de funcionario público en el sindicado)

En la investigación del delito de prevaricato es necesario allegar al proceso la prueba legal de la calidad de funcionario público en el sindicado. (Casación Penal. Abril 11 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166) ..365, 1ª y 2ª

— 233 —

PREVARICATO Y ABUSO DE AUTORIDAD (Los simples desaciertos en materia jurídica no constituyen estos delitos)

Bien se sabe que los simples desaciertos en materia jurídica no constituyen delito de prevaricato o de abuso de autoridad, infracciones que requieren que el acto antijurídico, ilegítimo y arbitrario esté rodeado de circunstancias que conduzcan a deducir el dolo específico o genérico que obró como determinante del hecho calificado de injusto o contrario a la ley. (Casación Penal. Mayo 24 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167) ...660, 2ª

— 234 —

PROMESA DE COMPRA-VENTA (Está regida por el principio de la simultaneidad)

La dinámica contractual en la promesa de compraventa, como en todos los negocios bilaterales, está regida por el principio de la **simultaneidad**: deben cumplirse al mismo tiempo las obligaciones recíprocas de las partes, a menos que en casos especiales la ley, el acuerdo de voluntades o la naturaleza misma de la cosa conforme a la equidad, prescriba el orden necesario para ser satisfechas las prestaciones de los contratantes. (Casación Civil. Febrero 16 de 1956. Tomo LXXXII. Nos. 2163-64) 81, 1ª

— 235 —

PROVIDENCIAS JUDICIALES (Su naturaleza)

Como lo prescribe el C. de P. P., las providencias judiciales se denominan "sentencias" cuando deciden definitivamente sobre lo principal del juicio; "autos interlocutorios" cuando ordenan la detención del procesado, conceden o niegan su libertad, califican el mérito del sumario, niegan la admisión o la práctica de alguna prueba, formulan el cuestionario que haya de someterse a los jurados, resuelven algún incidente del proceso o contienen resoluciones análogas; y "autos de sustanciación" cuando se limitan a disponer cualquier otro trámite de los que la ley establece para dar curso a la actuación, dentro o fuera del juicio. Las sentencias y los autos interlocutorios son apelables, no así los autos de sustanciación.

No se ha alejado sensiblemente, pues, en esta materia el procedimiento penal colombiano —y otro tanto ha ocurrido con el civil— del derecho español, una de sus fuentes naturales más auténticas, como puede

verse en las Siete Partidas (Leyes 2, 3 y 4, Tít. 22, Partida 3). Por lo demás, las distinciones que hace el Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia de Escriche, entre **auto interlocutorio apelable** y **auto interlocutorio inapelable,** corresponden a las modernas denominaciones de **auto interlocutorio** y **auto de sustanciación.**

Unas y otras providencias concurren a la tramitación de los juicios; pero su naturaleza es enteramente diversa, por cuanto en los autos interlocutorios se deciden puntos directamente relacionados con los derechos individuales y sociales implicados en el debate —en orden a su definición exacta, a su mejor comprobación y a su justo reconocimiento—, mientras que los de sustanciación tienen como única finalidad la de impulsar el proceso. (Casación Penal. Marzo 23 de 1953. T. LXXXII. Nos. 2165-2166).....352, 1ª y 2ª

— 236 —

PRUEBA (Prueba ineficaz en materia civil que puede apreciarse en el proceso penal)

La protección del derecho civil violado corresponde a las leyes civiles. Otro muy distinto es el criterio que gobierna en materia penal, en donde existe como canon mayor libertad de apreciación de la prueba, especialmente en lo tocante a la indiciaria. Y así, de una prueba documental imperfecta es posible obtener indicios que, relacionados con otros, conduzcan a darle crédito a lo que aquélla en lo sustancial contiene. Porque si los indicios son simplemente hechos indicadores que no indican todos con la misma fuerza ni conducen a igual grado de certeza, hay que analizar su valor no ya aisladamente sino relacionándolos con los demás elementos del proceso. (Casación Penal. Enero 20 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64).... 129, 2ª

— 237 —

PRUEBA PERICIAL (Cuándo es necesaria)

La ley ha establecido la prueba de peritos "para la comprobación de hechos que exijan conocimientos o prácticas especiales" como se establece en el artículo 705 del Código Judicial. La naturaleza de esta prueba, señalada en el aludido precepto, indica, por tanto, los casos en que es indispensable y aquellos en que apenas puede ser conveniente. Si, como ha dicho la Corte, el perito es un auxiliar técnico del juez, su concurso será tanto más o menos necesario cuanto mayor o menor grado de especialización científica distinga el punto concreto sometido a dictamen: si este punto es totalmente ajeno a los conocimientos ordinarios, la prueba de peritos será indispensable; pero si, como con frecuencia sucede, el punto no requiere conocimientos especiales, si las circunstancias de hecho son comunes y apreciables por la ordinaria percepción sensorial, esto es, si no hay necesidad de hacer deducciones o abstracciones basadas en principios técnicos de determinada ciencia o arte, la prueba de peritos puede ser suplida por otra que dé bases seguras de convicción al juez. (Casación Civil. Febrero 28 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64).....97, 1ª

— R —

— 238 —

RECONOCIMIENTO DE UN HIJO NATURAL

Véase el aparte **Declaración de renta y patrimonio** en el número 104 de este Indice.

— 239 —

RECONOCIMIENTO TACITO DE DOCUMENTOS PRIVADOS (Cuando se presentan a juicio contra los herederos del que emite el documento)

Cuando el artículo 645 del C. J. usa la expresión **parte obligada**, se refiere no sólo a quien está obligado a reconocer la firma del documento, sino a toda persona que aun siendo extraña a la suscripción del documento, pueda ser obligada como causahabiente de uno de los otorgantes. Así se ha aceptado que en un juicio contra los herederos del obligado en un documento privado, el reconocimiento implícito tiene lugar cuando aquéllos no han objetado o redargüído de falsedad el acto precedente del de cujus, puesto que como sucesores son parte obligada. (Casación Civil. Abril 9 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166).....273, 2ª

— 240 —

RECUSACION (No prospera cuando no se funda en pruebas)

Cuando el Juez o Magistrado en quien concurre una de las causales de recusación no se declara impedido, las partes, en cualquier estado del proceso, pueden recusarlo. En esta forma la ley garantiza la independencia, honestidad e imparcialidad de los funcionarios que administran justicia. Pero la recusación no consiste en el simple planteamiento de una de las causales determinadas por la ley para separar del conocimiento al funcionario. No; ella —la recusación— debe fundarse en las pruebas que respaldan los motivos que se invocan y esos elementos probatorios deben acompañarse a la respectiva petición; caso contrario, la solicitud es inoperante y debe rechazarse por no reunir los requisitos establecidos por la ley (art. 78 del C. de P. P.).

La tacha de parcialidad término opuesto al de imparcialidad, no es otra cosa que el cargo que se hace al funcionario que conoce del negocio, de que sus actuaciones no son justas, de que sus determinaciones tienen un sentido de prevención contra la parte recusante o que ellas no se ciñen estrictamente al criterio de justicia que debe ser recto e imparcial, y que, por estos motivos, sus decisiones no son independientes sino parcializadas, en el sentido de perjudicar directa o indirectamente a una de las partes que intervienen en el proceso penal. Por esto es por lo que la ley ha consagrado el derecho para recusar al funcionario que conoce del negocio, a fin de que, probada la causal, el Juez o Magistrado sea removido, tutelando así los intereses del Estado en su sentido de justicia, y los de las partes, en el de imparcialidad, rectitud y honestidad respecto de los funcionarios que la administran. (Casación Penal. Enero 26 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64).....137, 1ª y 138, 1ª y 2ª

— 241 —

RECUSACION (Por haberse perdido una acción judicial)

Del hecho de que una persona pierda una acción judicial, valiosa o no, no se sigue necesariamente que en el ánimo de esa persona haya de surgir un invencible sentimiento de odio contra su contendor en la litis, y mucho menos cuando el pleito se perdió por mal encaminado Suponerlo así, con base en ese solo hecho, es una mera aprensión. Y cuando quien perdió el pleito es un profesional de la abogacía, aquella aprensión se hace de todo punto injustificada. (Negocios Generales. Abril 9 de 1956. T. LXXXII. Números 2165-2166) 444, 1ª

— 242 —

REFORMATIO IN PEJUS (En la casación penal)

El Tribunal violó el artículo 17 del C. P. al condenar por robo frustrado. Sin embargo, no es el caso de infirmar la sentencia, porque, de hacerlo, la Corte tendría que definir una de estas dos situaciones jurídicas ineludibles: la de tentativa de robo, o la del robo consumado, puesto que en el presente negocio no se trata de meros actos preparatorios como lo alega el actor, sino de una acción que es manifiestamente punible. Y en esta alternativa, la Sala estaría imposibilitada para condenar por robo tentado, ya que el demandante rechaza esa figura imperfecta del delito; ni tampoco podría condenar por robo consumado, porque agravaría la situación del reo en un recurso extraodinario interpuesto por él, que excluye, por lo mismo la **reformatio in pejus.** (Casación Penal. Mayo 21 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167) .655, 2ª

— 243 —

REIVINDICACION (Títulos del demandante)

Reiteradamente ha dicho la Corte que al dueño que quiere demostrar propiedad le toca probar su derecho, pero exhibiendo el título no hay por qué exigirle la prueba del dominio de su antecesor, cuando la fecha del registro de tal título es anterior a la posesión del reo y que el demandado en juicio de reivindicación no puede defenderse eficazmente sino demostrando sus propias pretensiones de dominio, pero no alegando que la propiedad reivindicable pertenece a terceros. (Casación Civil. Febrero 22 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64) 91, 1ª

— 244 —

REIVINDICACION (A partir de la ley 68 de 1946 no existe acción a favor de un cónyuge)

Antes de la ley 68 de 1946 la jurisprudencia de la Corte había reconocido acción reivindicatoria a la cónyuge —aun existiendo la sociedad conyugal— para lograr la reincorporación al haber común de aquellos bienes sociales adquiridos antes de 1933, que el marido enajenara sin el consentimiento de la mujer. Al entrar en vigor la ley 68, que hizo sobrevivir el régimen del C. C. en relación con esos bienes, quedó eliminada dicha acción reivindicatoria. (Casación Civil. Febrero 29 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64) .....120, 2ª y 121, 1ª

— 245 —

REIVINDICACION (Prueba de la calidad de dueño en el actor)

Para que prospere la acción reivindicatoria es necesario que se presenten por el actor los títulos que acrediten su dominio con anterioridad a la posesión del demandado, no siendo suficiente el solo certificado del Registrador en el que se relacionen esos títulos. (Negocios Generales. Marzo 6 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-66) .....385, 1ª y 2ª

— 246 —

REIVINDICACION (Implica acción de dominio en el demandante)

Como la demanda para que se entregue o restituya una cosa, implica para quien pretende reivindicar, la acción de dominio, o sea que se le reconozca dueño de la cosa, es claro que lo primero que debe demostrarse al juez, es que evidentemente la cosa le perte-

nece al actor y el juzgador, para poder decretar la restitución, está en el deber de examinar si quien demanda tiene un mejor derecho. Para lo cual si hubiere titulaciones contrapuestas, bien puede llegar en su examen hasta encontrar cuál de las dos debe prevalecer por hallarse mejor caracterizada. Si falla en contra porque no se ha demostrado esa calidad por parte del actor, eso no quiere decir, necesariamente, que reconozca **erga omnes** el derecho del dominio en el demandado.

Puede suceder que el juez no decrete la restitución contra el demandado poseedor, porque encuentre deficiente el título de propiedad del demandante, pero que exista otro titular que sea el dueño y quien en cualquier tiempo pueda reclamar la cosa con título suficiente, y su acción sería viable siempre que el demandado poseedor no se haya convertido en propietario por usucapión. (Casación Civil. Mayo 11 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167) 484, 2ª

— 247 —

RELACIONES SEXUALES ESTABLES Y NOTORIAS

Como en otras oportunidades lo ha expresado la Corte, el ordinal 4º del artículo 4º de la ley 45 de 1936 exige para la comprobación de las relaciones sexuales, hechos que revelen la existencia de un vínculo sexual constante, durable, firme, permanente, o sea las acepciones que trae el diccionario de la palabra estable, empleada por la ley. (Casación Civil. Febrero 14 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64) 63, 1ª

— 248 —

RENDICION DE CUENTAS (Obligación para quien las rinde de documentarlas)

Supuesto que una o varias partidas de las cuentas tengan la nota de importantes, habrá para el mandatario la obligación de documentarlas, o sea que está en la necesidad de acompañar escritos que **prima facie** sirvan razonablemente para respaldarlas. Mas no es requisito **ad solemnitatem**, indispensable para la validez de las cuentas, desde luego que está previsto por la ley cómo el mandante puede relevar al mandatario de ese deber. Ni es cuestión de orden público general o en materia probatoria, puesto que si se admite la renuncia, habrá de ser necesariamente porque el asunto sólo atañe al interés personal del renunciante. (Casación Civil. Febrero 4 de 1956. T. LXXXII. Números 2163-64) .....22, 2ª y 23, 1ª

— 249 —

RENDICION DE CUENTAS

Véase el aparte **Confesión** en el número 78 de este Indice.

— 250 —

REPOSICION (No procede contra el auto que resuelve el recurso de súplica)

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 512 del C. Judicial, contra las providencias que resuelven un recurso de súplica, no es posible interponer otro nuevo. (Negocios Generales. Marzo 21 de 1956. T. LXXXII. Números 2165-2166) 428, 2ª

— 251 —

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL (En el abuso del derecho de litigar no se presume la culpa)

En tratándose de la responsabilidad extracontractual, el actor corre con la carga de la prueba de los extremos que configuran esa responsabilidad y de que antes se ha hecho mención. Sólo por vía de excepción se presume la culpa como es el caso de la responsabilidad por el hecho ajeno a que alude el artículo 2347 del C. C. Y se presume también, de manera excepcional, en el ejercicio de actividades peligrosas (artículo 2356). Pero no puede afirmarse que el ejercicio del derecho de litigar pueda constituir una actividad peligrosa en el sentido y alcance jurídico que se da a esa noción y que los doctrinantes y la jurisprudencia han deducido del contexto y ejemplos enumerativos traídos por el artículo 2356. (Casación Civil. Mayo 22 de 1956. T. LXXXII. N 2167).... 536, 2ª

— 252 —

RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL MAS FAVORABLE

Plantea el señor apoderado el problema de la retroactividad de la ley penal más favorable, principio expresamente consagrado por el artículo 26 de la Constitución Nacional y que desarrollan también los artículos 3º del estatuto represivo, 5º del Código de Procedimiento Penal y 44 de la Ley 153 de 1887. Dada la amplitud con que están concebidas estas normas, la retroactividad que beneficia al procesado comprende tanto las leyes que crean los delitos y establecen las penas como las que atañen al procedimiento en lo criminal. Razones de interés público y de justicia imponen tal limitación al otro principio tutelar de la irretroactividad de la ley, en cuanto ésta contiene reglas o disposiciones para el futuro, y no para el pasado.

La retroactividad implica un conflicto o colisión entre normas de diferentes épocas (ley antigua y ley nueva) que contemplan un mismo acontecimiento. Por virtud de este fenómeno jurídico, la nueva ley obra sobre situaciones producidas antes de entrar ella en vigencia. Cosa distinta es la aplicación inmediata de la nueva ley en materia de procedimiento (derecho formal), cuyas normas no alteran las actuaciones procesales ya cumplidas conforme a la ley entonces imperante, sino que gobiernan los actos del proceso en el estado en que lo encuentran cuando empiezan a regir.

Es esencial en la retroactividad que la situación por resolver, sea de naturaleza similar a la prevista por la nueva norma. La retroactividad supone, necesariamente, dos casos ligados entre sí por una semejanza fundamental, puesto que las disposiciones legales se basan en las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas. y no pueden aplicarse, por tanto, sino a todo aquello que está comprendido dentro del principio general que encierra el precepto. Excedería sus funciones y haría de legislador, el Juez que, a pretexto de aplicar la ley más favorable, extendiese una nueva norma a hechos que no se encuentran virtualmente contenidos en el objeto de las nuevas reglamentaciones del derecho positivo. (Casación Penal. Enero 24 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64).....134, 1ª y 2ª

— 253 —

RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL MAS FAVORABLE

Véase el aparte **Excepción de inexequibilidad** en el número 144 de este Indice.

— 254 —

REVISION (Demanda de)

La demanda de revisión está sujeta a los requisitos que señala el artículo 574 del Código de Procedimiento Penal. (Casación Penal. Febrero 10 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64) .....149, 1ª y 2ª

— 255 —

REVISION (Técnica del recurso)

La revisión, a diferencia de la casación, es un recurso esencialmente probatorio. Esto quiere decir que cualquiera que sea el cargo que se le formule a la sentencia de acuerdo con uno o más de los cinco motivos que taxativamente señala el artículo 571 del C. de P. P., debe ser demostrado para que pueda darse la orden de revisar el proceso objeto de la impugnación, referente ésta no a errores de derecho sino a equivocaciones sobre los hechos básicos del procesamiento. Por esto no es desacertado el concepto de que la revisión equivale a desvirtuar la fuerza de la cosa juzgada, es decir, de lo ya establecido como verdad en el juicio que, para ser desquiciado, requiere la prueba —no la creencia ni el simple parecer— de que se construyó sobre documentos inexactos o adulterados o se incurrió en un error judicial al condenar a persona distinta del verdadero responsable. (Casación Penal. Marzo 13 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166).....331, 2ª

— 256 —

REVISION (Técnica del recurso)

Con respecto al recurso de revisión debe observarse: a) que las meras deficiencias que se anotan en los procesos no dan por sí lugar a que sean revisados; y b) que es inconducente referirse a los argumentos expuestos durante el juicio. Lo primero, porque a ello se opone la naturaleza del recurso, que implica la demostración de que existe alguno de los cinco motivos señalados en el artículo 571 y no al simple señalamiento de irregularidades o defectos no comprendidos allí; y lo segundo, porque el admitir como fundamento válido el que fue tema de examen en el período averiguatorio que precedió al fallo, equivaldría a una prolongación de las instancias. (Casación Penal. Marzo 13 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166) 333, 2ª

— 257 —

REVISION (No se aplica a los procesos sobre ejercicio ilegal de la medicina)

No es posible ampliar la revisión reconocida por el Decreto 0014 de 1955 a los procesos que fueron fallados conforme al Decreto 0279 de 1953, sobre ejercicio ilegal de la medicina. (Casación Penal. Enero 24 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64)....136, 1ª

— 258 —

REVISION (No procede el recurso en procesos por ejercicio ilegal de la medicina)

Si bien el Decreto número 0014 de 1955 reglamentó íntegramente lo relativo a vagos, maleantes y rateros, de que trata la Ley 48 de 1936, sin embargo, en nada tocó las infracciones sobre ejercicio ilegal de la medicina, las cuales, en consecuencia, siguen rigiéndose por el Decreto 0279 de 1953, que no otorga el recurso de revisión en tales procesos. (Casación Penal. Enero 24 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64).132, 2ª y 133, 1ª

— 259 —

REVISION (Debe ser sustentada por abogado inscrito)

La demanda de revisión debe elaborarla un abogado titulado e inscrito en la Corte. (Casación Penal. Febrero 10 de 1956. Tomo LXXXII. Nos. 2163-64).....149, 2ª

— 260 —

REVISION (No prospera si el testimonio falso no ha sido determinante del fallo)

No conduce a la revisión del proceso, por la causal 3ª del artículo 571 del C. de P. P., la prueba de la falsedad de un testimonio, si éste no ha sido determinante del fallo y, por el contrario la sentencia fue proferida con base en otras piezas del proceso. (Casación Penal. Marzo 13 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166) 332, 1ª

— 261 —

REVISION (Respecto de fallos proferidos por las autoridades de policía)

En tesis general, no puede admitirse el recurso de revisión respecto de fallos proferidos por las autoridades de policía, así lo tiene resuelto esta Sala (v. auto enero 24 de 1956, G. J. número 2163 - 64, págs. 131 ss.). Pero en esta misma providencia, la Corte consideró la posibilidad de que este recurso tuviera cabida en situaciones similares a las contempladas en el Decreto 0014 de 1955 que reprime los "estados de especial peligrosidad" y para los cuales se autorizó la medida extraordinaria de que se viene hablando. Tal es el caso del artículo 8º (aparte d) de la ley 48 de 1936 y del artículo 8º del Decreto 1426 de 1950, pues estas disposiciones quedaron incorporadas, si no en las palabras, sí en lo sustancial en el Decreto 0014 de 1955, tanto en lo que uno y otro tratan de prevenir y sancionar teniendo en cuenta los antecedentes personales del sujeto y su conducta antisocial, como en la calidad de las sanciones. (Casación Penal. Marzo 13 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166)..331, 1ª

— 262 —

REVISION (En qué consiste el recurso. Calidad de la prueba)

El recurso de revisión tiene como finalidad el restablecimiento de la justicia dentro del ámbito de la cosa juzgada, por errores judiciales que se hallan directamente vinculados a los hechos materia del proceso y no a cuestiones de confrontación del fallo con la ley, como ocurre en casación. El recurso, puede decirse, constituye una excepción al principio de la cosa juzgada, toda vez que permite después de fenecido un juicio sea revisado por motivos que la ley contempla en el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal.

El recurso no es una tercera instancia, ni tiene por objeto la crítica de la sentencia para revocarla, reformarla o adicionarla según fuere el caso. Su finalidad es la de salvar los fueros de la justicia comprometida por posibles errores judiciales cometidos por los funcionarios que la administran, revisando el proceso a la luz de hechos o pruebas no conocidos en los debates, o por estar frente a sentencias contradictorias pronunciadas sobre un mismo delito, o porque se compruebe la existencia de la persona que se presume muerta por un homicidio, o porque se demuestre que la sentencia se pronunció sobre un documento o prueba secreta que no existía en el proceso, o porque se determine que es falso algún testimonio, documento o **prueba de cualquier otra clase**

que haya podido determinar el fallo respectivo (artículo 571 del C. de P. P.).

La prueba a que hace referencia la disposición que se comenta (numeral 3º del citado artículo, parte in fine) no la especifica la ley, por consiguiente, queda al prudente criterio de la Corte el determinarla y darle valor como elemento de convicción para revisar determinado proceso, y esa prueba no puede ser otra que aquella que sirvió de base o fundamento para que el funcionario incurriera en el error judicial, error en virtud del cual se privó al acusado no sólo de la defensa de sus derechos, sino también de su presencia en el juicio, dándole en esta forma el conocimiento del proceso, de sus actos fundamentales, auto de proceder, pruebas, audiencia, sentencias de primera y segunda instancia, y posteriormente de la liquidación en perjuicios. El informe falso o irregular de la Secretaría produjo como consecuencia la declaratoria de "reo ausente", por este motivo se le juzgó "en contumacia", siendo evidente, por otra parte, que el acusado ni estuvo ausente, ni se hallaba prófugo, ni rehusó en ningún momento la citación a juicio. (Casación Penal. Mayo 12 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167).....633, 1ª y 2ª

— 263 —

ROBO (Cuando se condena por robo calificado no juegan las modalidades previstas en los artículos 398 y 399 del C. P.)

Ha sido doctrina firmemente sostenida por la Corte, la de que con el robo calificado (artículo 404 C. P.) no juegan las modalidades específicas del hurto previstas por los artículos 398 y 399 ibidem, porque con la aplicación del artículo 404, "queda debidamente reprimido el robo en sus manifestaciones más graves, y sería aberrante y contrario a la equidad hacer todavía otro aumento, recurriendo a las circunstancias cualificadoras de los artículos 398 y 399" (sentencia septiembre 27 de 1955, G. J. 2157-58, pág. 306). (Casación Penal. Mayo 21 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167).....656, 2ª

— S —

— 264 —

SALA PLENA DE CASACION CIVIL (No existe ante ella ningún recurso en relación con las sentencias pronunciadas por cada una de las Salas de Casación Civil)

El artículo 1º del Decreto número 1219 de 1955, estatuye simplemente la manera de proceder para que la Sala Plena de Casación Civil intervenga en los negocios de casación, pero en manera alguna para restarle jurisdicción a cada una de las Salas en que está dividida. Por tanto, la sentencia dictada por una de ellas, no pierde la plenitud de su vigor por la circunstancia de que en opinión de alguno de los litigantes contenga nuevas doctrinas, ni tampoco puede entenderse que exista una especie de recurso para que la Sala Plena de Casación Civil, reconsidere, reponga o revise el fallo ya proferido por una de las Salas, recurso de que, por lo demás, se podría echar mano en cualquier tiempo, en relación con todas las sentencias dictadas desde cuando funcionan las dos Salas de Casación, si en concepto de la parte agraviada el fallo contiene modificación de jurisprudencia anterior o doctrina sobre puntos nuevos. (Sala Plena de Casación Civil. Mayo 25 de 1956. L. LXXXII. Nº 2167) 566, 1ª

— 265 —

SALA PLENA DE CASACION CIVIL (No ha lugar a su intervención en los negocios fallados por cada una de las Salas de Casación Civil)

No ha lugar a la intervención de la Sala Plena de Casación en los negocios fallados por cualquiera de las Salas en que está dividida, por el hecho de no haber sido sometidos a la Sala conjunta, y no hay por tanto, recurso para ante la Sala falladora o la Plena de Casación, invocando el artículo 1º del Decreto número 1219 de 1955 y alegando que la sentencia pronunciada es un "proyecto" de fallo, por contener jurisprudencia distinta o contraria a la existente o sobre puntos nuevos, a juicio de parte interesada. (Sala Plena de Casación Civil. Mayo 25 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167) 566, 2ª y 567, 1ª

— 266 —

SENTENCIA (Su valor probatorio cuando es aducida en copia en otro juicio)

a) El juicio del juzgador sobre la prueba de los hechos que han sido la base de la decisión, demuestra esos mismos hechos en un nuevo litigio, entre las mismas partes y aun cuando se trate de obtener el reconocimiento o declaración de un efecto, consecuencia o resultado distinto del que se persiguió en la primera litis, como lo destacan las casaciones de 31 de octubre de 1936 (XLIV, 461) y 27 de octubre de 1938 (XLVII, 330).

b) Se predica lo anterior de los hechos fundamentales, a cuya verdad en el proceso obedece de manera necesaria la decisión, porque la cosa juzgada sustancial reposa en lo que se resuelve, y sólo de manera indirecta sobre las motivaciones del fallo. La sentencia se aduce en un nuevo proceso, no como prueba documental de unos hechos, sino como prueba de haberse dictado una sentencia que contiene el juicio del juez sobre las pruebas aducidas para acreditarlos. Por esto, el punto de si lo probado una vez, queda probado por todas, entre unas mismas personas, no es en rigor asunto de prueba documental de los hechos, sino de cosa juzgada en relación con un fallo que da fe a esa prueba y que el poder jurisdiccional calificó con audiencia de las partes que dispusieron de la oportunidad y los medios para probar y contraprobar.

c) Al admitirse los efectos indictos de la cosa juzgada, en lo que respecta a la motivación de los fallos, y concretamente a la prueba de los hechos, una nueva derivación de la cosa juzgada se cumple, ya que la importancia de cobijar con ella el juicio del juez sobre la prueba no resulta de que el fallo pueda aducirse con eficacia solamente en un nuevo juicio idéntico, sino también en otro, entre las mismas partes, y en el cual se trate de lograr el reconocimiento de una consecuencia distinta. Así ocurre, por ejemplo, en la citada sentencia de 27 de octubre de 1938 (XLVII, 330), no obstante la diversidad de acciones, de división de una comunidad, la una, y de oposición a la ejecución de la sentencia de división, la otra. (Casación Civil. Abril 6 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167) 560, 1ª y 2ª

— 267 —

SENTENCIA DE TRIBUNAL ECLESIASTICO

Véase el aparte **Exequatur de sentencia eclesiástica** en el número 145 de este Indice.

— 268 —

SIMULACION (Los terceros acreedores tienen personería para iniciar esta acción contra su deudor)

En sentencia de casación de fecha 10 de agosto de 1943, la Corte estudió el caso de la declaratoria de simulación pedida por un acreedor de quien aparece enajenando, y en tal sentencia se pone de presente el cambio de jurisprudencia, en este punto, pues hasta el año de 1924 no se reconoció personería a los acreedores para iniciar la acción de simulación. (La parte pertinente de la sentencia expresada, publicada en la GACETA JUDICIAL número 2001, pág. 40, se halla trascrita en este fallo). (Casación Civil. Marzo 3 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166) ... 225, 2ª

— 269 —

SIMULACION

Véase el aparte **Donación** en el número 119 de este Indice.

— 270 —

SIMULACION Y NULIDAD (Por falta de precio en un contrato de compraventa)

Sostener que la estipulación del precio recibido no es cierta, es negar "la real formación, la manifestación verdadera" contenidas en los negocios jurídicos cuya validez se ha atacado. Con razón ha dicho la Corte que la nulidad no puede predicarse sino de actos jurídicos propiamente dichos, es decir, de los que tienen una real formación. Situar el debate sobre el presupuesto de que lo dicho por los otorgantes no fue verdad en cuanto al precio de las ventas, sino que éste fue ficticio, es negar la realidad jurídica de aquellos actos y enfocar la litis en el plano de una franca acción simulatória, que tiene características enteramente distintas de la nulidad aunque con ella tenga puntos tangenciales. (Casación Civil. Mayo 28 de 1956. Tomo LXXXII. Nº 2167) ..... 599, 1ª y 2ª

— 271 —

SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO (Cuando el hecho no es delictuoso)

Es jurídico proferir la fórmula del sobreseimiento definitivo, cuando el hecho no es delictuoso, en lugar de aplicar el artículo 153 del C. de P. P. por hallarse prescrita la acción penal, puesto que, en este caso más favorece la declaración de inocencia que aquella de suspender el procedimiento por haberse cumplido el fenómeno jurídico previsto en el artículo 105 del C. P. (Casación Penal. Mayo 24 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167) 661, 1ª

— 272 —

SOCIEDAD (Nulidad del contrato social)

Véanse los apartes **Incongruencia** y **Nulidad del contrato social** en los números 169 y 202 de este Indice.

— 273 —

SOCIEDAD CONYUGAL (Administración de la)

El actual régimen de bienes en el matrimonio, conserva de la comunidad tradicional la asociación económica, motivo por el cual, tanto en cabeza del marido como en cabeza de la mujer, pueden fijarse bienes sociales. El artículo 1781 del C. C. es aplicable cabalmente al sistema de la ley 28 de 1932. Si en el régimen del C. C., en el cual no había sino

un adminstrador —el marido— se confundían ante terceros los bienes sociales con los suyos propios, en el de hoy, en el cual hay dos administradores —los cónyuges— se confunden los bienes comunes que cada cónyuge tenga en su cabeza, con los bienes propios que adquiera, y por ello el artículo 1806 del C. C. es aplicable al nuevo sistema, en relación con cada uno de los esposos. (V. casación 13 de abril de 1951. LXIX, 529). (Casación Civil. Febrero 29 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64) 118, 1ª

— 274 —

SOCIEDAD CONYUGAL (Administración de los bienes propios del marido, adquiridos antes o después de la ley 28 de 1932)

En tratándose de bienes gananciales adquiridos por el marido antes o después de entrar a regir la ley 28 de 1932, es el marido quien puede disponer libremente de ellos: si antes, en virtud del artículo 1º de la ley 68 de 1946; si después, por mandato del artículo 1º de la ley 28 de 1932. Por tanto, si los actos de disposición adolecen de algún vicio, en él se fijan las correspondientes acciones, a menos que excepcionalmente se configure un interés jurídico por parte de la mujer, cuya protección aparezca ligada necesariamente a la disolución de la sociedad. (V. cas. de 17 de marzo de 1955, LXXIX, 757 y ss.). (Casación Civil. Febrero 29 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64).....117, 2ª

— 275 —

SOCIEDAD CONYUGAL (Si el bien es común, el cónyuge tiene acción aunque no figure en un contrato que verse sobre él)

Del hecho de no figurar la cónyuge en un contrato de venta de un bien común, adquirido por el marido antes o después de la ley 28 de 1932, no se concluye que la mujer carezca de las acciones de simulación, rescisión, nulidad, etc., originadas del mismo contrato, porque bien puede haber figurado y ello no le otorga las acciones mientras exista la sociedad conyugal, a menos, se repite, que se estructure un interés jurídico, en la cónyuge, vinculado a la disolución de la sociedad. (Casación Civil. Febrero 29 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64)..117, 2ª y 118, 1ª

— 276 —

SOCIEDAD CONYUGAL (Transmisibilidad de la acción)

Si fallece el marido y las acciones no han prescrito, éstas se transmiten en la universalidad hereditaria, a sus sucesores, entre los cuales puede figurar la viuda, a título universal como miembro de la sociedad conyugal disuelta, o como sucesora en los bienes del esposo. (Casación Civil. Febrero 29 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64)..117, 2ª

— 277 —

SUPLICA (Cuándo es procedente este recurso)

"La súplica no es un recurso concurrente con el de reposición, ni tampoco subsidiario de él, como equivocadamente lo ha entendido el abogado reclamante; la súplica es respecto 'de los autos interlocutorios que dicta un Magistrado cuando no procede como juez **ad quem**' (artículo 511) lo que la reposición para los autos interlocutorios proferidos como juez del recurso y los de pura y simple sustanciación; recursos independientes y oponibles cada uno, según la naturaleza del auto de que se trate". (Autos, S. N. G., febrero 7 de 1954). Así, pues, este recurso no procede contra el auto que decretó la nulidad por haber sido proferido por toda la Sa-

la de acuerdo con el inc. 2º, artículo 455 del C. J.; contra dicho auto sólo procede el recurso de reposición (artículo 488 ibidem). (Negocios Generales. Junio 20 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167).....676, 1ª y 2ª

— 278 —

SUSTRACCION DE MATERIA (Cuándo se suspende la ley en virtud de un Decreto de estado de sitio)

La ley deja de regir, ya por ser derogada, expresa o tácitamente, de acuerdo con la regla general de los artículos 71 y 72 del C. C., o bien por ser **suspendida,** de conformidad con la facultad que atribuye al Presidente de la República el ordinal 3º del artículo 121 de la Constitución. Pero, estos fenómenos, esencialmente distintos, coinciden en el efecto de que la ley derogada o suspendida, deja de regir: aquélla, definitivamente; ésta, de manera provisional, es decir, durante el estado de sitio, porque al ser restablecido el orden público "dejarán de regir los decretos de carácter extraordinario", según lo prescribe el ordinal 4º del citado artículo 121. Así, que, derogada o suspendida, la ley ha dejado de ser aplicable a los casos, relaciones o situaciones en ella contemplados, motivo por el cual existe un imposible jurídico de que entre una disposición legal derogada o suspendida, y una norma constitucional vigente, pueda existir el antagonismo material, vivo y concreto que se requiere para que la Corte Suprema cumpla el encargo recibido del constituyente en el artículo 214 de la Carta. Norma que ha sido derogada o suspendida, ha dejado de "mandar, prohibir, permitir o castigar", que son los fines de la ley según el artículo 4º del C. C., es decir, ha dejado de ser aplicable, y el conflicto, por tanto, con la Constitución, es imposible. (Sala Plena. Abril 13 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166).....204, 2ª y 205, 1ª

— T —

— 279 —

TENTATIVA Y FRUSTRACION (Criterio para determinar si un hecho admite estas figuras imperfectas del delito)

Para determinar si un hecho punible admite o no tentativa y frustración resultan ineficaces las viejas distinciones entre delitos materiales, formales e instantáneos, porque la realidad palpitante de la vida demuestra que aun en los dos últimos pueden existir tales manifestaciones recortadas de la acción criminosa. La pauta decisiva hay que buscarla en el **iter criminis**: si el delito es susceptible de un proceso ejecutivo, de un fraccionamiento en varios actos que no alcanzan a lesionar el bien jurídico amparado por la norma penal, entonces caben las formas imperfectas o degradadas del ilícito, presupuesto naturalmente el dolo que guía la actividad del malhechor. En consecuencia, las infracciones que se perfeccionan con un acto único (**qui unico actu perficiuntur**) excluyen la tentativa, porque se consuman tan pronto como se inician, en virtud de carecer de un **iter criminis.**

Alimena se expresa así: "Cuanto hemos dicho, no significa que los delitos que hemos llamado materiales, admitan todos tentativa sólo por ser materiales, y que los delitos que hemos denominado formales, no admiten tentativa sólo por ser formales. Esta conclusión es errónea. Los delitos materiales admiten la tentativa, no porque estén constituídos por la lesión real y efectiva de un bien jurídico, **sino porque para alcanzar este objeto es menester hacer cierto camino.** Tan cierto es esto que si fuese posible matar

a un hombre con una mirada, el homicidio no dejaría de ser un delito material, y, sin embargo, entre la intención y la consumación **no habría intervalo alguno.** De igual manera los delitos formales, aunque estén siempre constituídos por un peligro actual y por un daño potencial para el bien jurídico, admiten o no tentativa, **según que entre la intención y el peligro actual y el daño potencial, haya o no que recorrer cierto camino.** Así, imputar cualidades o hechos injuriosos, es siempre, como sabemos, un delito formal; pero este delito no admite tentativa si se realiza oralmente; en cambio, la admite si se realiza mediante la imprenta, que necesita el manuscrito, la composición, etc." (Principios de Derecho Penal. Vol. I, págs. 440 y 441 y se subraya). (Casación Penal. Mayo 21 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167)... 654, 1ª y 2ª

— 280 —

TESTAMENTO (Validez de la cláusula "si nascatur")

Las asignaciones a personas que a tiempo de abrirse la sucesión no existen pero se espera que existan en los treinta años subsiguientes, no son admisibles ni valederas en derecho sino por vía excepcional, como derogatoria del principio que exige para ser capaz de suceder, la necesidad de existir a tiempo de abrirse la sucesión (artículo 1019 C. C.). Y la característica de ser restringidas las hipótesis excepcionales, que contradicen la regla para sustraerse de su imperio general, no posee flexibilidad suficiente para permitir el hallazgo de esas mismas excepciones sino donde con claridad aparecen establecidas; con ellas se contrarían, en efecto, los principios tutelares en que descansan las instituciones consagradas por el ordenamiento jurídico, en este caso para el derecho sucesorio.

Puede hacerse y es plenamente valedera la asignación **si nascatur,** en los términos previstos por el C. C. (inciso 3º, artículo 1019). Las leyes no han impuesto palabras sacramentales ni ritos consagrados para la determinación de esa clase de asignatarios. Pero es obvio que debe aparecer con absoluta claridad de los términos del testamento que se trata de tales asignaciones. De otro modo se expondría al subjetivismo la interpretación y suerte de los actos testamentarios, con la inseguridad y peligros consiguientes, aún a pesar del largo transcurso del tiempo. (Casación Civil. Mayo 14 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167) .492, 2ª y 493, 1ª

— 281 —

TESTAMENTO NUNCUPATIVO (Error en la apreciación de la prueba testimonial)

Si las graves irregularidades alegadas, fueran denunciadas o expuestas por personas distintas de los testigos actuarios e instrumentales, el aserto de aquéllas podría suscitar duda, en presencia de la afirmación contraria de los últimos. Pero siendo precisamente los testigos que actuaron en el acto de otorgarse el testamento quienes dan a conocer todas aquellas circunstancias irregulares, no pueden someterse a duda y ponen de manifiesto el error del Tribunal que pasó por alto el dicho de los testigos en lo referente a esas irregularidades o defectos. (Casación Civil. Abril 25 de 1956. Tomo LXXXII. Nos. 2165-2166).....303, 2ª

— 282 —

TESTAMENTO NUNCUPATIVO (La falta de concurrencia simultánea de todos los testigos al acto de otorgamiento, no es una formalidad accidental)

La falta de concurrencia simultánea de

todos los testigos al acto completo del otorgamiento de un testamento, no es una informalidad accidental (en el sentido de leve o sin importancia), sino el incumplimiento de un requisito legal cuya prescindencia constituye una flagrante violación de las disposiciones sustantivas que implica nulidad del testamento (ley 95 de 1890, artículo 11). (Casación Civil. Abril 25 de 1956. Tomo LXXXII. Nos. 2165-2166).....303, 2ª

— 283 —

TESTAMENTO NUNCUPATIVO (Su prueba más adecuada es la de testigos)

Tratándose de establecer si el otorgamiento de un acto testamentario ante cinco testigos se ajustó en la realidad a las exigencias legales, la prueba más adecuada es la declaración formal de esos testigos; de manera que el juez ante quien se discute la validez del testamento, por imputarse la comisión de irregularidades graves que implican el quebrantamiento de requisitos indispensables, debe tener mucho cuidado en el examen y apreciación de los testimonios en referencia, sin hacer caso omiso de ninguna circunstancia relatada y que pueda influir en el esclarecimiento de los hechos controvertidos atinentes a la validez del acto. (Casación Civil. Abril 25 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-2166).....302, 2ª

— 284 —

TESTIGO

Testigo es quien relata hechos que ha presenciado y, para que sus dichos merezcan credibilidad, tiene que explicar las condiciones en que observó lo que relata. Todo hecho ocurre en determinadas circunstancias de modo, tiempo y lugar y son tales circunstancias las que el testigo debe referir ante los jueces. (Casación Civil. Abril 24 de 1956 T. LXXXII. Nos. 2165-2166).....295, 1ª

— 285 —

TESTIMONIO (Valoración de esta prueba)

No basta con que al contestar una o dos preguntas los testigos se acojan a las expresiones empleadas en ellas, para calificar sus testimonios como "de cartabón", cuando en el resto de las declaraciones emplean léxico y modos difererentes de relatar lo que saben y hasta dan cuenta de otros hechos fuera de los que textualmente contiene el interrogatorio. (Casación Civil. 18 de mayo de 1956. T. LXXXII. Nº 2167).....506, 1ª

— 286 —

TITULACION (No es posible alegar doble titulación, procedente de diversas fuentes, sobre un mismo inmueble)

Se pretende que las dos titulaciones presentadas por la actora, procedentes de fuentes distintas, son válidas y que ellas acreditan su carácter de dueña del terreno. Es imposible que esto pueda ser cierto, pues una de las dos titulaciones debe prevalecer sobre la otra, porque una cosa no puede pertenecer simultáneamente a personas distintas. Una de tales personas será la verdadera dueña y por consiguiente excluye a las otras en el dominio de la cosa. Además, esta pretensión demuestra que el derecho de dominio de la actora no es claro. (Casación Civil. Mayo 11 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167)... 486, 2ª

— 287 —

TITULO (Cuándo es aclaración y no modificación de uno anterior)

Cuando un título determina el punto en

que se cortan dos linderos —punto que no había señalado el primer título— no se trata de una modificación sino de una aclaración del título. (Sala Plena. Casación Civil. Mayo 24 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167) ... 541, 1ª

— 288 —

TITULO (La falta de título hace presumir la mala fe en el poseedor)

Véase el aparte **Buena fe** en el número 35 de este Indice.

— 289 —

TITULO EJECUTIVO

El artículo 982 del C. J. es muy claro al estatuir que para que pueda demandarse ejecutivamente el cumplimiento de una obligación, se hace necesario que del documento presentado como título ejecutivo aparezca a cargo del deudor una obligación expresa, clara y actualmente exigible. Es decir, que si la obligación no es expresa, o no es clara, o no es exigible en el momento de la presentación de la demanda, no puede el juez ordenar su ejecución. De ahí que al presentarse una solicitud de tal naturaleza debe estudiarse, en primer término, si el documento presentado como título reúne o no esas condiciones, de suerte que puede decirse de él que es ejecutivo, o lo que es lo mismo, que la obligación que contiene es de aquellas que pueden exigirse forzosamente por constituir plena prueba contra el deudor. (Negocios Generales. Mayo 28 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167) ..... 683, 1ª y 2ª

— 290 —

TITULO EJECUTIVO (La providencia que decreta una expropiación junto con el avalúo sin objeciones del bien, no lo constituyen)

En el caso de autos la Sala considera que el Tribunal tuvo razón al negarse a librar el mandamiento de pago porque evidentemente ni la sentencia, que mejor pudiera llamarse auto, que ordenó la expropiación del lote, ni del avalúo que sin objeciones se hizo de dicho bien, puede decirse que contenga una obligación expresa, clara y actualmente exigible contra el Departamento porque no se ha hecho declaración expresa en tal sentido. (Negocios Generales. Mayo 28 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167) ... 683, 2ª

— 291 —

TRABAJOS PUBLICOS (Cuando la acción prospera, el demandante debe trasferir el dominio sobre el bien ocupado a la Administración Pública)

Con respecto a la prevención de que trata el artículo 269 del C. C. A. conviene anotar: ese precepto fue declarado completamente inexequible según fallo de esta Corte, de manera que por ese motivo no aparece incluído entre las disposiciones que el Decreto 0293 de 1956 hace de aplicación a los juicios de indemnización por trabajos públicos y, por lo mismo, no puede fundamentarse legalmente en dicha norma la solicitud de transferir el dominio del inmueble a la Administración Pública. Sin embargo no es posible desconocer las razones de orden jurídico por las cuales es procedente disponer que, pagada la indemnización, debe el demandante transferir a la Nación sus derechos en las zonas de terreno afectadas por los trabajos públicos.

En efecto: cuando se demanda en juicio

ordinario la reivindicación de una zona de terreno definitivamente incorporada a un servicio público, lo procedente es condenar al pago de dicha zona, porque no sería posible decretar su restitución al propietario por los graves trastornos que esa medida causaría en el funcionamiento de aquel servicio. (G. J. LXXXI, 980). De ahí que sea bastante la similitud de ese caso con el que se contempla en acciones por indemnización de perjuicios por trabajos públicos con motivo de ocupación permanente de la propiedad privada, ya que "la única diferencia entre la acción reivindictoria 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". En la acción reivindicatoria no se puede ordenar la restitución, por los motivos dichos; en la acción por perjuicios tampoco puede ordenarse, por los mismos motivos. En el primer caso se dispone, en consecuencia, pagar el inmueble; en el segundo también debe ordenarse el pago de la zona ocupada, con carácter indemnizatorio. Siendo, pues, esto así, es decir tratándose en ambos casos de una condenación al pago del terreno litigioso, sería ciertamente contrario a la equidad que dentro de la acción de dominio quedara el demandante obligado a transferir sus derechos a la entidad que se los paga y, en cambio, no pudiera disponerse lo mismo en el otro caso. Lo jurídico es que si el demandante, en uno u otro juicio, tiene derecho a que se le pague el inmueble que de manera definitiva se ha incorporado el Tribunal tuvo razón al negarse a librar al patrimonio público, correlativamente está en la obligación de transferir al Estado sus derechos de dominio sobre el mismo inmueble. (Negocios Generales. Abril 9 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2165-66) ....451, 2ª y 452, 1ª

— 292 —

TRABAJOS PUBLICOS

Véanse los apartes **Acumulación de acciones** y **Competencia** en los números 22, 85 y 86 de este Indice.

— 293 —

TRANSPORTE AEREO (El transportador debe demostrar la ausencia de culpa)

De acuerdo con la doctrina de la Corte sobre la responsabilidad del transportador aéreo, no es el pasajero quien debe demostrar el descuido de la empresa sino ésta la obligada a comprobar su ausencia de culpa en el hecho que produjo el siniestro. Sería aberrante que el pasajero, profano en asuntos de navegación aérea, estuviera obligado a demostrar a la empresa que ella había incurrido en el descuido que produjo el accidente. Si se aceptara esta tesis, equivaldría a relevar siempre de responsabilidad a las empresas de transportes aéreos, con evidente injusticia para los intereses de los pasajeros, que confían en la diligencia y cuidado de la empresa con quien contratan, y que no estarían en capacidad técnica para demostrar el descuido de la empresa. En cambio, sí es perfectamente justo, para defender también los intereses de las empresas de aviación, que éstas estén en capacidad de demostrar que pusieron todo el cuidado necesario para que el viaje se realizara en buenas condiciones, es decir, para que puedan demostrar la ausencia de culpa y exonerarse así de la responsabilidad por los siniestros de que son víctimas quienes hacen uso del transporte aéreo. (Casación Civil. Febrero 11 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64) .42, 2ª

— 294 —

TRANSPORTE AEREO (Exoneración de la responsabilidad del transportador)

El conductor en el transporte aéreo, responde de una obligación general de diligencia y prudencia, de modo que se exonera de responsabilidad probando la ausencia de culpa.

Por consiguiente a los transportadores por aire les basta probar en caso de siniestro, para exonerarse de la responsabilidad originada del contrato, la diligencia de haber tomado todas las medidas conducentes a la ejecución plena de las obligaciones de conducir sin daño alguno al pasajero al lugar de su destino. (Casación Civil. Febrero 11 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64) .... 41, 2ª y 42, 1ª

— 295 —

TRANSPORTE AEREO (Responsabilidad del transportador por causa de siniestro aéreo)

En repetidas ocasiones ha tenido la Corte oportunidad de referirse a la cuestión muy importante, de la responsabilidad de las empresas de transportes aéreos cuando a causa de un siniestro el pasajero no es llevado sano y salvo a su destino, o sea cuando no se cumple el contrato de transporte, y ha sentado una jurisprudencia que aclara suficientemente el punto.

No podría adoptarse un criterio en extremo riguroso para hacer responsable siempre a las empresas por los accidentes que sufran los aviones ni tan benévolo que deje sin responsabilidad a los transportadores aéreos y sin defensa a quien sufra el daño. Inspirada en estos principios y aplicando por analogía a los trasportadores por aire las disposiciones legales respecto al contrato de transporte por agua o por tierra, en cuanto ello es posible, la Corte ha llegado a las conclusiones siguientes en cuanto al problema referente a las obligaciones que tienen los empresarios de transportes aéreos, dada la naturaleza especial del contrato de transporte de esta especie y teniendo en cuenta el beneficio del pasajero:

1º No es óbice para que el transporte tenga el carácter de servicio público, el que se preste por personas o empresas privadas, sin concesión de una entidad política. El transporte aéreo ejecutado por empresas organizadas, es un servicio público.

2º La responsabilidad del transportador para con el pasajero emana primordialmente del contrato de transporte.

3º Como es evidente que en los viajes por aire existen peligros desconocidos que acarrean riesgos de los cuales no puede hacerse responsable el transportador, pues el pasajero que a este medio de transporte acude conoce las características peligrosas de todo vuelo y no existe disposición legal expresa que haga responsable al transportador de las consecuencias de tales riesgos, éstos los asume el pasajero, en cuanto tales riesgos no se deban a la deficiencia de la nave aérea, fallas de la tripulación, instalaciones, equipos, etc. Entonces la responsabilidad de la empresa de aviación es de simple prudencia y diligencia y queda libre de responsabilidad cuando pruebe la ausencia de culpa. (Ver sentencia de casación de 27 de septiembre de 1955. G. J. Tomo LXXXI, pág. 168, cuya doctrina aparece transcrita en gran parte en la presente sentencia). (Casación Civil. Febrero 11 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64) .....40, 1ª y 2ª y 41, 2ª

— U —

— 296 —

USUCAPION (Cuando se trata de tierras baldías)

Para que opere el fenómeno de la prescripción a que se refiere el artículo 12 de la ley 200 de 1936 es necesario no solamente que se posea a base de explotación económica determinada porción durante cinco años continuos, sino que es esencial que quien pretenda usucapir crea de buena fe que se trata de tierras baldías. (Casación Civil. Febrero 22 de 1956. T. LXXXII. Nos. 2163-64) 92, 2ª

— 297 —

USUCAPION (De fundos rurales. Artículo 12 de la ley 200 de 1936)

Los artículos 12 de la ley 200 de 1936 y 47 del decreto reglamentario de esa ley, que es el 59 de 1938, indican que para que tenga operancia la prescripción adquisitiva a que se refieren tales textos, se requiere que el predio ocupado no haya estado demarcado por cerramientos artificiales ni deben existir en él señales de las cuales aparezca que el predio era de propiedad particular. El artículo 47 citado no excede la potestad reglamentaria, puesto que se limita a desarrollar la norma en virtud de la cual el poseedor debe probar los requisitos mencionados para usucapir. (Casación Civil. Mayo 25 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167).....585, 2ª

— 298 —

U S U R A

Véase el aparte **Interés usurario** en el número 180 de este Indice.

— V —

— 299 —

VEREDICTO (Cuando se omite el reconocimiento de la gravedad, no se configura la modalidad del artículo 28, sino la del numeral 3º, artículo 38 del C. P.)

"Sí es responsable, pero en estado de ira injustamente provocada por el occiso" fue la respuesta del Jurado. El veredicto reconoce que el agravio, origen de la provocación fue injusto, es decir, sin razón o fundamento que lo justifique, pero omitió reconocer la **gravedad** de ella, desvirtuando en esta forma la circunstancia modificadora de la responsabilidad y desplazando automáticamente el fenómeno jurídico del artículo 28, para catalogarlo como una circunstancia de menor peligrosidad (artículo 38, numeral 3º). Si el Juri guardó silencio sobre uno de los términos de la provocación, debió ser porque los hechos y las pruebas del proceso no suministraron datos suficientes para estructurar la convicción íntima de la gravedad y para no traicionar los intereses del procesado ni los de la sociedad que lo juzga, con imparcialidad y firmeza reconocieron únicamente la injusticia de la provocación, omitiendo uno de los elementos esenciales de ella, que es la gravedad.

"Pero se dirá que falta la gravedad de la ofensa —dice el recurrente— ya que, expresamente, con palabras y términos no lo consiguió el Jurado. Pues bien: aunque aparentemente falta en forma objetiva y adjetiva, está allí en forma tácita y sustantiva y tan elocuente y real como si la hubiera escrito". A lo cual se replica que los estados de ira e intenso dolor fueron calificados con palabras inequívocas por el Legislador, y para que esta modalidad tenga vivencia jurídica es necesario que la respuesta del Jurado contenga el reconocimiento expreso de la gravedad e injusticia de la provocación, no

en forma "tácita y sustantiva" sino en términos claros y concisos como lo manda la ley, porque ni la gravedad se confunde con la injusticia ni ésta con aquélla y no siendo estas expresiones equivalentes ni representativas de un mismo fenómeno, tanto la gravedad como la injusticia deben ser declaradas por el Juri, porque el Juez de derecho no tiene facultad para llenar los vacíos u omisiones del veredicto, ni para completar el pensamiento de los Jueces de conciencia; su misión tiene un ámbito determinado por la ley, o sea, el de pronunciar el fallo de acuerdo con la calificación que el Jurado dé a los hechos sobre los cuales ha versado el debate. (Casación Penal. Mayo 5 de 1956. Tomo LXXXII. Nº 2167) ..... 614, 2ª y 615, 1ª

— 300 —

VIOLACION DE LA RESERVA DEL SUMARIO (Facultades del funcionario de instrucción)

La circunstancia de que el Juez del Circuito —Funcionario de Instrucción— hubiera solicitado copia del memorial denuncia para allegarlo a otro sumario seguido contra el mismo sindicado, no implica violación de la reserva del primer sumario, bien, porque esa diligencia puede contener datos de importancia para determinar la personalidad del acusado, o para establecer hechos atinentes a la responsabilidad del mismo, ora, porque dentro de las facultades que otorga la ley no existe impedimento alguno para solicitar esa diligencia, si ella directa o indirectamente sirve para los fines de la investigación.

Lo que la ley reprime es el hecho de revelar en todo o en parte el texto o contenido de las piezas que forman el sumario, a personas distintas de las que intervienen en el proceso como son el Juez de la causa, sus secretarios, el Agente del Ministerio Público, el procesado, su apoderado, la parte civil o su representante legal, pero en el caso **sub judice** no se ha demostrado que el Juez acusado hubiera revelado el contenido de esos documentos a personas extrañas al proceso. El hecho de allegar en copia la denuncia que —por otra parte— se adelantaba contra el mismo sindicado, no está erigido por la ley en delito, ni el simple conocimiento del escrito implica violación de la reserva del sumario. Dentro de sus facultades el funcionario de instrucción tiene amplia libertad para allegar todos los datos y diligencias que en su concepto sean pertinentes para el descubrimiento de la verdad, no sólo en el orden material u objetivo, sino también en el moral o subjetivo. (Casación Penal. Abril 17 de 1956. T. LXXXII. Números 2165-2166) 371, 2ª

— 301 —

VIOLACION DIRECTA E INDIRECTA DE LA LEY (En casación)

La causal de **violación de la ley sustantiva** asume dos formas: **directa**, la una: cuando la sentencia hiere la ley sustantiva, de un golpe; **indirecta** la otra, cuando la hiere por contragolpe, es decir, a causa de errores sufridos en el examen de las pruebas. La necesidad social y democrática de que la ley, como expresión de la voluntad popular y medida cabal de las urgencias humanas, no pudiese ser violada por el mismo órgano judicial encargado de aplicarla, fue el origen de este instituto extraordinario, guardián de la ley, mas en un principio sólo contra la "infracción expresa"; propulsor después de la doctrina y de su contante renovación, y por último, además, fuente de Derecho positivo en la época contemporánea. (Casación Civil. Mayo 30 de 1956. T. LXXXII. Nº 2167) .. 603, 1ª y 2ª

BIBLIOTECA

T A B L A

DE LAS DISPOSICIONES CITADAS, INTERPRETADAS O ALUDIDAS POR LA CORTE EN EL PRESENTE TOMO LXXXII DE LA "GACETA JUDICIAL"

NOTA—Las cifras puestas en la columnna de "números" indican los apartes de jurisprudencia que componen este Indice.

CONSTITUCION NACIONAL VIGENTE

Artículos	Números
26	144, 200, 201, 206, 252
30	187
121	106
121, ord. 3º	278
121, ord. 4º	278
214	278
215	144

CONCORDATO

19	116

CODIGO CIVIL

4º	278
71	278
72	278
176	24
398	225, 227
399	225
534	121
669	121
768	35
769	35
971	13
1019	280
1019, inc. 3º	280
1025, ord. 2º	24
1195	120
1196	120
1203	120
1244	121
1321	216
1379	203
1394, num. 7º	212
1394, num. 8º	212
1444	121
1445	121
1446	121
1447	121
1448	121
1449	121
1457	121
1458	118, 120, 121
1461	120
1462	120
1464	121
1465	121
1491	120
1546	19
1601	180
1609	19
1617, num. 1º	179
1618	133
1620	133
1663	209
1664	209
1741	203
1746	202
1757	31
1763	78
1781	273
1806	273
1964	73
1965	73
1969	74
2131	179
2181	46
2231	180
2347	171, 251

Artículos	Números
2349	171
2356	20, 178, 228, 251
2356, inc. 3º	178
2357	51
2466	180
2491, num. 2º	121
2653	211
2654	211
CODIGO DE COMERCIO	
472	202
475	202
477	202
479	202
CODIGO PENAL	
3º	252
17	65, 242
28	185, 299
38, num. 3º	185, 299
38, num. 5º	128
39, num. 11	146
95	214
105	271
156	90
168	230
171	9
174	10
203	152
373	107
374	60, 107, 192
374, inc. 2º	59
398	263
399	263
404	263
480	70
499	70
537	70
544	70
567, inc. 1º	65
567, inc. 2º	65, 66, 69, 70
CODIGO JUDICIAL	
40	82, 83, 151
209	22
234	193
353	29
353, inc. 2º	29

Artículos	Números
455	206
455, inc. 2º	277
488	277
492	188
493	188
494	188
495	188
496	188
506	188
511	277
512	250
519	53, 101
520	43, 55, 103, 109, 137, 140
520, ord. 1º	63, 64, 140
520, ord. 6º	71
531	109
537	51
538	51
553	43, 170
576	98
584	27
593	14, 193
636	62, 183
645	40, 239
697	54
702	54
705	237
721	115
724	182
730	182
982	289
1204	120
CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL	
5º	252
6º	194
11	10, 176, 177, 201, 206
36	75, 76
39	75
45	157
50	87
55	88
56	88
57	87, 88
58	157
60	113
61	113
62	113
64	113
73	162

Artículos	Números
74	163, 164
75	164
78	240
153	72, 271
166	189
198, num. 4º	200
202	33
277	113
281	113
379	113
383	113
557	59, 60, 167
559	101
571	255, 256, 262
571, ord. 3º	260, 262
574	254
671	194
CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	
53	94, 96
260	94, 96
261	22, 85, 86
262	85, 86
263	16, 85, 86
264	85, 86
265	85, 86
266	85, 86
267	85, 86
268	85, 86
269	22, 85, 291
LEYES ESPECIALES	
Ley 57 de 1887	
38	211
Ley 153 de 1887	
44	252
68	81
69	81
Ley 35 de 1888	
(Véase Concordato)	
Ley 95 de 1890	
11	282
Ley 20 de 1927	
12	39
Ley 134 de 1931	
13, num. 4º	179
Ley 28 de 1932	
—	273, 274, 275
1º	274
Ley 39 de 1933	
1º	125
Ley 83 de 1935	
—	187
Ley 45 de 1936	
2º	104
4	80
4, ord. 3º	80, 104
4, ord. 4º	247
6	149, 225, 226
7	225
23	102
24	102
Ley 48 de 1936	
—	258
8, aparte d)	261
Ley 50 de 1936	
2	169
Ley 63 de 1936	
26	120
Ley 96 de 1936	
4	161
Ley 200 de 1936	
1º	223

Artículos	Números
2	223
3	223
12	223, 296, 297
Ley 92 de 1938	
—	213
3, ord. 1º	213
Ley 164 de 1938	
7	59, 60
Ley 167 de 1941	
(V. Código Contencioso Administrativo)	
Ley 1ª de 1943	
—	187
Ley 4ª de 1943	
27	70
Ley 69 de 1945	
—	3
1	7
2	7
8	4, 6
9	4, 6
Ley 68 de 1946	
—	244
—	274
Ley 83 de 1946	
12	89
DECRETOS	
Decreto 59 de 1938	
4	223
47	297
Decreto 2645 de 1943	
2	93

Artículos	Números
Decreto Extraordinario 3523 de 1949	
1	95
Decreto Legislativo 1426 de 1950	
8	261
Decreto Legislativo 3120 de 1950	
1	175
Decreto Legislativo 3347 de 1950	
—	157
1	87
2	87, 157
Decreto Legislativo 3547 de 1950	
—	101
1	101
Decreto Legislativo 0243 de 1951	
2, num. 1º	99
3	29
Decreto Legislativo 1231 de 1951	
—	113
4	200
Decreto Legislativo 2182 de 1951	
—	175
Decreto Legislativo 2278 de 1951	
—	175
Decreto Legislativo 0279 de 1953	
—	106, 257, 258
Decreto 1209 de 1954	
1	7
Decreto Legislativo 3000 de 1954	
—	58

Artículos	Números
34, inc. 2º	37
34	163
40	163, 166
Decreto Legislativo 0014 de 1955	
—	105, 106, 257, 258, 261
2	89
81	89
82	106
83	144
Decreto Legislativo 1219 de 1955	
1	190, 264, 265
Decreto 0269 de 1956	
—	22
Decreto Legislativo 0293 de 1956	
—	291
2	85
3	85
4	85

INDICE ALFABETICO

Págs.

— A —

Acosta Ernestina contra Margarita Quijano y otros.—Ordinario. Recurso de hecho 74

Acto Legislativo número 2 de 1954.—Se rechaza la demanda sobre su inconstitucionalidad 9

Apráez Portilla Rafael y otros.—Se conceptúa favorablemente al cambio de radicación del proceso que se les sigue por hurto y estafa 325

Aramburo José Luis y otros contra Eleázar Arroyave Restrepo.—Ordinario. Petición de herencia 236

Arango Ochoa Hugo y otro.—Auto. Se estima legal el impedimento del Mag. Zafra para conocer del proceso contra aquéllos, por los delitos de extorsión y estafa 139

Arango Remedios (en su calidad de madre natural de sus menores hijos) contra Efraín Barona Muñoz y otros. — Ordinario. Filiación natural 51

Arango Yepes Luis Carlos.—Casación por lesiones personales 638

Arbeláez María Aguirre vda. de.—Se dirime la colisión de competencias para conocer de la denuncia que se le formuló por calumnia e injuria 150

Avendaño Matilde Montenegro de contra Sociedad "Londoño y Cía. Ltda."—Ordinario. (Pertenencia) 229

Págs.

— B —

Becerra Enrique. — Se confirma la cesación del procedimiento en las diligencias que se le adelantan por los delitos de abuso de autoridad y falsedad 338

Bolaños Rogerio.—Se decide a quién corresponde calificar el impedimento por un Juez de Garantías Sociales, para conocer de la querella por calumnia e injuria contra aquél 166

Bonilla Mª de Jesús Ortiz de y otra contra Zoila Mª Reyes v. de Portela.—Ordinario. Filiación natural 232

Bonnell Mª Josefa Vargas vda. de (en nombre propio y de sus hijos) contra la Nación. — Ordinario sobre indemnización de perjuicios 172

— C —

Cabra Ascensión contra Suc. de Carlos J. Ramírez M.—Ordinario. Filiación natural. 318

Cadena Copete Santiago (ex-Juez 1º Penal del Circuito de Cali).—Cesación del procedimiento, por cuanto no cometió el hecho que le fue imputado 617

Caro Copete Jorge.—Faltas contra la moral y el decoro profesional 667

Carreño Varela Bernardo contra Jesús Gallego Salazar.—Queja.—Faltas en el ejercicio profesional 392

Castro Mercedes Herrera de contra José Vicente Castro. Liquidación sociedad conyugal 264

Castro Torres Vicente.—Casación por estafa. 125

Págs.

Católico Agustín.--Se accede a concederle libertad por pena cumplida, en el proceso por lesiones personales 152

Centenario del C. C.—Proposición aprobada en Corte Plena y discurso del Vicepresidente doctor José J. Gómez R. con tal motivo 4

Cepeda César A.—Amparo pobreza.—No se accede a conceder el recurso de casación que interpuso contra el fallo de segundo grado en el Tribunal Superior de Barranquilla 495

Cerón L. Inés contra Carlos Echeverri y otros. Ordinario sobre dominio de un inmueble y reivindicación del mismo 65

"Cía. Urbanizadora El Progreso, Ltda." contra la Nación. — Ordinario. Indemnización de perjuicios 446

Collazos M. Hormesinda contra Alfonso Espinosa M.—Ordinario, sobre nulidad absoluta o rescisión por lesión enorme de una compraventa 497

Contreras V. Ramón contra Celia Escobar Rodríguez y otros.—Ordinario. Pertenencia 311

Correa Herrera Bernardo contra la Nación. Ordinario.—Indemnización de perjuicios... 461

Correa López Juan Gabriel y otros.-Se dirime la colisión de competencias para seguir conociendo del proceso que se les sigue por falsedad en documentos y estafa..... 322

Guayal Narváez Mariana contra Julio Ruales. Ordinario.—Nulidad del testamento 300

Cuervo Luis Enrique y Alberto Zuleta Angel. — Proposición de Corte Plena por la cual se lamenta su retiro..... 3

Cuesta Angel Héctor.—Faltas en el ejercicio profesional 405

Págs.

— D —

Declaración de la Corte acerca de la elección de Jueces por los Tribunales Superiores del país 1

Decreto Legislativo 3120 de 1950.—La Corte resuelve que no es el caso de pronunciarse sobre la demanda instaurada por Luis Pallares Alvarez, para que se declare la inexequibilidad del mencionado Decreto.... 474

Decreto Legislativo número 279 de 1953.—La Corte Plena decide que no es el caso de resolver sobre la demanda de inconstitucionalidad formulada contra el artículo 7º del citado Decreto 206

Díaz Lozada Vicente.—Se dirime la colisión de competencias para conocer del proceso que se le sigue por robo..... 349

Díaz Rubio Hernando (Fiscal del Juzgado 3º Superior de Bogotá).—Suspensión del procedimiento contra aquél en el proceso adelantado por irregularidades en la tramitación de un proceso penal..... 664

— F —

Finkelman y Shomberg (Sociedad colectiva de comercio) contra la Nación.—Ordinario. Pérdida de mercaderías depositadas en la Aduana de Barranquilla..... 420

La Sala mantiene el anterior auto suplicado 426

No se repone el auto anterior..... 428

Fonseca José de Jesús y otros.—No se admite el impedimento manifestado por el Magistrado del Tribunal de Bogotá doctor Gustavo Orjuela Hidalgo, para seguir conociendo del proceso que se adelanta a aquéllos, por falsedad y estafa..... 359

Forero de Niño Dioselina contra Rosalbina Ramírez y otra.—Ordinario, sobre nulidad de una confesión judicial de paternidad... 572

Págs.

— G —

Galindo Daza Toribio.—Casación por homicidio 154

Gaona Romero Flaminio.—Se conceptúa favorablemente al cambio de radicación del proceso que se adelanta a aquél, por homicidio, lesiones personales y violación de domicilio 383

Garcés O'Byrne Ernesto.—Auto. Se declara infundada la recusación propuesta contra el Magistrado del Tribunal de Cali doctor Luciano Wallis López, para conocer del proceso adelantado por falsedad en documentos, prevaricato y cohecho, contra aquél 137

García Flórez Rosendo. — Casación por homicidio 611

García Torres Ana Dolores y otra contra el Departamento de Santander y Municipio de Rionegro.—Ordinario. Indemnización de perjuicios 430

García Z. Rafael contra Luis Escobar Cruz. Querella. Faltas en el ejercicio profesional 436

Gaviria Inés y otras contra Ana María Gaviria de Uribe y otros. — Ordinario sobre dominio 488

Gómez Gustavo, como cesionario de José Gutiérrez Céspedes contra Elena Gutiérrez Montejo de Torres y otra.—Ordinario sobre declaratoria de calidad de cesionario, y como tal, la de heredero abintestato.... 548

Auto sobre el alcance del artículo 1º del Decreto 1219 de 1955..... 566

No se repone el auto anterior..... 568

Se resuelve la solicitud de aclaración de la sentencia anterior 570

Gómez Reynero Joaquín (Juez Promiscuo de Cereté).—Cesación del procedimiento por prescripción de la acción seguida contra él por prevaricato 662

Págs.

Gonzáles Torres Francisco (ex-Gobernador del Tolima) — Se sobresee definitivamente a su favor, en el denuncio que se le formuló por detención arbitraria y abuso de autoridad 622

"Grace & Cía. (Colombia) S. A.", Sucursal de Medellín contra Pedro o Pedro Mª Gómez R. y otra.—Ordinario. Simulación de un contrato de compraventa..... 219

Grillo Mejía Jaime. — Se inhibe la Sala de conocer la demanda de casación interpuesta contra la sentencia del Tribunal de Pereira, que condenó a aquél por el delito de lesiones personales, por ser la pena inferior a la contemplada por el artículo 557 del C. de P. P. 619

Gutiérrez Gómez Jorge.—La Corte Plena deplora su fallecimiento 203

Gutiérrez Hoyos Rafael contra la Nación.—Ordinario. Pago de cánones e indemnización de perjuicios 414

— H —

Hernández v. de Camargo Felipa y otras contra Municipio de Barichara.—Ordinario. Indemnización de perjuicios. Se niega la nulidad formulada por incompetencia de jurisdicción 679

Herrera Hipólito.—Se niega su solicitud sobre libertad condicional, en el proceso por homicidio y extorsión 171

Huertas Lisandro contra Hortensia Sánchez Hernández, hermana del finado Francisco Sánchez Hernández. — Ordinario. Filiación natural 267

Hurtado Gómez Oscar.—Se confirma el sobreseimiento definitivo a su favor, consultado en el proceso por falsedad y prevaricato 144

Págs.

— I —

Instituto de Crédito Territorial contra Alvaro Andrade Montaño.—Venta. Se confirma el auto que declaró no probada la causal de recusación formulada contra el Magistrado doctor Lucio del Tribunal de Cali..... 440

Isaac Sierra Sara, como representante de sus hijos naturales Alfonso y Carol Barbosa contra Carlota B. de Barbosa.—Ordinario. 21

— J —

Jiménez Lorenzo Justiniano contra Pablo Gutiérrez. Ordinario. — Reivindicación.... 249

— K —

Kaname Morimitsu Felipe contra Julio Salinas Micolta. Queja.—Faltas en el ejercicio profesional 399

— L —

Leal T. Ramón contra la Nación.—Ordinario. Reivindicación 385

Ley 39 de 1946.—Se resuelve el impedimento del Magistrado doctor Estrada para conocer de la demanda de inconstitucionalidad contra el inc. 3º de su artículo 1º..... 11

Ley 3ª de 1945 (C. de J. P. M.)—La Corte resuelve que no es el caso de resolver sobre la acusación de inexequibilidad formulada contra los artículos 7º, apartes e) y d), 122, 123, 126 y 139 de la dicha ley..... 204

López Arturo y otra contra el Departamento de Caldas. — Ordinario. Indemnización de perjuicios 460

Luque, Crisanto Cardenal—Proposición aprobada con motivo del vigésimo quinto aniversario de su consagración episcopal..... 473

— M —

Manjarrés Horacio y otro contra el Departamento del Magdalena. — Ordinario sobre cumplimiento de un contrato e indemnización de perjuicios 179

Martínez Esperanza, como madre de la menor Graciela de Jesús Caro Martínez contra Pascual de Caro y otra. — Ordinario. Filiación natural 275

Martínez María Teresa Morales o Sánchez de contra Sucesión de Urbano Sánchez L.— Ordinario. Filiación natural 208

Martínez José del Carmen y otros contra Emilio Martínez Cárdenas—Ordinario. Nulidad absoluta, o subsidiariamente, simulación de unos contratos de compraventa... 597

Martínez Polo Emperatriz, en su calidad de madre natural de Naty y Marly Machado Martínez contra Martina Arteaga C. v. de Machado.—Ordinario. Filiación natural.... 600

Matallana M. Nepomuceno.—La Sala se inhibe de decidir en el fondo un incidente de reducción de embargo, por no ser aquél abogado inscrito 637

Maturana F. Juan contra Departamento del Chocó.—Ejecutivo. Se confirma la negativa a librar mandamiento de pago..... 682

Medina Bernal Carmen (en representación de su hijo natural Martín Medina) contra Alicia Lara Escobar y otras.—Ordinario. Filiación natural 62

Meléndez Piñeres Ignacio (ex-Juez 2º Superior de Cartagena).—Sobreseimiento temporal a su favor..... 657

Mendoza Alfonso U. contra Enrique Castellanos. — Ordinario. Disolución y liquidación de una sociedad comercial..... 587

Molina Vélez Javier contra Fondo de Estabilización y Banco República. — Ordinario. Se declara nulo lo actuado en este juicio. 191

Moncayo Guerrero Neftalí.—La Sala revoca el auto apelado y en su lugar declara la nulidad de lo actuado en el proceso que se

Págs.

adelanta a aquél por abuso de autoridad y otras infracciones 361

Morales Díaz Rafael.—Se estima bien denegado por el Tribunal de Quibdó, el recurso de apelación interpuesto contra un auto dictado en el proceso que se adelanta por homicidio a aquél 351

Muñoz Flor María Pacheco D. de contra la Nación.—Ordinario. Indemnización de perjuicios.—No se repone el auto de 6 de diciembre de 1955. (Tal auto obra a págs. 991 y ss. del número 2160-61 de la G. J.). 403

Muñoz Rosero Luis Alberto.—Se niega la revisión del proceso que se le adelantó, como infractor del aparte d) del artículo 8º de la Ley 48 de 1936, en armonía con el 8º del Decreto 1426 de 1950..... 329

Muñoz P. Horacio y otra contra Luis Alejandro Muñoz Maya.—Ordinario. Simulación de un contrato de compraventa..... 82

— N —

Narváez Zuluaga Conrado.—La Corte no repone su propio auto, por el cual se declaró inadmisible el recurso de revisión del proceso por ejercicio ilegal de la Medicina... 131

Navarro Juana Merlano viuda de contra Wilfrido Castro.—Querella. Faltas en el ejercicio profesional 458

Navarrete Ursula Malaver de contra Sucesión de Ambrosio Molina M. Ordinario. Filiación natural 241

Niño Espejo Plutarco.—La Corte no acepta el impedimento manifestado por el Magistrado Rito Ricardo Beltrán Reyes, para conocer del proceso que se le adelanta a aquél por prevaricato 374

Noguera Euclides y otros contra José Vicente Cantillo.—Ordinario. Reivindicatorio 578

Noguera Pure Roberto y otros contra "Cía. Unida de Buses S. A." (Cudebus).—Ordinario. Indemnización de perjuicios..... 285

— O —

Ochoa Avelina Abadía de contra Alejandro Ochoa R. y otro. Ordinario.—Simulación y en subsidio rescisión de unos contratos.... 115

Olivares Ramírez Daniel y otros contra la Nación.—Ordinario. Pertenencia 389

— P —

Parra Palacio Noel.—Se ordena la revisión del proceso que se le adelantó por el delito de lesiones personales..... 627

No se aclara la sentencia anterior..... 635

Patiño Arias Jesús M. contra Jesús María Patiño Ocampo.—Ordinario. Reivindicación 305

Patiño Jesús María (ex-Juez de Belén de Umbría).—Se revoca el auto apelado y en su lugar se sobresee definitivamente en favor de aquél, en el proceso que se le adelanta por abuso de autoridad y otras infracciones 368

Pedroza de Bernal Rosario y otro contra José Araque. — Ordinario. Acción de incumplimiento de una promesa de compraventa.. 517

Peláez Gómez Tulio contra Fidel Ocampo.—Ordinario. Reivindicatorio 88

Pérez Rodríguez Manuel y otro.—La Corte se abstiene de considerar el impedimento manifestado por un Magistrado del Tribunal de Barranquilla, para conocer del proceso que se le sigue a aquéllos por falsedad y estafa 356

Plata Coronel José David.—Casación por homicidio 342

Polo Noriega Mario de Jesús y otro contra Ana Mª Polo de Seni.—Ordinario. Filiación natural 290

Págs.

Pulido Isaac.—Sucesión. Objeciones a la partición 112

— R —

Radd Dolores Aguirre de (en su propio nombre y de sus menores hijos) contra "Aerovías Nales. de Colombia — Avianca".—Ordinario, sobre indemnización de perjuicios por siniestro aéreo 31

Racines Consolación Chaves v. de contra Gregorio Venegas. — Ordinario. Filiación natural 54

Ramírez Bejarano Carlos.—La Sala se abstiene de revisar la providencia consultada en las diligencias que se adelantan a aquél, sindicado de prevaricato 354

Ramírez Córdoba Rosa y otra contra Marco Antonio Ríos Saldarriaga.—Ordinario, sobre resolución de un contrato de compraventa y pago de una suma de dinero..... 25

Restrepo Fernando contra Juan E. Martínez. Ordinario. Restitución de unas joyas..... 297

Restrepo Mª Dolores Restrepo v. de (en nombre propio y como representante de sus menores hijos Javier de Jesús y otros) contra Municipio de Salgar. — Ordinario. Indemnización de perjuicios por muerte por electrocución 93

Restrepo Julio Enrique y otro. — Se dirime una colisión de competencias para conocer del proceso que se les adelanta por el delito de fuga 335

Restrepo Mª Maya v. de (en su propio nombre y como representante de sus menores hijos Néstor y otros) contra Municipio de Medellín. — Ordinario. Indemnización de perjuicios por muerte por electrocución... 100

Restrepo Regina Castro v. de contra Comuneros del fundo "Brisuelas". — Ordinario. Pertenencia 282

Reyes García Gonzalo contra la Nación.—

Págs.

Ejecución de sentencia. Justiprecio de un predio 453

Reyes Valdivieso Bernabé contra Jesús Valdivieso Ordóñez.—Ordinario. Filiación natural 69

Roa Jesús Alberto contra Departamento de Boyacá.—Ordinario. Pago de una suma de dinero 387

Rodríguez Federico (ex-Juez del Circuito de Magangué).—Se revoca la providencia consultada que ordena la cesación del procedimiento contra aquél, en el proceso que se le adelanta por demoras 364

Rosas Julio.—Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido en su favor, en el proceso por abuso de autoridad..... 141

Rosero v. de Vallejo Mª Angelina contra Hernán García y otros.—Ordinario. Dominio de un inmueble 476

Rueda Constantino y otros contra Juan Francisco Solís López.—Ordinario. Deslinde.... 538

Se aclara la parte resolutiva del fallo anterior 547

Ruiz Luis Felipe contra sucesión de Marco A. Ruiz.—Ordinario. Disolución y liquidación de una sociedad de hecho..... 279

— S —

Saavedra Arzayús Jorge contra Marco Antonio Cruz Perdomo.—Divisorio. Sentencia aprobatoria del trabajo de partición, rehecho de acuerdo con las objeciones formuladas 593

Saavedra P. José Domingo. — Casación por concusión 376

Sáenz Rodríguez Julia contra Segundo Adolfo Piza.—Ordinario. Acción resolutoria de un contrato de promesa de venta..... 77

Saladem Marrugo Carmelo (Juez 1º Superior

Págs.

de Cartagena).—Se reforma la providencia consultada, para ordenar la cesación del procedimiento por prescripción de la acción penal, en el proceso que se le adelanta por demoras 366

Salazar Montoya Hernando y otro contra Marco A. Salazar.—Ordinario. Simulación de un contrato de compraventa..... 253

Salazar Cecilia Constaín vda. de. Sucesión.—Se dirime colisión de competencias para conocer del juicio 175

Salvamento de voto del Mag, doctor Cardoso Gaitán, en el auto que no aceptó el impedimento manifestado por el Magistrado Estrada Monsalve, para conocer de la demanda de inexequibilidad del inciso 3º del art. 1º de la ley 39 de 1946..... 14

Del Magistrado doctor Zuleta Angel a la providencia a que se refiere el auto anterior de este Indice 16

Sefair Angel Antonio o Luis Antonio contra Antonio Sefair Canaán. — Ordinario. Filiación natural 503

Sinisterra Ignacio y otro contra Consejo Administrativo de los FF. CC.—Ordinario sobre indemnización de perjuicios..... 185

Suárez Lucía Avila de (en representación de la sucesión de Angel Mª Avila) contra la Nación. — Ordinario, sobre propiedad de unos terrenos 196

Suárez Rojas José Guillermo.—Casación por robo imperfecto 644

Szapiro Manuel contra Hugo Treacchi y otro. Ordinario. Resolución por falta de pago de parte del precio, de un contrato de compraventa 525

— T —

Tangarife Luis María y otra contra Juvenal Villegas.—Juicio sobre rendición de cuentas 17

Torres de Rincón Isabelina (madre de Elvia Rincón Torres) contra Intendencia del Meta). — Ordinario. Indemnización de perjuicios. (Nulidad de la acción civil por no haberse suspendido estando pendiente un proceso penal) 671

No se repone el auto anterior..... 675

Tovar y Tovar Alfonso.—Faltas cometidas en el ejercicio de la abogacía..... 669

— U —

Ulloque Meneses José contra la Nación.—Ordinario. Indemnización de perjuicios. Se declara ejecutoriado el fallo de primer grado, por el no suministro de papel sellado para la actuación 698

Uribe Rangel Roque (ex-Juez Promiscuo de Agua de Dios).—Sobreseimiento definitivo a su favor 659

— V —

Valle O. Víctor G. contra María Ramos vda. de Güete.—Ordinario, sobre reconocimiento de honorarios por servicios profesionales. (Se ordena remitirlo al Tribunal Supremo del Trabajo, por pérdida de jurisdicción de la justicia ordinaria sobre esta clase de negocios) 512

Se repone el auto anterior, que ordenó, por razones de jurisdicción, enviarlo al Tribunal Supremo del Trabajo..... 516

Vargas Castelblanco Tobías. — No se admite el recurso de casación en el proceso que por lesiones personales, se le adelanta a aquél 164

Vargas Quintero Romualdo. No se admite la demanda de revisión del proceso que se le adelantó por robo 149

Velasco Guerrero Carlos contra la Nación.—Ordinario. Indemnización de perjuicios por el incumplimiento de un contrato..... 685

Págs.

Villalobos Serpa Jorge (Juez Distrital de Aduanas de Barranquilla) contra Rafael Díaz Herrera.—Queja. Faltas graves en el ejercicio profesional 395

— Y —

Yandún Manuel Estacio. — Casación por lesiones personales 122

ERRATAS ADVERTIDAS

Pág. 166, columna 1ª renglón 27. Dice: "también de ser una misma"; léase: **también debe ser una misma.**

Pág. 284, columna 2ª, renglón 15. Dice: "(1914)"; léase: **(1954).**

Pág. 327, columna 2ª, renglón 35. Dice: "los artículos 8º de la Ley 850 de 1933",; léase: **los artículos 8º de la Ley 50 de 1933.**

Pág. 342, columna 2ª, renglón 24. Dice: "(artículo 39, num. 11)"; léase: **(artículo 38, num. 11).**

Pág. 343, columna 2ª, renglón 11. Dice: "erigido (sic)"; léase: **erijido** (sic).

La pág. 429 debe leerse a continuación de la 427 y después de ellas, debe leerse la 428.

Pág. 430, en el título dice: "CADUCIDAD Y DE PRESCRIPCION DE LAS ACCIONES JUDICIALES"; léase: **"CADUCIDAD Y PRESCRIPCION DE LAS ACCIONES JUDICIALES".**

Pág. 473, renglón 2º. Dice: "en salud efusivamente"; léase: **en saludar efusivamente.**

Pág. 525, columna 1ª, renglón 32. Dice: "peor en todo caso"; léase: **"pero en todo caso".**

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.