GACETA JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO XLII — Bogotá, julio 15 de 1935. — No. 1897

DIRECTOR: JULIAN MOTTA SALAS, RELATOR DE LA CORTE

«Saber las leyes non es tan solamente en aprender las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento

(Siete Partidas – Ley XIII)

«C'est le droit vivant que l'on veut connaître, non un droit mort, ou conventionnel, imaginatif, variant au gré de chacun.»

(Louis Josserand – Cours de Droit Civil Positif Français).

PRELECCION

Esta publicación, que por razón de un enorme recargo de trabajo en la Imprenta Nacional ha venido con un atraso de dos años en la publicidad de los fallos de la Corte, toma ahora nuevos rumbos, ya con la presentación de un editorial sobre un tema de Derecho, tratado por un Magistrado de la Corte o por un abogado de nombre en el foro, ya con el objeto de hacer de la **Gaceta Judicial** una amplia casa espiritual en que se acojan las mejores producciones jurídicas, así nacionales como extranjeras, o con el comentario o crítica a las sentencias de los Magistrados que han de hacer señalados legisperitos, invitados especialmente a ese fin. Quiere así el Relator hacer de la **Gaceta**, no un librejo frío e inexpresivo, sino un comentario vivo de nuestra jurisprudencia nacional, que haga la crítica, el análisis de los fallos en ella publicados, para formar de ese modo una verdadera conciencia jurídica, un palenque abierto a las más altas y nobles disciplinas del Derecho patrio.

Si esos pensamientos, sugeridos por la mente equilibrada del experto Magistrado doctor Eduardo Zuleta Angel, llegaren a realizarse, bien pagadas quedarán nuestras intenciones, y más aún si logramos presentar con el tiempo las doctrinas de la Corte, en forma tal que haga innecesario acudir siempre a la **Gaceta**, lo que se hará poniendo la síntesis del hecho o pleito o caso de la decisión, para que se conozca claramente, y las palabras textuales de la sentencia que contengan la doctrina correspondiente. A nadie se oculta la necesidad de tener a la mano una obra de consulta semejante de las decisiones que emanan del Supremo Colegio o de la Corte reguladora, la cual, así como la Academia de la Lengua fija, limpia y da esplendor al lenguaje, fija ella también, y limpia, y da esplendor a la doctrina jurídica.

Tarea ardua y agobiadora estamos emprendiendo con el extracto que hemos empezado a llevar, en la forma indicada, de los fallos que componen un acervo ingente desde 1930. Sea coronación de nuestra labor el propósito que abrigamos de poner en su punto el derecho jurisprudencial, aquel que se aplica a cada paso en el vivir cotidiano, el que se forma a nuestro lado, el que copia el estado de nuestra sociedad y costumbres, y refleja el carácter de nuestra democracia. Ese derecho es el que, en sentir del eminente Profesor Josserand, "se realiza; es un derecho vivo el que se quiere hacer conocer, no un derecho muerto, o convencional o imaginativo, que varía al antojo de cada hijo de vecino" (1).

Ese habrá de ser el lema de esta obra. Demasiado lo traducen las sentencias que se publican, así las de los nuevos como las de los antiguos o salientes Magistrados de la Corte. Huelga decir que la **Gaceta Judicial** será de hoy en adelante una antena que recoja las ondas del pensamiento jurídico del mundo civilizado, para lo cual habrá de cambiarse con órganos similarese de todas las naciones cultas. Sale ahora a estilo del **Recueil Hebdomadaire de Jurisprudence**, de París, o de la Revista de **Diritto e Giurisprudenza** de la Corte de Casación de Nápoles, es decir, con una noticia de los puntos cardinales de cada fallo, y con una ligera relación del punto principal en él contemplado, lo que en modo alguno constituye el extracto de una doctrina.

Al encargarnos del puesto con que nos honró la Corte, para suceder al anterior Relator, doctor Fernando Garavito A., cuya modestia es solamente comparable a su ciencia jurídica, presentamos a todos los Magistrados y Jueces de la República y a los abogados nuestro más atento saludo, con los votos que hacemos por el triunfo de la justicia y del derecho, y por el mejorestar de nuestra Patria, a quien Dios otorgue prósperos y felices destinos.

---

(1) Louis Josserand. **Cours de Droit Civil Positif Francais.**

COLABORACION JURIDICA

SOCIEDADES (1)

Miguel Moreno Jaramillo

Tomo IV

392 (*). Los estatutos de una compañía anónima autorizan a la asamblea general para crear acciones de industria, privilegiadas, de goce o de fundador, y para convertir acciones ordinarias en acciones preferidas.

La compañía necesita dinero. Para obtenerlo, resuelve lanzar al mercado un buen porqué de acciones reservadas. Como no le es posible colocarlas por debajo de su valor nominal, porque esto implica reducción de capital, y como ningún presunto suscriptor está dispuesto a liberarlas a la par, se decide ella a fomentar la suscripción, bonificándola con acciones beneficiarias creadas al efecto.

Nosotros propusimos ese plan, y lo desarrollamos en la forma que nos pareció juridica.

En el decreto correspondiente dijimos que la junta directiva procedería a lanzar al mercado las 20.000 acciones nominales, ordinarias y de capital, que fueron reservadas por la escritura constitucional.

La junta ofrecería a la suscripción pública esas acciones reservadas, a un precio en ningún caso inferior a $ 10 cada una, que era el nominal.

Con el fin de fomentar la sucripción de las susodichas acciones ordinarias y de capital, se bonificaría a quienes las suscribieran, otorgándoles acciones beneficiarias en la proporción y sobre las bases que indicamos en seguida:

Al efecto, redactamos un decreto sobre creación de 50.000 acciones beneficiarias con estas cualidades:

a) Serán transmisibles como las ordinarias, y tendrán, como éstas, derecho a voz y voto en las deliberaciones de la asamblea general de accionistas.

b) Mientras no hayan sido capitalizadas como se se dirá luégo, no atribuirán derecho alguno sobre el capital social, pero, capitalizadas o nó, darán derechos a beneficios durante la vida social, y a beneficios al liquidarse la compañía, sobre un pie de absoluta igualdad con las acciones ordinarias de capital.

c) No tendrán valor nominal mientras no sean capitalizadas.

ch) Para el movimiento, limitación y gravamen de las acciones beneficiarias, se llevarán en la compañía libros análogos a los que se llevan para el movimiento, limitación y gravamen de las acciones ordinarias.

d) Los títulos de las acciones beneficiarias tendrán dimensiones, forma, color, numeración y leyenda distintos de los títulos correspondientes a las acciones ordinarias.

e) El cinco por ciento (5 por 100) de las utilidades líquidas que se obtengan en cada balance anual se llevará a un fondo destinado a capitalizar las acciones beneficiarias, es decir, a trocarlas en acciones ordinarias de capital.

f) Este fondo tendrá como única destinación el capitalizar las acciones beneficiarias, a base de que cada una de ellas quede con un valor nominal de diez pesos ($ 10) en oro colombiano acuñado, de la ley y peso dichos en este Decreto.

g) El hecho de destinar un porcentaje para capitalizar las acciones beneficiarias, no amengua el derecho que cada una de éstas tiene a participar de los beneficios sociales, sobre un pie de absoluta igualdad, con cada una de las acciones de capital.

h) Cuando el fondo de capitalización ascienda a cincuenta mil pesos ($ 50,000) de la moneda expresada, el gerente de la compañía, previa autorización de la junta directiva, hará, por instrumento público, la capitalización, pasando ese fondo de reserva a la cuenta de capital, y declarando que las 5,000 acciones beneficiarias quedan convertidas en 5,000 acciones ordinarias de capital, totalmente liberadas.

i) Mientras el fondo de amortización no esté completo, las cacciones beneficiarias se reputarán, tanto durante la vida social como en el período de la liquidación, y al practicarse ésta y la participación y adjudicación de los bienes comunes, como acciones ordinarias de capital parcialmente liberadas, es decir, se reputarán como acciones de capital, pagadas hasta donde alcance aquel fondo de capitalización.

j) Si la compañía se disolviere antes de que se haya empezado a formar el fondo de capitalización, las acciones beneficiarias no tendrán parte alguna, fuera de su derecho a participar de los beneficios, como lo estatuye la letra **b)**, en nada distinto del cinco por ciento (5 por 100) de las utilidades líquidas que resulten, si algunas resultaren al practicar la liquidación social, ni tendrán, por tanto, derecho a que se las capitalice.

k) El porcentaje destinado a fondo de capitalización acrece al capital, se confunde con éste, pierde su individualidad, desde el momento mismo en que la asamblea general de accionistas aprueba el balance correspondiente. Tal fondo no permanecerá inactivo, inconfundible, sino que será, como toda re-

---

(1) El importante estudio sobre "Sociedades," que hoy empezamos a publicar, ha sido suministrado galantemente, a instancia nuestra, por su eminente autor, el doctor Miguel Moreno Jaramillo.

(*) La primera parte de este tomo IV, números 351 a 391, está publicada en **Derecho**, órgano del Colegio de Abogados de Medellín, entregas 28, 29, 30 y 31.

serva, una cuota intelectual en el patrimonio de la compañía; y

l) A cada suscriptor de acciones de las 20,000 reservadas que van a lanzarse al mercado, se le dará como bonificación el veinticinco por ciento (25 por 100) en acciones beneficiarias. Con el fin de no dividir estas acciones, las fracciones que resulten al hacer la bonificación, se reducirán al número entero inmediatamente inferior.»

Como consecuencia de todo lo expuesto, las 20,000 acciones ordinarias de capital quedarían trocadas en 20,000 acciones preferidas de capital, y la preferencia consistiría exclusivamente en que a cada suscriptor de éstas se le bonificaría con un 25 por 100 en acciones beneficiarias. Hecha esa bonificación, cesaría la preferencia, y todas 20,000 acciones recobrarían su calidad de acciones ordinarias de capital.

Todo lo expuesto implicó, naturalmente, una reforma social. (Tomo II, número 221. Tomo III, número 314. Tomo IV, número 385).

393. Tratemos una vez más sobre la representación de compañías domiciliadas fuera del país, como lo hicimos bajo los números 267, 282, 295, 297 y 315 del tomo III, y bajo el número 374 de este tomo IV.

El señor Miguel Antonio Vence ("Sociedades extranjeras." Revista Jurídica. Bogotá, número 231. Agosto 31 de 1933), estudia la cuestión propuesta por el doctor Manuel del C. Pareja (tomo III, número 297), según el cual los requisitos que exigían los Decretos legislativos números 2 y 37 de 1906, han quedado reemplazados por el artículo 272 del nuevo Código Judicial (Ley 105 de 1931).

También el doctor José Manuel Mora Vásquez (tomo III, número 315), opina que ese artículo 272 sustituye totalmente los anteriores principios sobre prueba de la constitución y existencia de las sociedades extranjeras, que por cualquiera causa tengan negocios permanentes u ocasionales en Colombia.

El señor Vence critica la tesis del doctor Pareja, y conceptúa que los requisitos enumerados por nosotros son los que, en líneas generales, deben tener en cuenta las compañías o sociedades extranjeras. (Tomo III, número 267).

Sostiene el señor Vence que a pesar del artículo 272 del Código Judicial, subsisten no solamente los Decretos legislativos números 2 y 37 de 1906, sino también algunas disposiciones complementarias de éstos, que se hallan en las Leyes 105 de 1890 y 40 de 1907.

Copiamos algunos párrafos del señor Vence:

"En primer lugar, los mencionados Decretos indican formalidades especiales a que deben sujetarse las sociedades extranjeras que quieran establecerse en Colombia; ellos se ocupan de la materia de manera prolija, es decir, versan sobre el asunto en forma especial; y el artículo 204 del Código Judicial dice:

'Las tramitaciones especiales que se hallen en otras leyes, **deben aplicarse de preferencia**, y los vacíos que en ellas se noten se llenan con disposiciones del presente Código.'

"Por otra parte, la reglamentación de las sociedades extranjeras que vengan a actuar a nuestro país, y las condiciones legales a que deben sujetarse, es cuestión privativa del derecho mercantil, porque las actividades de esas empresas hacen relación inmediata y directa al comercio; y el artículo 1º del Código de Comercio dice:

'Las disposiciones de este Código rigen de preferencia en los asuntos mercantiles, y se aplican **exclusivamente**, siempre que resuelvan con claridad cuestiones de comercio que se promuevan.'

"Huelga anotar que los Decretos de 1906 resuelven clarísimamente la cuestión relativa al domicilio de compañías o sociedades extranjeras que funcionen entre nosotros.

"La tesis que sostengo la respalda también el artículo 5º de la Ley 57 de 1887, que trata de la prelación en que deben regir los códigos nacionales, y cuyo orden es el siguiente: Civil, Mercantil, Penal, Judicial, etc. Nótese que el Mercantil o de Comercio figura en segundo término, y el Judicial en cuarto.

"El artículo 272 del Código Judicial, dice menos, mucho menos, de lo que dicen los Decretos, y su laconismo ha sacrificado requisitos importantes que sí contemplan los Decretos. De allí que si aceptáramos su primacía exclusiva, hacia la cual se orienta el doctor Pareja, su aplicación resultaría peligrosa e inconexa.....

"Faltan, pues, a la vista, los vacíos del artículo 272, con sólo establecer las comparaciones entre unas y otras disposiciones. Por eso, razón y sobrada, a mi juicio, ha tenido el Ministerio de Industrias, cuyas decisiones administrativas he consultado en este punto, al sujetarse a lo dispuesto en los Decretos números 2 y 37 de 1906, cuandequiera que se trate de darle el pase a una sociedad extranjera para que pueda establecerse en Colombia....."

394. La **participación** es un contrato por el cual dos o más comerciantes toman interés en una o muchas operaciones mercantiles, instantáneas o sucesivas, que debe ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, a cargo de rendir cuenta, y dividir con sus asociados las ganancias o pérdidas, en la proporción convenida.

Así define la asociación, o cuentas en participación, el artículo 629 del Código de Comercio.

En este contrato hay dos tipos de interesados: los **gestores** y los **partícipes inactivos.**

Hablamos de unos y otros en plural, no obstante referirse el Código a las operaciones "que debe ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal," porque el contrato no deja de producir sus efectos, ni degenera en otro diferente, a causa de que, en vez de uno, haya varios administradores.

Pedro, Juan y Diego celebraron una asociación o cuentas en participación, en que los dos primeros asumieron la calidad de gestores, y asumió el último la de partícipe inactivo.

Fijóse en $ 3,000 el capital destinado para el desarrollo de las operaciones proyectadas, suma que los tres constituyentes suministraron por partes iguales, y se dijo que la totalidad de los aportes no excedería de aquella cifra.

Los beneficios y las pérdidas fueron asignados a los tres partícipes en igual medida.

Sin que fuera óbice la muy clara estipulación en contrario, los asociados, por consenso unánime, aumentaron el capital a $ 9,000. Así fue como cada una de las tres cabezas representó en el negocio un interés de $ 3,000.

Aparte de esta tripticación del capital, el partícipe inactivo, Diego, suministró al negocio $ 1,000 en materias primas, y una cuarta persona, denominada Antonio, suministró al mismo negocio, también en materias primas, $ 5,000.

La asociación quedó así con acreedores de dentro y de fuera. Los acreedores internos son Pedro, Juan y Diego, que hicieron puesta de capital; los externos son el mismo Diego y además Antonio, que hicieron unos préstamos al negocio.

Hablamos de "negocio" con el fin de ser más claros en la exposición, pero no hemos olvidado que los dos gestores son reputados únicos dueños, por activa y por pasiva, en las relaciones externas que produce la participación.

Como las operaciones no tuvieron buen éxito, es necesario liquidar.

Los haberes valen hoy una suma que ni siquiera alcanza a cubrir el pasivo externo en favor de Diego y de Antonio.

¿Cómo proceder?

No hay duda de que los créditos en favor de Diego y Antonio, prestamistas, tienen prelación sobre los créditos en favor de Pedro, Juan y Diego, capitalistas. Por tanto, los tres constituyentes, acreedores internos, pierden íntegramente sus aportaciones, y el precio en que sean vendidos los haberes ha de emplearse en reducir las dos deudas ordinarias. Pero como el monto de éstas supera al precio que se obtendrá en la venta de los bienes, deséase averiguar si los acreedores externos deben contentarse con recibir solamente dicho precio, rata por cantidad, o si les asiste el derecho de cobrar el saldo no cubierto, y, caso afirmativo, cuál o cuáles constituyentes han de hacer el desembolso de ese saldo.

Los dos acreedores externos, Diego y Antonio, suministraron a plazo las materias primas destinadas al desarrollo del negocio; pero como el negocio no es una entidad autónoma, ni un patrimonio colectivo, ni mucho menos una tercera persona jurídica distinta de los tres partícipes individualmente considerados, y como la asociación o cuentas en participación no forma un fondo anónimo, es claro que aquellos acreedores hicieron jurídicamente sus préstamos a los dos gestores unidos, a Pedro y a Juan, a quienes la ley reputa únicos dueños del negocio en las relaciones externas que produce la participación.

Así tenemos ante la ley un grupo de deudores, formado por Pedro y Juan, y un grupo de acreedores, formado por Diego y Antonio.

El grupo de los primeros no puede alegar al grupo de los segundos, para eximirse de satisfacer a éstos el saldo no pagado, que su responsabilidad es limitada. La alegación carecería de todo fundamento jurídico. Los dos administradores están personalmente obligados a pagar la totalidad de las deudas. Ni su responsabilidad está limitada, ni el fondo es anónimo. Ellos son asociados o partícipes, pero no tienen el carácter de accionistas anónimos ni el de socios comanditarios.

En consecuencia, los acreedores Diego y Antonio tienen derecho para demandar a los gestores Pedro y Juan por el saldo insoluto.

Esta responsabilidad indefinida de los dos gestores no podía ser derogada por convenio entre ellos, porque mira al interés de terceros.

En cuanto a Diego en su papel de partícipe inactivo, creemos que es responsable ante sus consocios Pedro y Juan, por una suma igual a la tercera parte de la que éstos desembolsen con destino al pago del saldo susodicho. Si los tres constituyentes se asignaron las pérdidas por iguales partes, no hay razón para que el partícipe inactivo resulte de mejor condición que sus copartícipes activos.

La responsabilidad del partícipe inactivo pudo derogarse válidamente en la convención, porque él no era reputado dueño del negocio ante terceros, pero no mediando derogación expresa creemos que el silencio ha de interpretarse en el sentido de que su responsabilidad pecuniaria es exactamente igual a la de cualquiera de los dos gestores.

En síntesis:

Los tres constituyentes pierden íntegramente sus capitales.

El precio que se obtenga en la venta de los haberes ha de emplearse en reducir el pasivo externo.

El saldo de ese pasivo, que no alcance a ser cubierto con el precio, será satisfecho por los dos partícipes gestores; y

El partícipe inactivo debe reembolsar a los dos partícipes gestores la tercera parte de la suma que éstos tengan que pagar para satisfacer el saldo que no pudo ser cancelado con el precio de los haberes. (Tomo I, números 90 y 109. Tomo II, números 148, 149 y 167. Tomo III, número 350.).

DECISIONES PROFERIDAS EN EL PERIODO ACTUAL DE LA CORTE

CORTE PLENA

IMPEDIMENTOS DE LOS AGENTES DEL MINISTERIO PUBLICO—ARTICULOS 183 DEL ANTIGUO CODIGO JUDICIAL Y 166 DEL ACTUAL

Declara la Corte legal el impedimento manifestado por el Procurador General de la Nación para opinar sobre la exequibilidad o inexequibilidad del Decreto acusado número 685 de 1934, del Poder Ejecutivo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA—CORTE PLENA. BOGOTA, JUNIO DOCE DE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO.

(Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo).

En la demanda promovida por el doctor Carlos Bravo sobre inconstitucionalidad del Decreto número 685 de 1934, dictado por el Poder Ejecutivo, el doctor Miguel Arteaga H., Procurador General de la Nación, se declaró impedido para intervenir en este negocio, por haber emitido concepto sobre el proyecto de decreto, a petición del señor Ministro de Gobierno, en su carácter de Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, así como también por la circunstancia de estar desempeñando el cargo de Superintendente de las Instituciones de Utilidad Común el doctor Jesús M. Arteaga, sobrino del señor Procurador, y, por tanto, ligado con él en el tercer grado de consanguinidad legítima.

La Corte, en auto de fecha once de marzo pasado, declaró que no es legal el impedimento manifestado por el señor Procurador General de la Nación, fundándose, en cuanto al primer motivo, en que se trata simplemente de un interés académico, que en manera alguna dice relación con su patrimonio moral o material, y con respecto a la segunda causal, en las siguientes razones:

"Con respecto al interés fundado en el parentesco con el doctor Jesús M. Arteaga, sobrino del señor Procurador, quien ejerce el cargo de Superintendente de las Instituciones de Utilidad Común, el hecho de desempeñar [illegible] constituye interés jurídico directo, porque la demanda instaurada se refiere a la subsistencia del Decreto número 685 de 1934, en relación con los cánones constitucionales no al beneficio que [illegible] el sueldo puede recibir su pariente. Además, el ejercicio de las funciones de Superintendente es perfectamente eventual, y no constituye elemento integral propiamente del patrimonio del empleado."

El doctor Arteaga, en memorial de fecha cinco de abril pasado, interpuso recurso de reposición, y [illegible] revocatoria del auto de once de marzo, [illegible] siste en considerarse impedido para intervenir en el negocio, por tener interés en el asunto debatido.

Para resolver, se considera:

El artículo 166 del Código Judicial dice que los Agentes del Ministerio Público están impedidos para intervenir en los negocios cuando ellos, o sus consortes, o sus ascendientes, o parientes colaterales, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tengan interés.

El artículo 183 del antiguo Código Judicial, que establecía las causales de impedimento para los Agentes del Ministerio Público, exigía que concurriera un "interés directo." Por lo demás, la disposición está redactada en los mismos términos que el texto vigente.

Como se ve, el Código nuevo amplió los motivos de impedimento de los referidos Agentes, pues sólo exige que concurra interés por parte de ellos o de sus parientes y no interés directo, como lo establecía el Código antiguo.

Dentro del artículo 166 del Código actual, caben los motivos de impedimento alegados por el doctor Arteaga, porque existe interés de parte de él en que se mantenga el Decreto acusado en todo su vigor, desde luégo que se pronunció en forma concreta sobre su constitucionalidad, en su carácter de Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Además, existe también interés del doctor Jesús M. Arteaga, pariente del señor Procurador dentro del tercer grado de consanguinidad, para que se conserve la vigencia del Decreto, por cuanto desempeña el cargo remunerado de Superintendente de la Institución organizada por el texto demandado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, revoca el auto de fecha once de marzo de este año, dictado en estas diligencias, y en su lugar declara que es legal el impedimento del doctor Miguel Arteaga H., Procurador General de la Nación, para dar su concepto en la demanda propuesta sobre inconstitucionalidad del Decreto número 685 de 1934.

Llámese al suplente respectivo, de conformidad con el artículo 168 del Código Judicial.

Cópiese y notifíquese.

RICARDO HINESTROSA DAZA—Pedro A. Gómez Naranjo—Eduardo Zuleta Angel—Liborio Escallón, Eleuterio Serna R.—Miguel Moreno Jaramillo—Aníbal Cardoso Gaitán—Pedro Alejo Rodríguez—Francisco de P. Santander—José Antonio Montalvo—Antonio Rocha—Juan Francisco Mújica—Pedro León Rincón, Secretario.

SE NOMBRA UN PROCURADOR AD HOC, POR ESTAR IMPEDIDO EL SUPLENTE EN EJERCICIO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA—CORTE PLENA. BOGOTA, JULIO VEINTIOCHO DE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO.

(Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo).

El doctor Miguel Arteaga H. manifiesta en el memorial anterior que ejerce el cargo de Procurador, en su carácter de suplente, y pide a la Corte que nombre el individuo que debe reemplazarlo, por haber sido declarado impedido para actuar en estas diligencias.

Para resolver, se considera:

El artículo 168 del Código Judicial establece:

"Cuando un Agente del Ministerio Público esté impedido para intervenir en un asunto, lo reemplaza el suplente respectivo. Agotado el número de suplentes, el Juez o Tribunal nombra el individuo que debe reemplazarlo, pero el Gobierno puede variar esa designación, y en ese caso, continúa funcionando el nombrado por el Gobierno."

En auto de fecha doce del corriente, se ordenó llamar al suplente respectivo del señor Procurador para que lo reemplace, por causa de impedimento. Pero como el doctor Arteaga tiene la calidad de suplente, es el caso de nombrar el individuo que debe reemplazarlo, de conformidad con la disposición citada.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia nombra al doctor Antonio José Montoya, Procurador ad hoc, para que reemplace en estas diligencias al doctor Miguel Arteaga H. Désele posesión, y córrasele traslado del expediente para que emita concepto dentro del término de veinte días.

Dése cuenta al señor Ministro de Gobierno.

Cópiese y notifíquese.

RICARDO HINESTROSA DAZA—Pedro A. Gómez Naranjo—Pedro Alejo Rodríguez—Antonio Rocha—Juan Francisco Mújica—Miguel Moreno Jaramillo—Eleuterio Serna—José Antonio Montalvo—Aníbal Cardoso Gaitán—Manuel Antonio Bravo—Ricardo Zuleta Angel—Liborio Escallón—Pedro León Rincón, Secretario.

INEXEQUIBILIDAD—CARENCIA DE MATERIA.

No es el caso de declarar inexequible el inciso 2º del artículo 3.º de la Ley 46 de 1933, sobre venta de oro físico por el Banco de la República, por cuanto esa disposición quedó subrogada por una ley posterior.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA—CORTE PLENA. BOGOTA, JULIO VEINTIOCHO DE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO.

(Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo).

El doctor Manuel Casabianca, apoderado del señor Gerente del Banco de la República, haciendo uso de la facultad conferida por el artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910, en demanda de fecha veintinueve de enero de mil novecientos treinta y cuatro, pidió que se declare inexequible el inciso 2º del artículo 3º de la Ley 46 de 1933, que dice así:

"Las ventas de oro físico que el Banco realice no podrán llevarse a cabo sin el asentimiento de la mayoría de los representantes del Gobierno en la Junta Directiva."

Para resolver, se considera:

La Ley 7ª de 1935 aprobó los contratos celebrados por el Gobierno con el Banco de la República, con fecha treinta y uno de octubre de mil novecientos treinta y cuatro. El punto quinto del primero de tales contratos contiene la siguiente estipulación en su inciso 1º:

"El Gobierno y el Banco, teniendo en cuenta que la intervención del último en la compra y venta de oro físico y giros sobre el Exterior, se ejercita únicamente en beneficio de la economía nacional, convienen en que la Junta Directiva del Banco puede ordenar libremente la compra, exportación y venta de oro físico y giros sobre el Exterior."

[illegible] de la Ley citada establece lo siguiente:

"Quedan suspendidas las disposiciones legales que sean contrarias a los contratos anteriormente aprobados."

La Ley, en cuanto aprobó la cláusula contractual que se ha transcrito, y al propio tiempo suspendió las disposiciones legales contrarias a los contratos, dejó sin efecto alguno la disposición del inciso 2º del artículo 3º de la Ley 46 de 1933, demandado como inconstitucional por el apoderado del Banco de la República; pues se suprimió la restricción establecida para la Junta Directiva de la institución, en lo relativo a la venta del oro físico.

De todo lo anterior se deduce que en las presentes diligencias no hay actualmente materia sobre la cual recaiga la inexequibilidad pedida por el demandante. Una declaratoria de esa clase no puede recaer sobre un acto que ya no existe, ni tiene en el momento eficacia alguna. Esta ha sido la doctrina constante de la Corte.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, reunida en pleno, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no hay lugar a resolver la demanda presentada por el doctor Manuel Casabianca, apoderado del Banco de la República, sobre inexequibilidad del inciso 2º del artículo 3º de la Ley [illegible] de 1933.

Cópiese, notifíquese, dése cuenta al señor Ministro de Gobierno, y archívese el expediente.

RICARDO HINESTROSA DAZA—Pedro A. Gómez Naranjo—Pedro Alejo Rodríguez—Antonio Rocha—Juan Francisco Mújica—Miguel Moreno Jaramillo—Eleuterio Serna—José Antonio Montalvo—Aníbal Cardoso Gaitán—Manuel Antonio Bravo—Ricardo Zuleta Angel—Liborio Escallón—Pedro León Rincón, Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

DEMANDA DE LA CONYUGE SUPERSTITE PARA EL PAGO DE UNA SUMA DE PESOS A FAVOR DE UNA SUCESION—RELACION DE LAS DECISIONES EN LAS INSTANACIAS DEL JUICIO—PRIMERA CAUSAL: ESTIMA LA CORTE QUE EL TRIBUNAL NO APLICO INDEBIDAMENTE LOS ARTICULOS DEL CODIGO CIVIL QUE SE DICEN VIOLADOS, YA PORQUE LA VIUDA DEMANDANTE NO DEMANDO EN NOMBRE DE SUS HIJOS MENORES Y EN SU REPRESENTACION O EN EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD, SINO COMO CONYUGE SUPERSTITE, Y EN LA ERRONEA CREENCIA DE QUE, COMO TAL, REPRESENTABA A LA HERENCIA; YA PORQUE TAMPOCO RECLAMO PARA LA SOCIEDAD CONYUGAL QUE TUVO CON SU DIFUNTO ESPOSO (ARTICULOS 1046, 1047, 1048, 1012, 1155 DEL CODIGO CIVIL)—RESUME LA CORTE EN UNA SOLA LAS CAUSALES SEGUNDA, TERCERA Y CUARTA, PARA DECLARAR QUE EL HECHO DE HABER COADYUVADO LA DEMANDA UNO DE LOS HIJOS DE LA ACTORA EN EL CURSO DEL JUICIO, NO LA PURGA DEL VICIO DE QUE ADOLECE ORIGINALMENTE, CONSISTENTE EN QUE LA VIUDA NO REPRESENTA A LA SUCESION.

Se declara que no es casable la sentencia recurrida del Tribunal de Bogotá.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA—SALA DE CASACION CIVIL—BOGOTA, MAYO TRECE DE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO.

(Magistrado ponente, doctor Antonio Rocha).

Mercedes Fernández viuda de Ospina demandó a Camilo Antonio Shrader, ambos vecinos de Bogotá, ante el Juzgado de Circuito del mismo lugar para que se le condenara por la vía ordinaria a pagarle a la *mortuoria* (término textual del libelo), de Antonio Ospina O., representada por la viuda demandante, la suma de mil doscientos pesos oro americano más los intereses del uno por ciento mensual desde el primero de enero de mil novecientos diez y seis y además las costas del juicio.

Como hechos fundamentales de la acción alegó que Ospina recibió a mutuo de Shrader aquella suma el siete de octubre de mil novecientos trece y que los intereses no fueron pagados desde enero de mil novecientos diez y seis; que Ospina falleció dejando varios hijos y a su esposa legítima, la demandante; que Shrader había negado en posiciones la deuda y por tanto la obligación de pagarla; y que la demandante tenía el carácter de cónyuge sobreviviente y por tanto interés en la mortuoria.

Shrader al contestar la demanda se opuso a las pretensiones de la actora por no deberle nada a la sucesión de Ospina. Negó haber recibido esa suma a mutuo diciendo que ella era la renovación de un saldo de una deuda de dos mil pesos, pero que tanto el capital como sus intereses se los había cubierto religiosamente a Ospina, según comprobantes que anunció tener en los libros de cuentas de sus negocios.

El Juez del Circuito estimó que la demandante sólo había acreditado su condición de cónyuge sobreviviente de Antonio Ospina O. y absolvió a Srader de los cargos de la demanda, por considerar que el cónyuge sobreviviente no tiene la representación activa de la herencia, a no ser que obre en nombre de hijos menores, lo cual no se había hecho en la demanda, o por transmisión de alguno o algunos de ellos, circunstancia que tampoco encontró comprobada.

Cuando el Tribunal Superior de Bogotá falló el asunto en segunda instancia con fecha nueve de junio de mil novecientos treinta y cuatro, encontró comprobado el matrimonio de la demandante Mercedes Fernández con Antonio Ospina O., su reconocimiento de cónyuge sobreviviente, el nacimiento de José Guillermo Ospina Fernández, hijo legítimo de ese matrimonio, a quien la demandante hizo reconocer del Tribunal como coadyuvante en el pleito. El Tribunal consideró que la calidad de cónyuge superstite que la demandante asumió en la demanda y de donde creía derivar el derecho de representar a la mortuoria, no le confería la personería sustantiva de ésta, como lo había dicho el Juez en la primera instancia; y que la intervención posterior de coadyuvante que tomó José Guillermo, hijo menor adulto del mencionado matrimonio, representado por la viuda actora, no lo convertía en demandante, y que su intervención quedaba sujeta a los resultados del juicio ventilado y decidido entre las personas con las cuales se trabó la controversia. Por estas razones así sintetizadas, el Tribunal confirmó la sentencia materia de la apelación. Buscando su infirmación ante la Corte Suprema de Justicia, por medio de apoderado la demandante ha alegado las causales de casación que en seguida se describen y se estudian.

Primera causal.

Que el Tribunal aplicó indebidamente la ley al sostener que el cónyuge sobreviviente no puede demandar por la mortuoria el pago de un crédito a favor del causante. El recurrente asimila la herencia iliquida a las comunidades de hecho para efecto de exigir participaciones, como la mitad de gananciales, en bienes que han quedado por reclamar, y dice que mientras exista el interés común de la familia "habría incalificable exageración en excluir al cónyuge sobreviviente de los derechos que en cuanto a personería se da a los herederos para defender los comunes intereses." Y agrega que el artículo 1155 del Código Civil, al dar la representación de la herencia a los herederos, nada dijo de

otros derechos vinculados a la mortuoria, como la porción conyugal y los gananciales, que imponen al cónyuge su intervención como interesado en bien de la misma mortuoria, y que así, en virtud de dicho precepto, no se puede privar al cónyuge de demandar para la mortuoria y en nombre de ella.

La Corte empieza por precisar los hechos a fin de fijar exactamente la posición jurídica de la demandante, las apreciaciones del Tribunal y la manera como el recurrente las ha estimado.

Son pertinentes a esta causal los hechos segundo y quinto de la demanda en cuanto dicen, el segundo: "Ospina falleció dejando varios hijos y a su esposa (la demandante)," y quinto: "Esta tiene el carácter de cónyuge sobreviviente y por lo mismo interés en la mortuoria de éste." Y como parte petitoria pide que se condene al demandado: "a pagarle a la mortuoria de Ospina O., representada por la viuda."

La demandante pues consideró que su solo carácter de viuda le daba interés jurídico en la que llama mortuoria y la facultad de representarla en juicio, y si bien dejó constancia en el hecho segundo de que también quedaron hijos, no asumió su representación en uso de la patria potestad, ni los hizo parte en el juicio al trabarse la litis. El Tribunal consideró que la sola calidad de cónyuge sobreviviente no le confería la representación activa de la herencia en juicio, y menos habiendo descendientes legítimos. "La cónyuge habla en calidad de tal, dice textualmente el Tribunal, y no como representante legal de sus hijos, que si éste fuera el caso no habría dificultad. La cónyuge sobreviviente es heredera cuando concurre con ascendientes legítimos, los hermanos del cónyuge muerto o con los hijos naturales del mismo."

Como se ve por la anterior confrontación de los hechos y del derecho pertinente, el Tribunal no aplicó *indebidamente* los artículos 1046, 1047, 1048 del Código Civil, los cuales son los que determinan los casos en que la cónyuge sobreviviente es asignataria a título universal, al igual de las personas que con ella concurren entonces a suceder al causante, que el artículo 1011 denomina herederos y que lo representan para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles conforme al artículo 1155 del mismo Código, que es la única disposición que el recurrente cita como indebidamente aplicada. El Tribunal hubiera aplicado indebidamente esas disposiciones si la viuda demandante hubiera asumido en la demanda la representación de sus hijos menores y en uso de la patria potestad los hubiera hecho parte en el juicio como herederos. Pero, como se ha visto, ella consideró que su sola calidad de cónyuge sobreviviente le daba la representación de la herencia y por lo mismo, según sus palabras "interés en la mortuoria."

El recurrente se extraña de que constituyendo la herencia ilíquida una comunidad de hecho donde la viuda tiene interés para reclamar, por ejemplo, gananciales o porción conyugal, y por tanto lo que él llama "interés común de la familia," no se le concedan al cónyuge sobreviviente los derechos que en cuanto a la personería para defender los comunes intereses se da a los herederos. Al expresarse así el recurrente alude a la circunstancia de que en este juicio ordinario cobra una deuda que, al ser reconocida a la sucesión, aprovecharía no sólo a la sociedad conyugal sino también a los herederos y de que habiendo ella llevado el pleito vengan todos a perderlo por su falta de personería. La Corte considera que el interés común a que se refiere el recurrente, tanto en la separación de patrimonios cuando el del causante está confundido con bienes pertenecientes a personas por razón de bienes propios, gananciales de cónyuge, contratos de sociedad, sucesiones anteriores indivisas (artículo 1398 del Código Civil), como en acrecentar los de la comunidad de hecho con la inclusión de bienes por reclamar, se satisface suficientemente mediante el ejercicio de acciones que la ley y la jurisprudencia han fijado de manera clara y que así, en el caso presente, el interés de la viuda estaría en reclamar para la sociedad conyugal que tuvo con su extinto marido, o para la sucesión en nombre y representación de sus hijos menores, sobre quienes ejerce, como ya se ha dicho, la patria potestad. El Tribunal no desconoció esa situación jurídica abstracta sino que halló que la demandante no se colocó dentro de ella.

Segundo, tercera y cuarta causal.

Por la íntima conexión de hecho y de derecho que tienen, hay que estudiarlas en una sola, y al efecto pueden ellas sintetizarse así:

Que hubo error de hecho del Tribunal al no tomar al hijo José Guillermo (coadyuvante desde la segunda instancia), como parte demandante con todas sus prerrogativas y responsabilidades, pues conforme a los artículos 202, 203 y 471 del Código Judicial, el muchacho adquirió en el juicio una situación jurídica que no puede resolverse sino con una sentencia que lo mándelo en ese carácter condene o absuelva al demandado; que el coadyuvante en una acción interviene como parte demandante, como principal también, y no como secundario y a quien por tanto no le interesa la personería del primer demandante, sino que la acción intentada, que es cosa diferente, satisfaga sus pretensiones en derecho y que su propia personería, con que ha de continuarse el juicio, cumpla en lo que a él respecta las formalidades legales; que por errada que fuera la personería de la cónyuge en relación con la acción, en cambio subsistía la del otro interventor posterior, cuya personería estaba libre de toda tacha y de la que no podía prescindirse para resolver la controversia; que fue corriente la decisión del Juez, pero la del Tribunal nó, porque entonces ya la intervención del muchacho hizo cambiar radicalmente el estado jurídico de la cuestión.

La Corte no tiene porqué entrar a considerar

si el Tribunal debió o nó admitir como coadyuvante a una persona a quien la futura sentencia no podía perjudicarle jurídicamente, por no estar representada por la viuda la sucesión a cuyo favor ella hacía la petición; provecho o perjuicio esencial para poder coadyuvar o defender la causa de otro, ya fijada por la *litis contestatio*, y desde entonces; pero aceptando el hecho cumplido de la intervención de un tercero como coadyuvante, es preciso entender que, en sentir de la Corte, cuando una persona coadyuva o defiende la causa que le interesa, la toma tal y como quedó *fijada* desde la *litis contestatio*; de tal manera que la intervención del coadyuvante no puede venir a darle posteriormente al actor una personería de que éste carecía, ni a crear un derecho que el otro no tuvo originalmente, ni a reformar la demanda. El artículo 471 del Código Judicial exige así que la sentencia debe dictarse en consonancia con la demanda y demás pretensiones *oportunamente* deducidas por las partes; esa oportunidad no puede ser otra que la *litis contestatio*. Es entendido que queda a salvo el derecho que pueda tener la sucesión debidamente representada, para demandar de nuevo.

En consecuencia, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no infirma la sentencia materia del recurso y condena en costas al recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese y devuélvase el expediente.

LIBORIO ESCALLON—Ricardo Hinestrosa Daza. Miguel Moreno Jaramillo—Juan Francisco Mújica. Eduardo Zuleta Angel—Antonio Rocha—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

RECURSO DE HECHO—INTERPRETACION DEL ARTICULO 519 DEL CODIGO JUDICIAL VIGENTE. AUTOS DICTADOS EN PAPEL COMUN: ARTICULOS 345 Y 351 DEL MISMO CODIGO.

Se declara admisible el recurso.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA—SALA DE CASACION CIVIL—BOGOTA, MAYO DIEZ Y OCHO DE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO.

(Magistrado ponente, doctor Juan Francisco Mújica).

Circunstancias jurídicas de este recurso de hecho:

El veintiocho de enero de mil novecientos treinta y cinco se desfijó el edicto de notificación de la sentencia con que el Tribunal Superior de Ibagué puso fin, el treinta de octubre de mil novecientos treinta y cuatro, al juicio ordinario de reivindicación que entablaron Prudencio Guarnizo y Crispulo Santos, ante el Juzgado 1º del Circuito de Purificación, contra Wenceslao Morales, Víctor Manuel Morales, Roberto Sanmiguel, María Elvira Sanmiguel y los herederos y demás sucesores desconocidos e inciertos de Hilario Morales y Florentina Rojas.

Contra esa sentencia, la parte demandante oportunamente interpuso el recurso de casación, en memorial de primero de febrero de mil novecientos treinta y cinco.

El Tribunal se negó a conceder la interposición del recurso, por las razones que aparecen en el presente fallo.

Están cumplidos los requisitos formales que exige la ley procedimental civil para considerar un recurso de hecho.

Motivos.

Considerando que el siete de febrero de mil novecientos treinta y cinco, el Tribunal Superior de Ibagué se negó a conceder el recurso porque el "demandante fijó en el libelo la cuantía en la suma de $ 900, luego el negocio no es susceptible de casación," lo cual constituye un error del Tribunal, porque el demandante estimó la acción en esa suma para los solos efectos de la competencia, y que es el valor venal de las cosas reclamadas en este juicio de reivindicación el que debe tenerse en cuenta para conceder la interposición del recurso de casación, según se infiere de lo dispuesto en el artículo 519 del Código Judicial.

Considerando que el Tribunal, en providencia del veintitrés de febrero último, se negó a reponer su actuación, porque "el auto reclamado se dictó inconsultamente, cuando el Tribunal no podía oír" al peticionario, a causa de que la Secretaría había suplido con papel común el legal que el interesado tenía la obligación de suministrar, lo cual constituye una contravención cometida por el Tribunal, como él mismo lo reconoce, a lo prevenido en el artículo 351 del Código Judicial, contravención que el Tribunal subsanó indebidamente, puesto que ello no puede hacerse de oficio ni a petición de parte, debido a que oír a la parte renuente en el suministro del papel sellado que le corresponde, constituye un hecho no susceptible de revocación ni de reforma, porque las actuaciones, en esta circunstancia, son válidas, de conformidad con lo previsto en el inciso 3º del artículo 345 ibidem; y que, por lo tanto, el Tribunal, al negarse a conceder, el siete de febrero de mil novecientos treinta y cinco, el recurso de casación, oyó a la parte demandante, no obstante la renuencia de ésta en el suministro de papel.

Considerando que los actos que se dicten en papel común no son (se repite), por esta sola circunstancia, reformables ni revocables de oficio ni a petición de parte, a causa de que las actuaciones judiciales no tienen efecto retroactivo sino cuando declaran la nulidad de un auto, resulta inoportuno el auto que el quince de febrero de mil novecientos treinta y cinco, en el curso de la reposición del primitivo, profirió el Tribunal, en el sentido de no oír a la parte demandante, mientras no consignara en estampillas de timbre nacional el doble del valor del papel sellado que ella debió haber suministrado an-

tes de que fuera dictada la providencia materia de la reposición.

Considerando que el término de quince días para interponer el recurso de casación fue bien empleado por la parte demandante, porque mucho antes de la expiración del plazo, ella propuso el recurso, cuya interposición negó el Tribunal por un motivo extraño al de la remisión en el suministro de papel sellado; y que aquel término no es procedente para los efectos de la reposición demandada oportunamente por el interesado.

Considerando que el hecho alegado por el recurrente de que se suplió innecesariamente el papel sellado con el papel común, no puede tenerse en cuenta, porque no aparece en las copias su prueba conducente; se aprovecha, sin embargo, de ello, esta oportunidad para advertir la obligación ética que tienen los funcionarios judiciales, de no aumentar el costo de los pleitos con el uso inmoderado del papel.

Resolución:

La Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, admite el presente recurso de hecho; declara sin efecto el auto del siete de febrero de mil novecientos treinta y cinco, y ordena que el Tribunal Superior de Ibagué proceda como lo dispone el artículo 524 del Código Judicial.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente. Insértese esta providencia en el órgano oficial de la corporación.

EDUARDO ZULETA ANGEL — Liborio Escallón. Ricardo Hinestrosa Daza—Miguel Moreno J.—Juan Francisco Mújica—Antonio Rocha—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

DEMANDA DE NULIDAD DE UNA DILIGENCIA DE DESLINDE, DE LA SENTENCIA APROBATORIA DE ELLA Y DE LA DILIGENCIA DE POSESION CONSIGUIENTE—RELACION DE LOS FALLOS DE INSTANCIA Y DE LOS ANTECEDENTES DEL PLEITO—CAPITULOS DE ACUSACION DE LA SENTENCIA RECURRIDA—MOTIVOS EXPUESTOS POR EL ABOGADO DE LOS ACTORES ANTE EL TRIBUNAL DE BUGA EN EL MEMORIAL EN QUE INTERPUSO RECURSO DE CASACION—ESTIMA LA CORTE QUE EL JUICIO DE DESLINDE Y AMOJONAMIENTO ENTRE BALDIOS DE LA NACION Y LOS TERRENOS A QUE ALUDE EL PLEITO NO HA CONCLUIDO AUN, PUES LA SENTENCIA DEFINITIVA NO ESTA EJECUTORIADA, POR NO HABERSE SURTIDO LA CONSULTA ANTE LA SALA DE NEGOCIOS GENERALES DE LA CORTE, DICHO JUICIO EN QUE ES PARTE LA NACION, Y, POR TANTO EL TRAMITE ORDINARIO A QUE SE HA ACUDIDO ES EXTEMPORANEO O PRECIPITADO. SOSTIENE LA CORTE QUE PARA QUE UN JUICIO O UNA SENTENCIA PUEDAN SER SUJETA MATERIA DE UN JUICIO DE NULIDAD, SE REQUIERE QUE EL JUICIO ACUSADO ESTE CONCLUIDO Y QUE LA SENTENCIA ACUSADA ESTE EJECUTORIADA. SIN EMBARGO, EN CUMPLIMIENTO DEL ARTICULO 537 DEL CODIGO JUDICIAL ENTRA A ESTUDIAR LAS CAUSALES DE CASACION PROPUESTAS, NO OBSTANTE EL ERROR INICIAL APUNTADO, Y EN VISTA DE LAS CIRCUNSTANCIAS DE QUE LA NACION NO FUE PARTE EN EL JUICIO DE NULIDAD—PRIMERA CAUSAL: QUIEN PUEDA SOLICITAR EL DESLINDE CONFORME AL CODIGO JUDICIAL ANTERIOR—LA SIMPLE POSESION MATERIAL, AUNQUE EN SU FAVOR MILITE UNA PRESUNCION LEGAL DE DOMINIO, NO BASTA PARA DARLE AL POSEEDOR EL DERECHO DE INTERVENIR EN UN JUICIO DE DESLINDE—EL HECHO DE LA POSESION Y LA PRESUNCION LEGAL QUE LO ACOMPAÑA, NINGUN PRIVILEGIO OTORGAN PARA INTERVENIR EN JUICIOS DE DESLINDE, EN QUE LA PROPIEDAD ABSTRACTA U OTRO DERECHO REAL PRINCIPAL ACTUAN PRINCIPALMENTE, Y EN QUE LA DEMARCACION SE HACE A LA VISTA DE LOS TITULOS O DOCUMENTOS CORRESPONDIENTES. ES IMPROCEDENTE LA CITA DE LOS ARTICULOS 685 DEL CODIGO CIVIL, 690 DEL CODIGO JUDICIAL ANTERIOR Y 123 DE LA LEY 105 DE 1890—NO SE ACOGEN LOS CARGOS DE LA SEGUNDA CAUSAL—COMO LA SENTENCIA ABSOLUTORIA EN UN JUICIO REIVINDICATORIO NO CONSTITUYE TITULO DE PROPIEDAD PARA LOS DEMANDADOS ABSUELTOS, SE DESECHAN TAMBIEN LOS CARGOS DE LA TERCERA Y CUARTA CAUSALES—SE DECLARAN INFUNDADAS LAS CAUSALES QUINTA Y SEXTA.

Se declara que no es casable la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Buga.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA—SALA DE CASACION CIVIL—BOGOTA, MAYO VEINTICUATRO DE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO.

(Magistrado ponente, doctor Miguel Moreno Jaramillo).

El veintiocho de junio de mil novecientos veintiocho, los señores Rojas (Sergio, Peregrino, Firmiliano, Manuel María, Emiliano y Gratiniano), en unión de muchas otras personas, promovieron ante el Tribunal Superior de Buga demanda en juicio ordinario contra los señores Pablo Emilio Ochoa, Heriberto Campo, Ciro Tascón y Asnoraldo Tenorio, para que fueran anulados los siguientes actos judiciales:

a) La diligencia sobre señalamiento de linderos y fijación de mojones practicada por el Tribunal Superior de Buga, diligencia efectuada entre los días diez y nueve y veintidós de febrero de mil novecientos veintitrés, en el juicio de deslinde y amojonamiento de la hacienda de *Calima* con terrenos baldíos del Estado;

b) La sentencia de siete de abril de mil novecientos veintitrés, por medio de la cual el Tribunal Superior de Buga aprobó el deslinde mencionado y dispuso dar a los colindantes la posesión de sus fincas, y

c) La diligencia efectuada en los días nueve y diez de julio de mil novecientos veintitrés (la demanda no alude sino a la primera de estas dos fechas), en que el Tribunal de Buga dió la posesión de la hacienda de *Calima* a los demandados Ochoa, Campo, Tascón y Tenorio.

Son éstos, en síntesis, los hechos en que se apoya la demanda:

Primero. Que el señor Fiscal del Tribunal de Cali, por escrito fechado el tres de diciembre de mil novecientos trece, solicitó el deslinde y amojonamiento entre la hacienda de *Calima*, del señor Pablo Emilio Ochoa, y los terrenos baldíos que la circundan por los cuatro puntos cardinales.

Segundo. Que los señores Heriberto Campo, Ciro Tascón y Asnoraldo Tenorio fueron también tomados en cuenta en ese deslinde y amojonamiento de propiedades.

Tercero. Que el Juez del Circuito de Cali, en sentencia de ocho de noviembre de mil ochocientos noventa y nueve, dictada en juicio ordinario de los señores José Ignacio Ospina y Guillermo Garcés, sobre reivindicación de tierras de *Calima*, ocupadas por los hoy actores en el juicio de nulidad y también por otras personas con diversos cultivos, absolvió a los demandados en el juicio reivindicatorio por la razón principal de que tales Ospina y Garcés no probaron tener la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de las tierras que reclamaban.

Cuarto. Que esa sentencia del Juez del Circuito de Cali fue notificada, está ejecutoriada y ha sido registrada, y que en la demanda de los señores Ospina y Garcés aparecen los nombres de los ciento diez demandados, entre los cuales figuran los actores en el juicio de nulidad por ser cultivadores de tierras de *Calima* que se hallaban sin dueño conocido.

Quinto. Que los señores Ochoa, Campo, Tascón y Tenorio adquirieron las tierras de *Calima* a título de compraventa, por allá a principios del siglo XX, y que en esa época se hallaba en curso el mencionado juicio ordinario de reivindicación, propuesto por los señores Ospina y Garcés contra quienes habían ocupado con cultivos algunas tierras de *Calima*.

Sexto. Que el señor Pablo Emilio Ochoa y sus hijos, con apoyo en el deslinde y amojonamiento aprobado por el Tribunal de Buga, arrojaron violentamente a los cultivadores de tierras de *Calima*.

Séptimo. Que muchos de esos cultivadores han sido conducidos a la cárcel como castigo de su ocupación de tierras ajenas, según demandas del señor Pablo Emilio Ochoa.

Octavo. Que la sentencia aprobatoria del deslinde y amojonamiento no ha sido consultada con la Corte Suprema de Justicia ni está registrada.

Los demandados Ochoa, Campo, Tascón y Tenorio rechazaron la acción y sostuvieron no ser nulos el deslinde y amojonamiento, ni la sentencia que los aprobó, ni la posesión judicial consiguiente.

El señor Fiscal del Tribunal Superior de Buga, en vista fechada el diez y siete de diciembre de mil novecientos treinta y uno, conceptuó que deberían negarse las peticiones de la demanda, "pues el derecho de los demandantes podría aclararse al juzgar a fondo los títulos de *Calima*, en los juicios de oposiciones que se presentarían al solicitar sus adjudicaciones."

El Tribunal Superior de Buga, en auto fechado el veinte de mayo de mil novecientos treinta y dos, dispuso que el juicio pasara al Juzgado del Circuito, por cuanto el Código Judicial vigente quitó a los Tribunales Superiores la atribución de conocer en primera instancia de los juicios sobre nulidad de las sentencias dictadas en primer grado por aquellas entidades.

El señor Juez 3º del Circuito de Buga absolvió a los demandados, por sentencia fechada el diez y ocho de mayo de mil novecientos treinta y tres.

El Tribunal Superior de Buga confirmó en todas sus partes la sentencia del señor Juez, mediante la suya proferida el trece de marzo de mil novecientos treinta y cuatro.

Los demandantes interpusieron recurso de casación por escrito fechado el diez de marzo de mil novecientos treinta y cuatro y formularon la demanda correspondiente en escrito fechado el veinticuatro de septiembre del mismo año.

—

Importa hacer memoria de algunos antecedentes.

El diez y seis de julio de mil ochocientos noventa y ocho, los señores José Ignacio Ospina y Guillermo Garcés, dueños de la hacienda de *Calima*, demandaron ante el Juez en lo Civil del Circuito de Cali a ciento diez personas, para que se declarara que las tierras de esa hacienda comprendida por los linderos expresados en la escritura de compraventa, de veinticinco de septiembre de mil ochocientos noventa y seis, número 475, otorgada en la Notaría 2ª del expresado Circuito, pertenecían en propiedad y posesión a los demandantes, como únicos dueños poseedores, y que los demandados estaban en la obligación de desocupar las porciones que cultivaban sin título alguno, a los cuales demandados debía considerárseles como poseedores de mala fe o injustos detentadores.

El Juzgado en lo Civil del Circuito de Cali, por sentencia de ocho de noviembre de mil ochocientos noventa y nueve, notificada por edicto de 26 de julio de 1927 y registrada en septiembre del mismo año, absolvió a los demandados e hizo constar que "no existiendo un juicio de deslinde que determine claramente los linderos de estas fincas con los de la hacienda de *Calima* es casi imposible para el Juzgado dictar una providencia como la que invoca el demandante, sin vulnerar los derechos de los poseedores de dicha finca."

El veintiuno de octubre de mil novecientos

doce varios ocupantes de terrenos, que ellos llamaron baldíos, se dirigieron al señor Personero Municipal de Yotoco para pedirle que defendiera sus intereses amenazados por el señor Pablo Emilio Ochoa, dueño de la hacienda de *Colima*.

El señor Personero Municipal de Yotoco, por oficio fechado el veintiuno de noviembre de mil novecientos doce, se dirigió al señor Fiscal del Tribunal Superior de Cali, para comunicarle que los mencionados ocupantes, no obstante vivir hace largo tiempo en quieta y pacífica posesión de los terrenos que cultivan, eran tenazmente inquietados por el señor Pablo Emilio Ochoa, y para llamarle la atención sobre los derechos que la Ley 61 de 1874 reconoce, en su artículo 6º, a los ocupantes de terrenos incultos.

El señor Fiscal del Tribunal Superior de Cali remitió los citados memoriales y oficio al señor Procurador General de la Nación, y este empleado los pasó al señor Ministro de Obras Públicas, quien resolvió autorizar a aquel Fiscal, en oficio fechado el doce de mayo de mil novecientos trece, para que promoviera el juicio de deslinde y amojonamiento de los terrenos nacionales que colindan con la hacienda de *Colima*.

Un gran número de ocupantes se dirigió al Tribunal Superior de Buga, por memorial fechado en Yotoco el veintiuno de septiembre de mil novecientos catorce, para manifestar que se hacían parte en el juicio de deslinde y amojonamiento de los terrenos de *Colima*. Tales ocupantes invocaron el carácter de usufructuarios de los predios colindantes y citaron el artículo 1307 del Código Judicial.

El Tribunal Superior de Buga declaró inadmisible la demanda de los llamados colonos, como consta en autos de tres de octubre y de diez y nueve de noviembre de mil novecientos catorce.

En los días ocho, nueve, diez y once de julio, y ocho, nueve, diez y once de septiembre de mil novecientos catorce fue practicado el deslinde y amojonamiento de la hacienda de *Colima* y los terrenos baldíos pertenecientes a la Nación.

Este deslinde fue objetado, y el Tribunal Superior de Buga puso fin a la primera instancia del juicio ordinario sobre objeciones, por medio de una sentencia fechada el once de diciembre de mil novecientos diez y seis.

Contra este fallo interpuso apelación el señor Fiscal del Tribunal Superior.

El deslinde de que se trata y que dio origen al juicio de oposición, fue practicado solamente por el Magistrado sustanciador.

La Corte, en Sala de Negocios Generales, consideró que era al Tribunal Pleno de Buga, como juez de la causa, a quien correspondía pronunciar la decisión final referente al señalamiento de los linderos. Creyó, por tanto, la Corte que no había base para una decisión suya sobre el fondo de la controversia, y al efecto revocó la sentencia de once de septiembre de mil novecientos diez y seis para el efecto de que se cumpliera la formalidad pretermitida. Así lo resolvió la Corte por sentencia fechada el cuatro de diciembre de mil novecientos veinte, que no figura en los autos, pero de la cual se ha enterado la Sala en el archivo de la corporación.

Entre los días diez y nueve y veintidós de febrero de mil novecientos veintitrés se efectuó por el Tribunal Superior de Buga nueva diligencia de deslinde y amojonamiento.

El siete de abril de mil novecientos veintitrés, el expresado Tribunal Superior dictó sentencia aprobatoria del deslinde, en atención a que una de las partes aprobó la diligencia y expresó la otra que no tenía objeción que hacerle. Por ese mismo auto ordenó el Tribunal dar la posesión correspondiente.

En la diligencia de posesión, efectuada en los días nueve y diez de julio de mil novecientos veintitrés, se hizo constar "que en la posesión dada al señor Ochoa y a los nombrados conductores de la hacienda de *Colima*, se dejan a salvo los derechos a los cultivos y mejoras de los actuales ocupantes, a quienes se les advirtió que no podrían hacer obras nuevas ni ensanchar los cultivos que hoy tienen."

—

La Corte procede a exponer, en síntesis, las causales aducidas por el señor apoderado de los recurrentes, quien divide su demanda en cuatro capítulos.

CAPITULO I

Se afirma que el Tribunal Superior de Buga incurrió en error de derecho al no admitir a los ocupantes y cultivadores en el juicio de deslinde y amojonamiento, porque en este juicio no se definen derechos de propiedad sino que apenas se marcan las líneas divisorias de los predios; que esa no admisión implica el juzgamiento *a priori* de la calidad de los reclamantes, a quienes se les consideró meros cultivadores y no partes interesadas; que la ocupación por más de veinte años creó un estado de posesión con todos los derechos que a los poseedores asigna el artículo 762 del Código Civil, entre los cuales está el de reputarlos dueños mientras otra persona no justifique serlo; que para ser parte en un juicio de deslinde no se requiere título escrito de propiedad, pues la posesión de la tierra basta a causa de que le acompaña la presunción legal de la propiedad; que el Tribunal ha debido tener como partes a los propietarios con título escrito y también a los poseedores en cuyo favor milita la consabida presunción legal, porque en un deslinde se fijan las líneas de separación pero no se decide nada sobre dominio; que la ocupación da dominio, según el artículo 685 del Código Civil y es condición de la tenencia con ánimo de señor, definida por el artículo 762 de la misma obra; que la doctrina del Tribunal es atentatoria del derecho de propiedad, porque aplicándola bastaría un juicio de deslinde para convertir en supuestos colonos a ocupantes de cincuenta y más

años; que lo deslindado fue la hacienda de *Calima* y no los terrenos nacionales materia de la autorización dada por el Ministerio de Obras Públicas; que el ocupante de un baldío con cultivos o con ganados es dueño de lo que ocupa mientras no lo abandone; que el Tribunal nada podía resolver, hállense los cultivos dentro de los límites de la hacienda de *Calima* o hállense fuera de los términos de esa hacienda, y que la no participación de los interesados en el consabido deslinde acarrea nulidad de lo actuado según el artículo 890 del Código Judicial anterior al que hoy rige y según el artículo 123 de la Ley 105 de 1890.

El recurrente dice que han sido violados los artículos 26 y 31 de la Constitución Nacional, 6o del Código Fiscal y 1685 y 762 del Código Civil y sus concordantes.

CAPITULO II

Afirma el recurrente que se incurrió en error de derecho al estudiar la personería sustantiva del señor Fiscal del Tribunal Superior de Cali.

Este capítulo puede resumirse así:

Que el Fiscal fue autorizado para pedir el deslinde de los baldíos, pero no el de la hacienda; que pidió lo segundo pero no lo primero y presentó como base los linderos de *Calima;* que extralimitó su mandato al tomar esta finca como objeto principal de su demanda; que trajo como prueba los títulos de *Calima*, y no los datos que debió solicitar en el Ministerio de Obras Públicas sobre el estado de la propiedad territorial que se deriva de los baldíos; que no tuvo la personería sustantiva de la Nación porque conformó su criterio a los títulos del adversario en vez de buscar la verdad en los de la Nación; que abandonó la causa que se le confió para concurrir al deslinde del predio de la contraparte, y que el dueño de *Calima* vino a ser a un mismo tiempo demandante y demandado.

Razonó así el recurrente, advirtiendo que lo hizo sin necesidad de analizar la legalidad o ilegalidad de la autorización que procede del señor Ministro de Obras Públicas sin el respaldo de la firma del señor Presidente de la República, que forma con su Ministro el Gobierno en el respectivo ramo.

CAPITULO III

Afirma el recurrente que el Tribunal Superior de Buga violó los artículos 890 del Código Judicial anterior y 123 de la Ley 105 de 1890, e incurrió en error de derecho al apreciar las pruebas resultantes de la demanda presentada y la sentencia dictada en el juicio reivindicatorio que terminó el ocho de noviembre de 1899, juicio seguido ante el Juez del Circuito de Cali, en que fueron absueltos los demandados por los señores José Ignacio Ospina y Guillermo Garcés, dueños de la hacienda de *Calima*. Sostiene que esa sentencia, con el sello de la cosa juzgada, no podía tener "alcances distintos de los relativos al dominio que se disputó en tales juicios," y que aquel juicio reivindicatorio "debía terminar con la sentencia en favor de una de las partes contendoras que debía traducirse necesariamente en título de propiedad de la parte favorecida."

CAPITULO IV

Afirma el recurrente que el Tribunal incurrió en error de derecho al suponer que el juicio de reivindicación, aludido, sólo surtía efectos de la notificación de la sentencia en adelante y no desde la notificación de la demanda, error sustancial que vino a establecer en la sentencia materia del recurso, una situación jurídica que no corresponde a los recurrentes, una vez que la sentencia no dio el derecho de propiedad que por la ocupación tenían aquéllos sobre la tierra, sino que declaró ese derecho desde entonces. Agrega que con este procedimiento violó el Tribunal el capítulo cuarto del título doce del libro segundo del Código Civil, el artículo 762 de la misma obra y el artículo 890 del Código Judicial anterior.

—

Conocidas las causales de casación expuestas por el abogado de los recurrentes ante esta Corte, es el caso de conocer los motivos que adujo el señor abogado de los demandantes ante el Tribunal de Buga, en el memorial de 16 de marzo de 1934, en que interpuso recurso de casación ante dicho Tribunal, y en el escrito de 12 de abril del mismo año, por medio del cual insistió en la interposición de tal recurso.

En la primera de estas dos piezas, el señor abogado considera infringido el artículo 151 de la Constitución Nacional, porque allí se atribuye a la Corte Suprema el conocer de los negocios contenciosos en que tenga parte la Nación, por lo cual ha debido ser la Corte la que practicara el deslinde de la hacienda de *Calima*, caso en el cual era al Procurador General de la Nación y no al Fiscal del Tribunal a quien correspondía la representación del Estado, de acuerdo con el artículo 178 del Código Judicial vigente cuando se siguió el juicio. El señor abogado cita el artículo 3º de la Ley 56 de 1914, el ordinal 2º del artículo 38 del Código Judicial vigente y el artículo 40 del Acto legislativo número 3 de 1910.

Agrega el señor apoderado: que el Fiscal no podría citar el artículo 900 del Código Civil porque no tenía finca colindante con la de *Calima;* que la Ley 45 de 1917 ordenó que se practicaran unos deslindes de terrenos baldíos y dispuso que el Gobierno procediera a ello en la forma debida, sin mencionar a los Fiscales; que por Gobierno se entiende el Presidente de la República con alguno de los Ministros (artículo 59 de la Constitución), y que el Gobierno necesita de la autorización del Congreso, y es ineficaz la que recibió de un Ministro el Fiscal del Tribunal de Cali (artículo 11 de la Ley 169 de 1896).

En la segunda de esas dos piezas, el señor abogado cita el ordinal 5º del artículo 73 del Código Judicial anterior, para sostener que el

Tribunal Superior de Cali debió proferir en este pleito sentencia de primera instancia (artículo 1228 del Código Judicial vigente), porque estaba ya rigiendo el término de dictar sentencia definitiva cuando aquel Tribunal "sin citar las partes, declinó la jurisdicción, y también conforme al ordinal 1º del artículo 76 del mismo Código Judicial en virtud de que la Nación fue parte demandante en el juicio de deslinde de *Calima* y por eso tiene parte en el de nulidad de ese deslinde."

—

La Corte estima que la diligencia de deslinde y amojonamiento, la sentencia aprobatoria de esta diligencia y la posesión de las fincas son actos judiciales que aún no se hallan en firme por cuanto el juicio a que pertenecen está en curso todavía.

Es fácil demostrarlo:

La Constitución de la República, en su artículo 151, asigna a la Corte el conocer de los negocios contenciosos en que tenga parte el Estado.

En desarrollo de este sabio principio constitucional, han prescrito las leyes ordinarias ciertas normas que aseguran el conocimiento de la Corte en asuntos como los que han sido presentados en este juicio de nulidad con el carácter de materia litigiosa.

Los juicios de deslinde y amojonamiento son asuntos contenciosos, porque en ellos se estudia y discute lo que atañe a señalamiento de linderos y a fijación de mojones (artículo 146 del Código Judicial anterior).

Los Tribunales Superiores de Distrito conocen en primera instancia de los asuntos contenciosos en que figure como parte la Nación (artículo 73, ordinal 2º, del Código Judicial anterior).

La Corte conoce en segunda instancia de los asuntos de que conocen en primera los Tribunales Superiores (artículo 7º, último inciso, de la Ley 169 de 1896).

Las sentencias en las cuales se declare alguna obligación a cargo de la Nación, de los Departamentos o de los Municipios, deberán ser siempre consultadas con el Superior (artículo 30 de la Ley 169 de 1896).

Las aludidas nociones, entresacadas de la legislación que precedió al Código Judicial vigente, aparecen reproducidas en éste, como se verá en seguida.

Los Tribunales Superiores de Distrito Judicial conocen en primera instancia de los asuntos contenciosos en que tenga parte la Nación y en que se ventilen cuestiones de derecho privado (artículo 76, ordinal 1º).

La Sala de Negocios Generales de la Corte conoce en segunda instancia de los negocios civiles de que conocen en primera instancia los Tribunales Superiores de Distrito Judicial (artículo 37, ordinal 1º).

Las sentencias que en primera instancia declaren alguna obligación a cargo del Estado, de los Departamentos o de los Municipios, deben ser consultadas con el superior (artículo 508).

La sentencia que debe ser consultada, no se ejecutoria mientras no se surta la consulta (artículo 510).

Ante las reglas de procedimiento anotadas, no duda la Corte de que el juicio de deslinde y amojonamiento entre baldíos de la Nación y los terrenos que constituyen la hacienda de *Calima*, es un juicio que aún no ha concluido. La sentencia allí proferida, con fecha siete de abril de mil novecientos veintitrés, por medio de la cual el Tribunal Superior de Buga aprobó el deslinde y dispuso dar a los colindantes la posesión de sus fincas, es una sentencia definitiva, pero aún no ejecutoriada a causa de que es a la Corte a quien corresponde, según la Constitución Nacional y las leyes procedimentales, pronunciar la última palabra.

Trátase de un asunto contencioso de derecho privado, en que se declaran obligaciones a cargo de la Nación colombiana.

Es verdad que la Nación no ha sido obligada a dar, hacer o no hacer alguna cosa en concreto; pero asimismo es verdad que por cuanto en el juicio de deslinde y amojonamiento se señalan linderos y se fijan mojones que las partes deben respetar, no hay duda de que siendo la Nación parte en ese juicio, el auto aprobatorio de la diligencia le impone obligaciones como colindante, entre las cuales pudiera señalarse como negativa la de no ejercer dominio más allá de la línea divisoria.

La sentencia en vía ordinaria que anulara un juicio inconcluso o un auto no ejecutoriado, produciría colisiones de gravedad incalculable si aquel juicio fuese dentro de su propia secuela corregido o si aquel auto quedase en firme después de su reforma. Piénsese cuáles y cuántas trabas estorbarían la actividad del Juez cuando en la dirección de cada causa estuviera sujeto a fallos distintos de los que dicte su inmediato superior. Que éste anule, enmiende o revoque, está bien y es razonable. Debe el de abajo, dentro de las normas legales, dejarse guiar por el de arriba y escribir sumisamente el *cúmplase* ritual. Pero si desde los juicios ordinarios se dirige a los jueces en el seguimiento de los especiales que están a su cargo, anulándoles diligencias y autos, la acción de estos funcionarios resulta inhibida y se entorpece el sentido de su responsabilidad. De ahí el que parezca científico estimar, como lo estima la Corte, que al remedio de la nulidad en trámite ordinario no se acude sino después de que haya fenecido el juicio o de que se afirme la sentencia, objetos del litigio sobre invalidez, es decir, cuando está cerrado el debate judicial donde pudieron buscarse otros remedios que la ley brinda en el curso mismo del proceso.

Supóngase que la Sala de Casación infirma la sentencia del Tribunal de Buga y decide sobre lo principal del pleito anulando las actuaciones acusadas, e imagínese también que la Sala de

Negocios Generales, a quien toca conocer por consulta del auto aprobatorio del deslinde, dicta sentencia favorable a ese auto; ¿cuál sería entonces la situación de los colindantes en lo que atañe a los límites de sus inmuebles?

Y si acogiera la Corte alguna de las causales que no la llevan a decidir sobre lo principal del pleito, sino a declarar en qué estado queda el juicio antes de que un Tribunal dicte nuevo fallo, apenas se aplazarían los efectos del posible choque entre las determinaciones de las dos Salas.

La Corte cree que la demanda de nulidad fue festinada y que el error inicial de haberla presentado antes de tiempo no se sanearía decidiendo otra vez sobre lo principal del pleito o declarando en qué estado queda el juicio, todo en el supuesto de que alguna de las causales fuera recibida.

Anótase que en el presente juicio de nulidad no fue demandada la Nación aunque ella promovió el deslinde.

La Corte quisiera no considerar las causales de casación expuestas, porque el éxito final del presente juicio llegaría a ser en cualquiera de los eventos previstos, por motivo del apuntado error inicial y esté o no esté bien fundado el recurso, la absolución de los demandados. Aunque tanto vale, entonces, recibir como rechazar las causales alegadas, procede la Corte a examinarlas únicamente en cumplimiento de lo prescrito por el artículo 537 del Código Judicial y para que nadie pueda decir, con razón o sin ella, que quebrantó el artículo 481 del mismo Código.

Pero aclara la Corte que le es forzoso hacer el estudio de las causales a la luz del error inicial varias veces apuntado, y también en vista de la circunstancia de que la Nación no fue parte en ese juicio de nulidad.

Primera causal.

La Corte hace constar que no es esta la ocasión de establecer si los derechos que alegan tener los reclamantes son reales o personales. Ella se limita a recordar en abstracto algunos principios de derecho civil y procesal.

Todo dueño de un predio tiene derecho a que se fijen los límites que lo separan de los predios colindantes, y podrá exigir a los respectivos dueños que concurran a ello, haciéndose la demarcación a expensas comunes (artículo 900 del Código Civil). Tal derecho, que es un atributo de la propiedad a la par que una obligación personal, lo extendía al usufructuario el Código Judicial anterior (artículo 1304).

El mismo Código preceptuaba que de la demanda se diera traslado a los dueños o usufructuarios de los predios colindantes por tres días a cada uno (artículo 1307).

Luego para ser parte en el juicio especial sobre fijación de límites entre predios que colindan, era necesario, a la luz del texto judicial memorado, tener la calidad de propietario o la de usufructuario. Quien no tuviera el derecho real de dominio o el derecho real de usufructo carecía, según ese texto legal, de acción para solicitar el deslinde y amojonamiento de la finca raíz que ocupara y nada podía alegar para que se le diera traslado de la demanda con que otra persona promoviera dicha tramitación especial.

El que tiene una cosa determinada con ánimo de propietario es poseedor de esa cosa y puede llegar a ser dueño o señor; pero mientras no alcance esta calidad, o siquiera la de usufructuario, está impedido para demandar o ser demandado en juicio sobre señalamiento de linderos y fijación de mojones. La sola tenencia material y el solo espíritu de dominio o de usufructo no alcanzan a constituir la propiedad ni uno de los modos que jurídicamente limitan a ésta según el Código Civil.

Reconoce la Corte, y el texto legal no admite duda sobre ello, que el poseedor es reputado propietario mientras otra persona no justifique serlo; pero la simple posesión, aunque en su favor milite una presunción legal de dominio, no basta para darle al poseedor el derecho de intervenir en un juicio de deslinde y amojonamiento, porque en esta tramitación especial no se discute el dominio, y la simple posesión podría traer consigo un debate sobre propiedad que evidentemente traspasaría el fin del juicio.

El hecho de la posesión, que la ley ampara por diversos medios, como el de presumir dueño al poseedor, sirve grandemente a quien posee porque en las disputas sobre dominio no sufre éste la carga de probar; pero ese hecho y la presunción legal que lo acompaña, precisos en un juicio reivindicatorio, ningún privilegio otorgan para intervenir en el deslinde y amojonamiento de fincas, en que la propiedad abstracta, "u otro derecho real principal de que se está en posesión regular," son los que privativamente actúan, y en que la demarcación se hace teniendo a la vista los títulos o documentos correspondientes (artículos 1304 y 1310 del Código Judicial anterior y artículos 262 y 869 del Código Judicial vigente).

La Corte recuerda en abstracto algunas nociones generales de derecho y algunos principios contenidos en el Código Civil y en los dos Códigos Judiciales de que ha hecho mérito; pero ella no califica la situación jurídica de los reclamantes, porque sería prematuro hacerlo no estando concluido el juicio de deslinde y amojonamiento. Tampoco cree oportuno estudiar las cuestiones de derecho fiscal.

Es improcedente la cita del artículo 685 del Código Civil, porque aquí no se trata de la ocupación como modo originario de adquirir el dominio de las cosas.

Delimitada la hacienda de *Coiima*, que tierras baldías cercan por los cuatro puntos cardinales, según la manifestación del señor Fiscal, resultó que estas tierras quedaron también deslindadas de aquella finca.

La sentencia aprobatoria de un deslinde recae únicamente sobre señalamiento de linderos y sobre fijación de mojones.

Estando inconcluso el juicio de deslinde y amojonamiento, es improcedente la cita de los artículos 890 del Código Judicial anterior y 123 de la Ley 105 de 1890.

Como no se ha decidido en firme sobre el deslinde ni sobre la situación jurídica de los ocupantes, no puede la Corte decir si se han quebrantado o nó las disposiciones legales invocadas en esta causal, ni puede tampoco acoger el cargo.

Segunda causal.

El señor Fiscal del Tribunal superior de Cali demandó para que "el Tribunal deslinde y amojone, es decir, señale los linderos y también haga fijar los mojones entre la hacienda de *Calima* y los terrenos nacionales que por todos lados circundan," y procedió a ello de acuerdo con el oficio número 2252, de 12 de mayo de 1913, emanado del Ministerio de Obras Públicas.

Como parece que el señor Fiscal no podía acompañar a su demanda una prueba, siquiera sumaria, que acreditara los linderos de los baldíos, según lo exige el artículo 1306 del Código Judicial anterior, se redujo a decir que esos linderos eran indefinidos. Por eso en la diligencia se tomaron como base los títulos escritos referentes a la hacienda de *Calima*.

Por las razones apuntadas, la Corte, sin entrar en consideraciones de fondo, se limita a no acoger los cargos del presente capítulo.

Tercera causal.

La sentencia de absolución proferida en un juicio reivindicatorio no constituye, nó, título de propiedad para los demandados absueltos.

No viene a propósito en este punto el artículo 123 de la Ley 105 de 1890, porque aquí se trata de asuntos distintos de los que versan sobre incompetencia de jurisdicción o sobre ilegitimidad de la personería de alguna de las partes.

Por estas razones, y por las fundamentales apuntadas, no se acoge el cargo.

Cuarta causal.

Ya se dijo que la sentencia absolutoria proferida en un juicio de reivindicación no otorga título de propiedad a los demandados absueltos.

No es de recibo citar en casación, como violado en abstracto, un capítulo de un Código.

Por las razones expuestas y por la general anotada, no se acoge este cargo.

Quinta causal.

Se alega contra el juicio de deslinde y amojonamiento las que, según el artículo 123 de la Ley 105 de 1890, eran únicas dos causas de nulidad en todos los juicios, a saber:

1ª Incompetencia de jurisdicción, y

2ª Ilegitimidad de la personería de alguna de las partes.

Estima la Corte que tales dos causas de nulidad, aun suponiéndolas probadas, no constituyen motivo de casación en el presente juicio, porque si se juzga que el señor Fiscal no llevaba legítimamente la personería del Estado ni era al Tribunal a quien competía conocer del juicio sobre deslinde y amojonamiento, es precisamente dentro de dicho juicio especial, y no en el ordinario de nulidad, en donde se aducen las razones que se tengan, si algunas se tienen, para pedir la nulidad de lo actuado. En tal juicio especial se estudiaría si los reclamantes pueden pedir la nulidad de que hablan.

Admitiendo su calidad de partes en ese juicio especial, punto éste en que la Corte no se inmiscuye por hallarse tal juicio todavía pendiente, no es este ordinario el en que pueden aducirse las dos nulidades consabidas.

Por estas razones, y por la ya dicha, no se acogen los cargos contenidos en este capítulo.

Sexta causal.

Los motivos que el Tribunal Superior de Buga expuso para pasar el juicio ordinario a conocimiento del Juez de Circuito, como consecuencia del tránsito de una a otra legislación procedimental, no son objetables en concepto de la Corte.

Repítese, como respuesta a lo observado por los recurrentes en este capítulo de objeciones, que la Nación no fue demandada en el juicio ordinario de nulidad.

Por lo dicho, y por la circunstancia apuntada, no se acoge este cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia a que se refiere el presente recurso.

No aparecen costas causadas.

Notifíquese, cópiese y publíquese esta sentencia en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

Remítase por la Secretaría un ejemplar de esta sentencia al señor Procurador General de la Nación.

LIBORIO ESCALLON—Ricardo Hinestrosa Daza. Miguel Moreno Jaramillo—Juan Francisco Mújica. Eduardo Zuleta Angel—Antonio Rocha—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

DEMANDA PARA EL PAGO DE UNA SUMA DE PESOS — CONTRADEMANDA PARA EL MISMO FIN—CONFESION QUE PRUEBA UN CREDITO POR MAYOR VALOR DE $ 500 — APLICACION DE LOS ARTICULOS 91 Y 92 DE LA LEY 153 DE 1887——CONFESION SOBRE VENTA DE BIENES MUEBLES — CONFESION EN EL CASO DE UN CONTRATO CONSENSUAL Y EN EL DE UN CONTRATO SOLEMNE: SUS EFECTOS—CONFESION EXTRAJUDICIAL ANTE JUEZ QUE NO ES EL DE LA CAUSA — REQUISITOS DE LA CONFESION PARA EL JUICIO EJECUTIVO Y PARA SU ADMISION EN JUICIO ORDINARIO — FALTA DE REGISTRO DE LA ESCRITURA DE PROTOCOLIZACION DE UN TESTAMENTO—MOTIVOS DEL FALLO DEL TRIBUNAL NO ATACADOS POR EL RECURRENTE EN CASACION—ORDINAL 3.° DEL ARTICULO 631 DEL ANTIGUO CODIGO JUDICIAL, NO REPRODUCIDO POR EL 699 DEL VIGENTE — RAZONES DE LA NO REPRODUCCION

No se casa la sentencia proferida por el Tribunal de Pasto, en que admite como prueba del crédito del actor sobre una suma mayor de $ 500, por la venta de una balata, la confesión del demandado, y en que le absuelve de los cargos de la contrademanda, por no haberse registrado el testamento en que aparecía la obligación del actor principal de pagar unas deudas, ya porque la confesión es la prueba por excelencia, y tratándose de contratos consensuales es admisible, ya porque la apreciación del Tribunal sobre la falta de registro de aquel acto no ha sido atacada en casación, como tampoco los conceptos sobre insuficiencia de la prueba testimonial para acreditar la entrega de bienes.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA—SALA DE CASACION CIVIL—BOGOTA, MAYO VEINTICINCO DE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO.

(Magistrado ponente, doctor Antonio Rocha).

Milciades Santacruz B. demandó por la vía ordinaria a Fortunato Caicedo G., siendo ambos vecinos del Municipio de Pasto, ante el Juez de ese Circuito, para que se le condenara al pago de la suma de seiscientos treinta y seis pesos, más sus intereses legales, computados desde el veintiocho de abril de mil novecientos treinta, hasta el día del pago, y las costas del juicio.

Afirmó que Caicedo G. recibió de Santacruz, y en venta a crédito, balata de tres clases, por valor de mil doscientos pesos oro, que debía pagárselos después de seis meses, a partir de octubre de mil novecientos veinticinueve; que el demandado Caicedo confesó haberle pagado parte de esa suma, y estarle debiendo la otra parte, pero que pretextaba para no pagarle el saldo, tener en su poder documentos por mayor valor a cargo de Santacruz, documentos que, afirma la demanda de éste, no conoce él; que Caicedo le pagó quinientos sesenta y cuatro pesos oro, y que como el valor total de la deuda es de mil doscientos pesos, es claro que aún le adeudaba seiscientos treinta y seis pesos, materia de la demanda; que Caicedo había confesado el hecho principalísimo de haberse constituído en su deudor por el total del valor o precio de venta de la balata.

El demandado Caicedo se opuso a que se hicieran por la justicia las declaraciones anteriores; negó deberle a Santacruz, por concepto de la venta de la balata, la suma total de mil doscientos pesos; aceptó como confesión del demandante haberle pagado los quinientos sesenta y cuatro pesos que Santacruz dice haber recibido, y en general, negó todos los hechos de la demanda, y opuso toda clase de excepciones de fondo, que ofreció demostrar y alegar oportunamente.

Al mismo tiempo propuso por separado una demanda de reconvención contra Santacruz, para obtener contra él las siguientes declaraciones a favor de Caicedo:

"1ª Que el señor Milciades Santacruz B. me debe la suma de dos mil trescientos setenta y seis pesos con veinticuatro centavos ($ 2,376-24) oro, la que está obligado a pagarme, tres días después de ejecutoriado el fallo, con sus intereses legales devengados desde el mes de noviembre de mil novecientos veintiséis hasta el día del pago efectivo, y las costas del juicio; y

"2ª En subsidio, demando al mismo señor Milciades Santacruz B., para que se le condene a pagarme, tres días después de ejecutoriada la sentencia, la suma mayor o menor que según la prueba me quedare a deber."

Como hechos fundamentales de esta contrademanda, adujo los siguientes, que conviene reproducir textualmente:

"1º El señor Ceferino Muñoz, que residió en Güepí, Comisaría Especial del Putumayo, según su testamento otorgado ante cinco testigos, en Güepí, y declarado nuncupativo por el Juzgado 1º de este Circuito, con fecha nueve de octubre de mil novecientos treinta y uno, protocolizado en la Notaría 1ª de este Circuito, bajo la escritura pública número 440, de veintisiete de octubre de mil novecientos treinta y uno, al morir dejó los siguientes bienes: en créditos a su favor, la suma de siete mil seiscientos setenta y seis pesos ($ 7,676) de la ley-plata; en otros bienes dejó: un balatal, ubicado en el punto Peneya; dos escopetas finas de dos cañones, treinta gallinas, un perro cazador, un ternero, un horno de asar fariña, una romana grande, portuguesa; una paila de cobre, doce calderos grandes, cuarenta tazones de fierro, seis cortes de tela, sin coser; un baúl de mercaderías, seis arrobas de balata blanca, cuatro arrobas de balata roja.

"2º El señor Ceferino Muñoz murió el once de mayo de mil novecientos veintiséis, y tres días después de su muerte, el señor Milciades Santacruz B., recibió real y materialmente todos los bienes antes enumerados, los que le fueron entregados por el Corregidor de Güepí y por los albaceas testamentarios del señor Muñoz, señores Aurelio Cuéllar Carijona y Santos Realpe.

"3º El demandado señor Milciades Santacruz B. recibió estos bienes con la obligación de pagar todos y cada uno de los créditos a cargo del señor Ceferino Muñoz, créditos que figuran en la cláusula 5ª y en el otrosí del testamento mencionado antes, créditos que hasta ahora no ha pagado, a pesar de haber realizado y fenecido todos los bienes del extinto señor Muñoz.

"4º El señor Milciades Santacruz se obligó a pagar los créditos anteriores a los acreedores señores Cornelio Terán Puyana, Eduardo Eraso y Abraham Benzús y a la esposa del extinto, señora Filomena Condo, dentro del plazo perentorio de seis meses, contados desde el mes de mayo de mil novecientos veintiséis, según acta firmada por él ante el Corregidor de Gilepí y los testigos señores Aurelio Cuéllar, Santos Realpe, Cecilio Romero, Luis M. Caicedo, Pedro Gómez, Rufino Cachaya, Lisandro Cortés Ferrín y Luis Antonio Rivas.

"5º El señor Milciades Santacruz B. recibió todos los bienes del expresado extinto, sin que hasta la presente haya entregado a la cónyuge sobreviviente su mitad de gananciales que le correspondían en todos los bienes que recibió.

"6º Que los señores Cornelio Terán Puyana, Eduardo Eraso, Abraham Benzús, y la cónyuge sobreviviente del señor Ceferino Muñoz, señora Filomena Condo, me han vendido o cedido, los primeros, sus respectivos créditos, así: el señor Terán Puyana, por la suma de seiscientos setenta y cuatro pesos oro; el señor Eduardo Eraso, por la suma de trescientos setenta y siete pesos veinticuatro centavos moneda legal; y el señor Benzús, por la suma de trescientos veinticinco pesos oro; y la cónyuge sobreviviente me vendió su mitad de gananciales, por la suma de mil pesos oro; por lo mismo, es a mí a quien debe pagar el señor Santacruz B. todos estos créditos, que está obligado a pagar, por ser yo representante legítimo de los acreedores y de la cónyuge sobreviviente, créditos que aún no me ha pagado, a pesar de haberle exigido por distintas ocasiones."

Al contestar esta contrademanda manifestó Santacruz que no estaba obligado a pagarle suma alguna a Caicedo, y se refirió a los hechos que se acaban de transcribir, en la siguiente forma, resumida:

Que desconocía el testamento de Muñoz y los bienes que hubiera dejado, aunque sabía que Muñoz ejercía el comercio de balata, haciéndola extraer de terrenos baldíos; que podía ser verdad que Muñoz hubiera muerto en la fecha y lugar indicados, pero que negaba en absoluto haber recibido los bienes relictos, aunque bastante tiempo después le pidió a uno de los albaceas un ternero y tres cortes de tela blanca, que recibió con la obligación de devolverlos después de liquidada la sucesión; volvió a negar el recibo de los bienes y créditos hereditarios, que, por tanto, no había realizado ni podido disponer de ellos; negó haber firmado el acta de Gilepí, aclarando que "lo único que se dijo fue un contrato, mediante el cual Otoniel Díaz y otras personas se comprometían a hacerse declarar herederos de la mortuoria o acreedores o dueños de ella, y hecho esto—dice—dármela en venta, lo cual no se ha llevado a cabo, porque ni se han hecho declarar herederos, ni acreedores, ni dueños de los bienes de la sucesión de Ceferino Muñoz; ni me han entregado los bienes de esa sucesión, fuera de los que dejo indicados"; y negó la compra de créditos hereditarios y de la mitad de gananciales.

Hizo notar que en caso de haber existido venta alguna de los bienes de la sucesión, como lo afirmaba la contrademanda, esa venta adolecería de nulidad absoluta, por haberse hecho entre personas que carecían de derecho para hacer la venta, y por falta de los requisitos y formalidades legales; que él tenía derecho de preferencia a que se le pagara un crédito de cerca de dos mil pesos, y unas facturas por mercancías, que hasta la fecha le estaba debiendo el testador Muñoz, y que la balata a que se refiere la contrademanda, la sacó él, Santacruz, con peones pagados por él, aunque habían sido peones de Muñoz, y acompañó varios documentos para probar los créditos a su favor y a cargo de la sucesión de Muñoz.

El Juez del Circuito de Pasto dictó sentencia el seis de marzo de mil novecientos treinta y tres, cuya parte resolutiva dice:

"1º El señor Fortunato Caicedo G. está obligado a pagar al señor Milciades Santacruz B. la suma de seiscientos treinta y seis pesos oro, con los intereses legales, a partir del veintiocho de abril de mil novecientos treinta hasta el pago efectivo, lo que debe hacer dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de este fallo.

"2º No se han probado las excepciones propuestas por el señor Caicedo a la demanda principal.

"3º Se absuelve al señor Milciades Santacruz B. de la obligación demandada por el señor Caicedo G. en su libelo de diez y ocho de mayo próximo pasado; y

"4º No es el caso de hacer la declaración segunda de la parte petitoria de la demanda de reconvención."

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto pronunció fallo de segunda instancia el siete de noviembre de mil novecientos treinta y tres, confirmando la sentencia del Juez 1º de este Circuito, sin condenar en costas al apelante Caicedo.

Ante la Corte Suprema ha formulado Fortunato Caicedo, por medio de apoderado, demanda de casación, cuyos cargos se estudian en seguida:

Demanda principal.

1º Que la sentencia del Tribunal no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes porque el Tribunal, al confirmar la sentencia del inferior, y por cuanto apenas se refirió a la dictada por el Juez en el juicio propuesto por Santacruz contra Caicedo, dejó de fallar la demanda de reconvención de éste contra aquél, y además las excepciones perentorias propuestas por Caicedo. Esta afirmación no es exacta, porque además de que en la parte motiva de la sentencia dice el Tribunal, refiriéndose a la demanda de reconvención, que Caicedo no la probó, ni demostró, con pruebas fehacientes, las excepciones perentorias que propuso, al confirmar el fallo del Juez,

tuvo en cuenta que éste, en la parte resolutiva, concluyó declarando no probadas las excepciones que alegó Caicedo (punto segundo), y absolvió al contrademandado Santacruz de los cargos de la reconvención.

2º Sostiene el recurrente que el Tribunal violó directamente los artículos 605 del Código Judicial, y 91 y 92 de la Ley 153 de 1887; el primero, porque las posiciones rendidas por Caicedo no engendran la confesión de pagar una cantidad líquida de dinero para despachar mandamiento ejecutivo, y si para esto no sirven tales posiciones, tampoco pueden tener la misma virtud para condenar a Caicedo en juicio ordinario. En cuanto a los artículos 91 y 92 de la Ley 153 de 1887, porque la cantidad demandada proviene de una obligación mayor de mil doscientos pesos oro, que debió constar por escrito. Siendo esto así—continúa el recurrente— la prueba plena y completa del crédito de Santacruz debe constar por escrito, y estar garantizada con la firma de Caicedo, y sólo en fuerza de esta prueba se podía condenarlo. Y que como el demandante Santacruz no ha presentado esa prueba escrita, el Tribunal, al condenarlo, ha violado ambos artículos de la Ley 153 de 1887; que en el supuesto de que Caicedo hubiera confesado deber esa suma, su confesión no vale, porque el artículo 605 del Código Judicial solamente da validez a una confesión cuando la ley no exige para el caso otro medio de prueba, y como el artículo 91 de la Ley 153 de 1887 exige prueba escrita, no es eficaz la confesión que Caicedo hizo en las posiciones que absolvió en octubre de mil novecientos treinta.

A respecto, la Corte considera:

La aludida confesión de Caicedo, hecha en las posiciones extrajuicio que absolvió ante el Juez del Circuito de Pasto, de donde era vecino, el veintiocho de octubre de mil novecientos treinta, está concebida en los términos siguientes:

"Es verdad que recibí de Miciades Santacruz B., ahora unos doce meses, más o menos, y en la población de Güepi, Comisaría Especial del Putumayo, balata de las tres clases a que se refiere la pregunta, y al precio allí mencionado, sin recordar por ahora el número total de kilos, arrojando todo un valor de mil doscientos pesos moneda legal, la que propiamente la recibió Ernesto Díaz, por mi orden, quien es vecino de Iquitos. Esta balata la compré a crédito, con un plazo de seis meses."

Cuando el Tribunal admitió como prueba de confesión la anterior manifestación de Caicedo hecha ante el Juez del Circuito de su domicilio, sobre un contrato de compraventa de balata ya extraída del árbol, no violó los artículos 91 y 92 de la Ley 153 de 1887, porque la prueba que estas disposiciones excluyen para establecer la entrega o promesa de una cosa que valga más de quinientos pesos, es la prueba de testigos, pero no la prueba por excelencia, que es la confesión de la parte misma. La venta de bienes muebles, como es el caso, no es un contrato solemne, sino consensual, que a falta de prueba escrita puede acreditarse por la confesión del obligado. Y aunque no conste por escrito, como pudiera constar la deuda de que se trata, que hacía parte de una que valía más de quinientos pesos, la confesión es un medio pertinente de prueba. No lo sería si se tratara de un contrato solemne por naturaleza, como es la promesa de venta de bienes raíces, su venta, y la de una sucesión hereditaria, por ejemplo. Siendo la confesión medio admisible de prueba, por no tratarse de los casos de excepción señalados en la ley, tampoco violó el Tribunal el artículo 605 del Código Judicial, al admitir la confesión de Caicedo, para condenarlo al pago de la deuda que lo hace efectiva Santacruz.

En cuanto a que esta confesión no sea prueba suficiente para condenar en juicio ordinario, por no haberlo sido para despachar anteriormente un mandamiento ejecutivo contra Caicedo, es concepto que la Corte no puede aceptar como jurídico, ni lo aceptó el Tribunal, porque los requisitos de claridad y exigibilidad, entre otros, pueden no aparecer de esa sola prueba en el acto mismo de librar mandamiento ejecutivo, y sí haberse llenado durante el término de prueba de un juicio ordinario.

3º La demanda del señor Santacruz—continúa diciendo el recurrente—no es una petición negatoria, sino que la base de su derecho está en la prueba, la que le correspondía dar y no la ha dado, porque la única que ha presentado la constituyen las posiciones absueltas por Caicedo el veintiocho de octubre de mil novecientos treinta, y de ellas no resulta la obligación de pagar la suma de seiscientos treinta y seis pesos, porque en la respuesta segunda de esas posiciones tan sólo sostiene Caicedo—dice el recurrente—que recibió balata a crédito por valor de mil doscientos pesos, del señor Santacruz; en la tercera afirma que los mil doscientos pesos los ha pagado en su mayor parte, pero en la respuesta cuarta negó rotundamente que hubiera arreglado cuentas con el señor Santacruz, y que le hubiera quedado debiendo el saldo de los seiscientos treinta y seis pesos, y que, por lo mismo, en vista de esa negativa del demandado, era al demandante a quien le correspondía dar la prueba de su derecho. Que habiendo negado Caicedo en la respuesta cuarta de las posiciones, que debiera suma alguna al demandante, es falso que hubiera agregado a esa negación un hecho constitutivo de excepción. Cosa distinta habría sido—agrega el recurrente—si Caicedo hubiera dicho en la respuesta cuarta que debía ese saldo pero que lo pagó. Que existiendo aquella negativa del reconocimiento del saldo, mal se le podía condenar, sin dar el demandante la prueba, y al condenar a Caicedo, el Tribunal violó el artículo 1757 del Código Civil, según el cual incumbe probar las obligaciones o su extinción, al que alega aquéllas o ésta.

Considera la Corte que si sólo apareciera en las posiciones la respuesta cuarta, podría tener razón el recurrente; pero el Tribunal no se fundó en la respuesta cuarta sino en la segunda, que se transcribió atrás, y de ella aparece que Caicedo confesó haber comprado a Miciades Santacruz B. balata por valor de mil doscientos pesos, a crédito, con plazo de seis meses, y que la recibió por medio de un comisionado suyo. Habiendo, pues, confesado Caicedo la obligación, le correspondía, conforme, precisamente,

con el artículo 1757 del Código Civil, que el recurrente estima violado, y como lo dice el Tribunal, probar la extinción de esa obligación, y no habiéndolo relevado el demandante sino de la prueba del pago de quinientos sesenta y cuatro pesos, según la misma demanda de Santacruz. Caicedo debió probar el pago del resto de los mil doscientos pesos del precio de la balata, que fue lo que dijo el Tribunal, y que, como lo hizo, procedía la condenación al pago del saldo.

4º Considera en seguida el recurrente que la confesión de Caicedo en posiciones carece de valor probatorio, por ser extrajudicial, rendida ante Juez distinto al que conoció de la demanda ordinaria de que se trata, porque el artículo 1769 del Código Civil da el valor de plena prueba, pero no a la confesión que hace la parte **en juicio**, y no hay juicio sino desde que se contesta la demanda, desde que se traba el cuasicontrato de litis contestación, porque sólo desde entonces hay partes en el juicio.

De modo—dice el recurrente—que al dar valor el Tribunal a las posiciones extrajuicio, violó el artículo 1769 del Código Civil, por ser disposición de preferente aplicación.

Observa la Corte que si bien el artículo anteriormente citado establece el principio de que para que valga como plena prueba la confesión de la parte, debe ser hecha en juicio, este principio no excluye lo que establece el Código Judicial, y conforme a los artículos 604 y 618 del que rige, sólo se exige para que la confesión haga plena prueba, que sea hecha ante Juez competente. De acuerdo con el segundo de los artículos citados y con el artículo 125 de la misma obra, es Juez competente para recibir posiciones cualquiera de los del domicilio del demandado, atendida la cuantía del asunto, que en este caso es mayor, según el artículo 196. Habiendo sido hecha la confesión de Fortunato Caicedo ante Juez competente, es confesión judicial, y constituye prueba plena, al tenor de las nuevas disposiciones que se han citado. El cargo no es, pues, fundado.

5º Sostiene también el recurrente que la obligación que en juicio ordinario trata de hacerse efectiva, debe tener su origen en contrato celebrado con las formalidades legales, entre el demandante y el demandado, es decir, de acuerdo con la **concentración** de las dos voluntades, según expresión del recurrente, para producir efectos jurídicos, que es lo que constituye la esencia del contrato, razón por la cual—continúa—al condenar el Tribunal al demandado al pago de la suma de seiscientos treinta y seis pesos lo hizo atendiendo a una declaración unilateral del demandante, declaración hecha únicamente en la demanda sin prueba de ninguna clase, ya que las obligaciones no nacen del sólo querer unilateral de un individuo, manifestado en una demanda ordinaria; y la manifestación del demandante Santacruz no entraña un juramento deferido. Por esto—dice el recurrente—el Tribunal quebrantó los artículos 1494, 1495 y numerales segundo y tercero del artículo 1602 del Código Civil; pues que el demandado negó rotundamente deber el saldo por que se le demanda, y el Tribunal le hace obligatorio un acto en que aquél no ha consentido.

Estima la Corte que el cargo es infundado, porque el Tribunal, para condenar, no tuvo en cuenta la afirmación unilateral del demandante, sino la confesión del demandado en las posiciones de que ya se ha hablado, en que reconoce la celebración de un contrato bilateral, cumplido por el demandante, entregando la cosa vendida. El Tribunal no se fundó tampoco en la posición cuarta de las absueltas por Caicedo, como se dijo atrás, sino en la confesión contenida en la respuesta a la posición segunda.

6º Dice el recurrente que el demandante sostiene que el saldo de seiscientos treinta y seis pesos es el precio de una balata que vendió al demandado. Que siendo esto así, se trata de un contrato bilateral, que produce obligaciones para las partes; para el vendedor, la de entregar la cosa, y para el comprador, la de pagar el precio **en el tiempo y lugar convenidos**, subraya el recurrente.

El demandante sostiene—agrega—haberle dado al demandado el plazo de seis meses, como resultado del arreglo para pagar aquel saldo; hecho negado por el demandado en la respuesta cuarta de las posiciones. Que según eso, el demandante debió probar que existió el plazo de seis meses para el pago del saldo y el arreglo de cuentas; que Caicedo estaba en mora, por no haber pagado en el plazo convenido, y si ese plazo no existió, debió requerir al deudor para constituirlo en mora; y que como en el juicio no consta ese plazo, ni requerimiento, al condenar el Tribunal al demandado sin esos requisitos, pretermitió los preceptos legales contenidos en los siguientes artículos del Código Civil: el artículo 1898, por cuanto se debió comprobar que el precio convenido para el pago, como resultado del arreglo de cuentas, era el de la suma de seiscientos treinta y seis pesos; el artículo 1929 del mismo Código, por cuanto debió demostrar el demandante la existencia del tiempo y del lugar estipulado para la entrega, la cual no ha hecho; el artículo 930 ibidem, por cuanto no demostró la mora del supuesto deudor, ni ha demandado en la forma alternativa que esta disposición exige; el artículo 1551, puesto que debía demostrar el plazo convenido, ya expreso o tácito, sin lo cual el juzgador no podía fijarlo, ya que su misión es únicamente interpretar el plazo concedido en términos vagos u oscuros, pero nunca señalarlo, teniendo en cuenta tan sólo la manifestación arbitraria del demandante; y el artículo 108, desde luego que el demandante, no habiendo comprobado que Caicedo no ha cumplido dentro del plazo estipulado su obligación, o que ella no ha podido ser cumplida sino después de cierto tiempo, ha debido reconvenirlo.

Considera la Corte que este cargo también es infundado, porque aun admitido que el recurrente hubiera querido citar en apoyo del cargo las disposiciones de los artículos 1928, 1929 y 1930 del Código Civil, relativas al contrato de compraventa, en lugar de algunas de las que citó, que no tienen nada qué ver con el caso, no es exacto que el Tribunal no hubiera tenido en cuenta que el demandado no había declarado plazo para el pago de la balata, porque sí anotó

que el demandado declaró en posiciones, que compró la balata al demandante Santacruz con seis meses de plazo, a crédito. El Tribunal declaró, con razón, que esa obligación es independiente del arreglo de cuentas entre dichos dos interesados, por razón de otras negociaciones, y el recurrente no ha desvirtuado esa apreciación. Por ello el Tribunal no violó las disposiciones legales que el recurrente cita en este cargo.

7º En la sección 2ª del capítulo 1º de la demanda de casación, sostiene el recurrente que el Tribunal aplicó indebidamente los artículos 600 y 607 del Código Judicial, en lugar de aplicar el artículo 1769, que es especial, y porque el actor fundó en él su demanda expresamente. Y en la sección 3ª de la misma demanda, sostiene que el Tribunal cometió error de derecho, por dos motivos:

1º Porque creyó que una confesión rendida en posiciones, que no presta mérito ejecutivo, sirve para condenar en juicio ordinario con sólo variar el juicio; y

2º Porque estimó que la confesión, rendida extrajudicialmente, es confesión judicial, habiéndolo sido fuera de juicio.

Dice, además, el recurrente, que el sentenciador incurrió en error de hecho al estimar que la confesión de Caicedo servía para condenarlo, no siendo judicial ni siquiera extrajudicial.

Respecto del cargo de la indebida aplicación de los artículos 609 y 607 del Código Judicial, **observa la Corte** que no está probada, porque en orden a la primera de estas disposiciones, el Tribunal aplicó correctamente el principio que ella establece, o sea que una vez confesado por Caicedo el contrato de la balata que recibió, y la consiguiente obligación de pagarla, al mismo demandado le correspondía probar la extinción de esa obligación, en la parte en que no lo relevó de esa prueba el demandante, o que al demandado le correspondía probar el pago, por ser hecho distinto de la obligación, que constituye una excepción, porque tiende a modificar la obligación confesada, es decir, una situación jurídica establecida a favor del demandado. Tampoco hay indebida aplicación del artículo 607 del Código Judicial, porque el Tribunal sólo quiso establecer una analogía entre lo que sucede con la confesión del mandatario y los representantes legales, y dijo que si esa confesión obligaba al mandante, con más razón la confesión hecha por la parte misma en algún acto judicial, lo que es correcto.

En cuanto al resto del cargo, se observa que ya se dijo que, conforme al nuevo Código Judicial (artículos 604 y 610), la confesión de Caicedo, aunque no fue hecha en juicio, es confesión judicial, que hace plena prueba, porque fue hecha ante Juez competente por razón de la cuantía.

No hay tampoco error de hecho al estimar el Tribunal que una confesión que pueda servir para despachar mandamiento ejecutivo, sí sirva para reconocer la misma obligación en juicio ordinario, porque es sabido que para librar mandamiento ejecutivo, la obligación debe tener en el acto los requisitos de ser expresa, clara y de plazo cumplido; de pagar una cantidad líquida de dinero, de entregar una cosa determinada o de ejecutar un hecho también determinado, condiciones que no se exigen para el reconocimiento de la obligación en vía ordinaria, y algunas de las cuales pueden establecerse en ella.

Demanda de reconvención.

Consideró el Tribunal que no se demostró por Caicedo la obligación del contrademandado Santacruz, de pagar las deudas enumeradas en el testamento de Ceferino Muñoz, por la falta de registro de la protocolización del testamento, al cual no le dio fe en juicio, aplicando el artículo 2673 del Código Civil, deudas que, en concepto del Tribunal, no tienen otra base que las declaraciones testamentarias de Muñoz. Pero aun suponiendo que esos créditos tuvieran otra prueba distinta, agrega el Tribunal, tampoco podría prosperar la acción de la contrademanda, porque—continúa—si se ha de tomar la confesión de Santacruz como prueba, habría que hacerlo con todas sus modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al mismo hecho, como manda el artículo 609 del Código Judicial, y así, lo que en verdad dijo Santacruz fue que los acreedores de Ceferino Muñoz hicieron un contrato para que, mediante la entrega de todos los bienes de éste, Santacruz se obligara a pagar los créditos, y que siendo así, debe probarse que los bienes se le entregaron para quedar obligado, y que no habiéndose comprobado la entrega, no puede deducirse obligación contra él.

En cuanto a la prueba de si los bienes le fueron o nó entregados a Santacruz, última hipótesis del falladar, éste considera que no prospera la prueba testimonial por la falta de la prueba escrita, para obligaciones o hechos mayores de quinientos pesos, y ni siquiera de un principio de prueba, porque como ésta desapareció, el juzgador no sabe si el contrato en que Santacruz pudo confesar el recibo de los bienes, y obligarse en cambio a pagar ciertos créditos, se extendió o nó con las formalidades legales; que los testigos que declaran sobre esos hechos tienen interés en declarar que Santacruz sea el responsable, desde que ellos mismos se hacen pasar como acreedores de Muñoz, y, por tanto, de Santacruz; y que, además de estar tachados, solamente dos de ellos ratificaron en juicio su declaración extrajudicial.

"1 bis. El recurrente, por su parte, considera que fue en virtud de un contrato como Santacruz se obligó a pagar todas las deudas del extinto Muñoz, contrato cuya existencia considera demostrada plenamente por la confesión de Santacruz y por pluralidad de testigos, y no así no más, sino por escrito, y con las formalidades legales, y también cree probada la pérdida del contrato, la razón de la pérdida, y la entrega de los bienes por parte de los albaceas a manos de Santacruz. Finalmente, anota el recurrente, que la cesión de esos créditos (para mejor inteligencia advierte la Corte que como esos créditos no constaban en documento, la cesión se hizo otorgándose unos por el cedente respectivo al cesionario común, Caicedo), fue notificada al deudor Santacruz sin protesta de parte de éste. Basado en este

razonamiento, el recurrente estima violados, por infracción directa, los siguientes artículos del Código Civil:

"a) El 1602—dice textualmente la acusación—desde luégo que el señor Santacruz, mediante un contrato, recibió los bienes del extinto Muñoz con la expresa condición de pagar sus deudas, contrato que no está prohibido por ninguna ley; por lo mismo, debe cumplirse, y debe condenarse al señor Santacruz al tenor de dicho contrato, desde luégo que la ley protege y da valor a la autonomía de la voluntad, manifestada en un contrato.

"b) El 1603, porque el señor Santacruz debía cumplir su contrato de buena fe, al tenor de lo estipulado, desde luégo que recibió los bienes del señor Muñoz para pagar sus deudas, y no habiéndolas pagado, ni habiendo ordenado el Tribunal que las pague, sería favorecer el enriquecimiento injusto del señor Santacruz, con perjuicio de los acreedores."

El modo como el recurrente considera violados estos preceptos legales, no está claramente dicho. Pero si se refiere a que el Tribunal no le dio valor, o mejor dicho, eficacia al compromiso que en la contrademanda se imputa a cargo de Santacruz, de pagar las deudas que dejó Muñoz, ello no fue en atención a la representación que en ese negocio tuviera o nó la sucesión de Muñoz, sobre cuyos bienes versaba el compromiso, ni en atención a la validez intrínseca de él, al disponerse entre esos bienes como susceptibles de propiedad y de legarse, quince familias de indígenas, conceptos que no fueron debatidos por las partes, ni tuvo ocasión de estudiar el Tribunal; nó; el Tribunal consideró que el contrademandante Calcedo no había demostrado la obligación de Santacruz de pagar las deudas enumeradas en el testamento de Muñoz, entre otros motivos, porque para él esas deudas no tienen otra base que las declaraciones testamentarias de Muñoz, y como la escritura de protocolización que contiene el testamento no fue registrada, el Tribunal aplicó el artículo 2673 del Código Civil, y no le dio fe en juicio a ese testamento, base para él imprescindible para apreciar la existencia de las deudas exigidas en la contrademanda. Ahora bien: este concepto del Tribunal, fundamental dentro de su razonamiento final, para absolver al contrademandado, no ha sido por ninguna parte atacado ni estudiado por la demanda de casación, y mientras subsista sin reparos de parte del recurrente, la Corte no puede estudiarla, y el fallo recurrido sigue apoyándose en él.

Pero hay más: El Tribunal supone también que las deudas hereditarias cuya compra se imputa a Santacruz, con cargo de cancelarlas a los acreedores del testamento, tengan otra base para emplear su expresión, distinta al testamento, y entra a analizar la confesión de Santacruz como prueba de su obligación, para concluir que ella tampoco es suficiente, porque contiene indivisiblemente la advertencia de que sólo mediante la entrega de los bienes relictos él se había comprometido al pago; y la entrega de los bienes a Santacruz, parte indivisible de sus afirmaciones, la analiza el Tribunal, sin encontrar que esté probada, pues ante la negativa constante y notoria de Santacruz sobre el recibo de esos bienes, las declaraciones de los testigos no la prueban, tanto porque el principio de prueba escrita que ellas requieren no ha sido traído al juicio, como porque los testigos son inaceptables, por tacha probada de parcialidad, como interesados que son en que Santacruz sea responsable de pagarés, y, además, porque sólo dos de las declaraciones extrajudicialmente recibidas fueron ratificadas durante el juicio. Ahora bien: tampoco los conceptos del Tribunal sobre la insuficiencia de la prueba testimonial, para acreditar la entrega misma, han sido demandados por el recurrente, para que la Corte pueda estudiarlos, y tratar de restablecer el imperio de la ley, en el supuesto de que el recurrente la hubiera estimado violada por los conceptos del fallador.

"2 bis. También considera el recurrente violado el artículo 33 de la Ley 57 de 1887 (sobre cesión de créditos), porque, dice textualmente, 'los acreedores de Muñoz, una vez que Santacruz se comprometió a pagar sus deudas, cedieron sus créditos a mi mandante, cesión que se hizo de acuerdo con el artículo citado, de la cual fue notificado el deudor, quien no objetó la validez de ninguno de los créditos; por lo mismo, es a mi mandante a quien debe pagarlos, desde luégo que, en virtud de la cesión, se ha subrogado en los derechos de los primitivos acreedores, siendo él el único acreedor.'"

La Corte observa que no puede haber infracción directa de este artículo, porque versando la cesión y la manera de hacerla, que es el caso del artículo, sobre un crédito cuya existencia misma, a cargo primitivo de la sucesión de Muñoz, no encontró probado el Tribunal, para que luégo, lógicamente, hubiera estudiado la eficacia de la cesión posterior, el fallador no tuvo ocasión de aplicar ese precepto legal; y que subsistiendo, como subsisten, según lo dicho antes, los fundamentos del fallo no atacados por el recurrente, se mantiene la absolución a favor del contrademandado.

"3 bis. Estima el recurrente que se han aplicado indebidamente los artículos 91, 92, 93 de la Ley 153 de 1887, relativos a la prueba de las obligaciones que deben constar por escrito y al principio de prueba por escrito, porque, dice, 'el contrato del señor Santacruz consta por escrito, como él mismo lo confiesa en posiciones rendidas dentro del juicio, y se ha probado el hecho de la existencia de la prueba escrita en forma legal; por lo mismo, concluye, la dicha prueba no falta, porque es cosa muy distinta haberse extendido un contrato por escrito, a no haberse celebrado por escrito, habiendo debido hacerse de acuerdo con la ley. Por otra parte, dice también el recurrente, los bienes le fueron entregados al señor Santacruz, como se halla demostrado; por lo mismo, debe cumplir su obligación de pagar los créditos.' En otras palabras: el recurrente estima que la confesión de Santacruz demostró la existencia del principio de prueba por escrito, necesario para que prosperaran los testimonios sobre la entrega de los bienes, y por tanto, la correlativa obligación de Santacruz a pagar las deudas del extinto Muñoz.

Es evidente que Santacruz admite, en las posicio-

nes que absolvió, que ese convenio se realizó por escrito, y aun agrega que quien lo escribió fue Luis Antonio Rivas, como único testigo. En sentir de la Corte, esa confesión de la parte obligada, si prueba la preexistencia del documento que la perjudica, y que se echa de menos en el juicio como principio de prueba por escrito, puesto que el documento no estaba destinado a demostrar un contrato o acto por el cual la ley requiriera otra formalidad distinta a la de constar por escrito, por razón de la cuantía; pero de que esto sea así, y de que otra haya sido la apreciación del Tribunal, no se deduce que él haya aplicado indebidamente las disposiciones citadas, pues con ella concurren otras circunstancias, que el Tribunal consideró, y en las cuales no ha parado mientes el recurrente.

En efecto: el Tribunal no hace tánto hincapié en si la confesión de Santacruz prueba o nó que el contrato existió, sino en que no se haya traído al juicio, "porque, dice, el juzgador no puede saber si él fue escrito con el lleno de las formalidades legales."

La exigencia del Tribunal es claramente explicable. Pues aun admitido que el contrato escrito existió con la confesión de la parte obligada en el documento, no habiéndose traído éste al expediente, es necesario que la parte interesada en aducir la prueba escrita, explique satisfactoriamente la pérdida, no siendo suficiente la de haberlo dejado sin la debida custodia, de manera que una persona, por ejemplo, de la casa, lo haya destruído o traspapelado, como aquí se ha dicho, sino por caso fortuito imprevisto o derivado de fuerza mayor, del cual se originó la pérdida del documento que constituía el principio de prueba por escrito requerida; y no solamente probar así satisfactoriamente la pérdida, sino en forma plena e indudable el contenido mismo del documento extrañado, el papel competente y el estampillaje y demás formalidades extrínsecas.

Admitiendo, pues, la preexistencia del documento, y por vía de concesión, el extravío del mismo, lo que ya haría viable la prueba testimonial sobre la entrega de los bienes, hay que ver que el juzgador analiza la prueba testimonial, y concluye que con ella no se demostró la entrega de los bienes relictos; que el contenido del documento, o sea la obligación de Santacruz, lo reconstruye a base de la confesión indivisible de él, de modo que sólo de la entrega podía nacer su obligación a pagar las deudas de la mortuoria; y que tales deudas de la sucesión, a la vez créditos para terceros y para el cesionario Caicedo, arrancan para el Tribunal del testamento de Muñoz, que no pudo tomar en cuenta y darle la fe legal por falta de registro de la escritura de protocolización, con apoyo en el artículo 2673 del Código Civil. Pues bien: estos fundamentos del fallo recurrido, sobre apreciación de la prueba testimonial, relativa a la entrega de los bienes, sobre el contenido intrínseco del documento y la extensión de las obligaciones de Santacruz, sobre la apreciación de la confesión de éste para determinar, a falta del documento, el objeto y alcance de su obligación, y sobre la viabilidad del origen testamentario de los créditos cedidos, subsisten inobjetados por el recurrente, como fundamentos que sostienen el fallo.

"4 bis. Finalmente, consiste el último cargo del recurrente, en forma textual, en que 'se ha aplicado indebidamente el artículo 638 del Código Judicial antiguo, en relación con los artículos 693 y 694 del mismo, en comparación con los 684 y 688 del nuevo Código, desde luégo que los artículos de un código derogado no tienen porqué aplicarse, ni en su espíritu ni en su doctrina, cuando ella es contraria a la sustentada por disposiciones vigentes, cuando debió aplicarse el artículo 1769 del Código Civil, relativo a la confesión que hace el señor Santacruz, a la celebración del contrato, y como niega haber recibido los bienes, ese es un hecho nuevo, que por encerrar una excepción en su defensa, Santacruz estaba obligado a probarlo."

Los cargos que puede contener esta argumentación, son, como se advierte de su lectura, bastante confusos e imprecisos, y más si se considera que los artículos 693 y 694 del Código de Procedimiento anterior, nada tienen qué ver con el caso que se estudia. Por la cita del 638, se infiere que en sentir del recurrente no debió el Tribunal desestimar la declaración de los testigos, por el interés que tienen en que sea Santacruz el responsable del pago de los créditos, como acreedores que en ese evento serían, y que advierten serlo, y por eso, evidentemente, los desestimó el Tribunal. El ordinal 3º del artículo 691 del Código anterior no fue, es verdad, reproducido por el 699 del vigente, quizá porque el legislador no quiso privar a la justicia de la información de aquellas personas que, como interesadas, suelen ser constantes y buenos observadores; pero tampoco puede admitirse que el legislador haya caído incondicionalmente en el extremo contrario, de hacer obligatoria la aceptación del testimonio interesado, pues además de ser peligrosa, tratándose del testimonio humano, esta confianza sin restricciones, dejó a la decisión prudencial del Juez en el inciso del artículo 670 la apreciación de otras circunstancias distintas a las que en la primera parte de ese precepto hacen sospechoso el testimonio. Pero, además de la tacha por parcialidad, debida al interés de los declarantes, y sobre la cual no es claro el cargo del recurrente, el Tribunal anota con toda precisión que desestima esas disposiciones, por no haberse ratificado legalmente sino dos testigos, y esta posición del juzgador no fue atacada en casación.

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 infirma la sentencia de siete de noviembre de mil novecientos treinta y tres, pronunciada por el Tribunal Superior de Pasto. Las costas son de cargo del recurrente.

Notifíquese, publíquese, cópiese e insértese en el órgano de publicación de la Corte. Devuélvase el expediente.

EDUARDO ZULETA ANGEL—**Liborio Escallón. Ricardo Hinestrosa Daza—Miguel Moreno J.—Juan Francisco Mújica—Antonio Rocha—Pedro León Rincón**, Secretario en propiedad.

NULIDAD POR SIMULACION DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA—INTERES DEL ACREEDOR EN LA SOLICITUD DE NULIDAD POR SIMULACION, CONFORME AL ARTICULO 15 DE LA LEY 95 DE 1890—CONCEPTO SOBRE LAS ACCIONES QUE CORRESPONDEN AL ACREEDOR EN CASO DE VENTA SIMULADA EN LOS BIENES DE SU DEUDOR—INTERES DE ORDEN SOCIAL EN EVITAR LAS SIMULACIONES—SE RECHAZAN UNOS CARGOS CONTRA LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL—FALSO CONCEPTO DEL TRIBUNAL: QUE NO ACARREA UN CARGO EN CASACION. TAMPOCO IMPLICA CARGO PARA LA CASACION EL HABER ACOGIDO EL TRIBUNAL LA SENTENCIA IRREGULAR DEL JUEZ EN QUE, AL PROPIO TIEMPO QUE DECLARA LA NULIDAD, DECRETA EL EMBARGO, DEPOSITO Y AVALUO DE LOS BIENES SIMULTANEAMENTE VENDIDOS

La Corte se abstiene de casar la sentencia recurrida del Tribunal, ya porque al acreedor le asiste la acción de que habla el artículo 15 de la Ley 95 de 1890, cuando el deudor ha vendido simuladamente los bienes, ya porque el Tribunal no incurrió en error manifiesto de hecho o de derecho al apreciar las pruebas que le indujeron a declarar la nulidad por simulación.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE CASACION CIVIL.—BOGOTA, MAYO VEINTIOCHO DE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO.

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

Cristóbal Rodríguez demandó en vía ordinaria a Cristóbal Sánchez y Simón Rodríguez en libelo de 20 de febrero de 1931, para que se declare absolutamente nula, por simulada, la venta que éste hizo a Sánchez en escritura número 575, el 14 de octubre de 1929, en la Notaría 1ª de Neiva, de los bienes allí precisados. Y el Juzgado 1º de ese Circuito desató la litis en su primera instancia en fallo de 19 de mayo de 1932, aclarado el 4 de julio de ese año, accediendo a todas las peticiones de la demanda, esto es, declarando esa nulidad y que los aludidos bienes son de Simón Rodríguez, ordenando la cancelación de aquel instrumento en el libro de registro, condenando en costas a los demandados y decretando el embargo, depósito y avalúo de tales bienes, que son las fincas llamadas Santa María y La Laguna.

Sánchez apeló de ese fallo, y surtida la segunda instancia ante el Tribunal Superior de Neiva, allí se decidió en sentencia confirmatoria de 4 de agosto de 1933, contra la cual ha recurrido en casación el mismo apelante. Tramitado el recurso, se llegada la oportunidad de decidirlo.

Los antecedentes determinantes del pleito, resumiendo las afirmaciones del demandante, son éstos: amenazado Simón Rodríguez de ejecución por su hermano Cristóbal y deseoso de evitar el pago, salvando sus bienes, fingió venderlos a su amigo Cristóbal Sánchez, y más tarde, viendo que éste daba efectividad a esa ficción para algo más que librar a Simón de ese pago, optó éste porque sus bienes sean vistos y reconocidos como suyos, aunque en todo o parte hayan de responder de sus deudas.

Las partes están acordes en que esa ejecución efectivamente ha cursado en el Juzgado 1º del Circuito de Neiva, en que en ella el ejecutante Cristóbal Rodríguez persiguió como del ejecutado Simón Rodríguez los dichos inmuebles y en que Cristóbal Sánchez se opuso al depósito y acabó por hacerlos desembargar comprobando que son de él, mediante la citada escritura.

De ahí el pedimento de la demanda y la orden de la sentencia recurrida sobre embargo, depósito y avalúo de los inmuebles citados como de propiedad que son, según la misma sentencia, del ejecutado y aparente vendedor Simón Rodríguez.

Este señor, que figura como demandado en la presente causa, la que en su primera instancia alcanzó a adelantar sin habérsele citado, compareció durante ella, ratificó la actuación y contestó la demanda conviniendo en sus fundamentos y coadyuvándola.

El Tribunal para llegar a la anulación que declara, encuentra comprobados varios indicios cuya concurrencia impone, en su sentir, esa conclusión, los que cardinalmente son: la incapacidad pecuniaria del aparente comprador (Sánchez) de tener ocho mil pesos guardados y listos para pagarlos el día de la escritura; su incumplimiento y poca escrupulosidad en los negocios; sus contradicciones, al absolver posiciones, en ocasiones distintas, sobre especies en que hiciera el pago y sobre fechas en que dice haberlo hecho, así como sobre si los ocho mil pesos que reza la escritura, son precio sólo de los dos inmuebles o abarcan también los varios muebles que la escritura adicionalmente menciona como vendidos también por Simón Rodríguez; la situación de pobreza de éste para la época del contrato y después, reñida con el supuesto recibo de esa suma; el concepto general de amigos y relacionados de los supuestos contratantes sobre que ese contrato fue ficticio, y la forma como recibió Sánchez los reproches de Simón que en cierta ocasión públicamente le hiciera sobre su falta de honradez al querer hacer efectiva esa ficción.

A fin de precisar el presente recurso, tal como se ha formulado, conviene advertir que las partes no han contendido sobre si la simulación de un contrato produce su nulidad ni sobre si en el caso de demostrarse aquélla deba ésta declararse por

el juzgador. La discusión ha versado sobre si se demostró o nó en este juicio la simulación del contrato que constituye su sujeto materia. Juzgado y Tribunal han dicho que sí, y el recurrente que nó. De ahí las varias acusaciones al fallo por errónea apreciación de pruebas y violación de ciertas disposiciones legales, cargo o grupo de cargos que se estudiarán aquí debidamente.

Respecto de la acción de nulidad, lo que en este recurso alega el recurrente es que ella no asiste al demandante, porque demanda invocando sólo su calidad de acreedor y ésta no le confiere el interés requerido por el artículo 15 de la Ley 95 de 1890, de donde el recurrente deduce el cargo de violación directa de esta disposición legal.

Salta a la vista que si este cargo prospera, no habría para qué estudiar ninguno de los restantes, ya que de ello se deduciría motivo suficiente para casar el fallo recurrido. De ahí que el presente lo estudie en primer lugar.

Tanto el artículo 1742 del Código Civil como el 15 de la Ley 95 de 1890, que lo reemplaza, al establecer quién puede alegar la nulidad absoluta, han dicho: "todo el que tenga interés en ello," y a renglón seguido agregan como única salvedad o cortapisa, "excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba."

Si ésta es la única limitación a la amplia frase inmediatamente anterior (todo el que tenga interés en ello), y si donde el legislador no distingue no es dado al juzgador distinguir, se ve con claridad que éste no tiene cómo ni porqué establecer exclusión distinta, lo que vale como decir que, dando a la palabra interés su sentido legal, que ha de reconocérsele al acreedor del que oculta bienes mediante enajenación simulada.

Imposible negar que cada cual es un interesado en que su deudor tenga respaldo y en que éste no se mueva.

Esto, que es así en tesis general, con más veras ha de verse en un caso como el presente, en que el pleito sobre nulidad de la compraventa de ciertos bienes lo incoa quien, como acreedor ejecutante, persiguió como de su deudor esos bienes que se escaparon de su persecución, porque aparecieron ser, no del deudor, sino de un tercero a quien en ese mismo contrato aparece vendiéndolos.

Se ha creído que al acreedor no asiste más acción, como tal, que la consagrada en el artículo 2491 del Código Civil y que, por tanto, no puede ser oído quien con el solo título y calidad de acreedor ejercita la acción del citado artículo 15. Pero ese concepto es inaceptable. Basta ver que cada una de estas dos disposiciones contempla su caso, distinto del de la otra. El 2491 mira al perjuicio del acreedor por enajenaciones o gravámenes contratados por su deudor concursado o que ha hecho cesión de bienes, sin detenerse a considerar esa disposición o a exigir que esos contratos en sí mismos tengan o nó determinadas condiciones de validez. El artículo 15 versa sobre nulidad absoluta y confiere la acción consiguiente a todo interesado en ello.

Coinciden las dos acciones en algunos de sus efectos en varios casos, de que es ejemplo el presente, en que el acreedor, por su interés en ello, acusa de nulidad absoluta cierto contrato de enajenación de su deudor, a fin de evitarse el perjuicio que este contrato le produce. Pero el que haya casos de coincidencia no implica que no los haya de discrepancia ni, mucho menos, que esas acciones no sean distintas, ni que de asistir a un acreedor, en su caso, la una, haya de deducirse que por eso no le asiste la otra.

Una objeción que suele hacerse a esta clase de demandas y, consiguientemente, a su aceptación, es la de que peligran los negocios y su marcha en cuanto se da cabida o facilita el ataque contra alguien si se atribuye este derecho a cualquiera de sus acreedores. Pero esta objeción, cuyos fundamentos son más aparentes que reales, es la que se hace a toda anulación por simulación. Debe observarse que si el juicio se instaura contra el contratante mismo y éste es de buena fe, no cabe suponer siquiera que la demanda prospere, siendo así que esta buena fe no se compagina con la simulación que la demanda afirma; y que si la sentencia es en juicio entre personas distintas, no le perjudica, no tiene alcance contra él.

De otro lado, conviene no pasar por alto el interés de orden social que hay en que la verdad brille y las ficciones y simulaciones no prosperen. No es dado al juzgador restringir en su interpretación las palabras o preceptos legales en formas que de ello se derive el éxito de aquello mismo de que la ley abomina y que marca con el calificativo de nulo, de absolutamente nulo.

Sin detenerse más la Corte en consideraciones de esta índole, se tiene en su faz netamente legal que a Cristóbal Rodríguez, acreedor de Simón Rodríguez, asiste la acción que ha incoado para obtener se declare absolutamente nula la compraventa materia de su demanda, dirigida contra este señor y contra el aparente comprador señor Cristóbal Sánchez.

Se rechaza, pues, el cargo de violación del citado artículo 15.

Apenas habrá para qué advertir que Simón Rodríguez carece de esa acción, como contratante que fue, por lo cual mal puede dársele como coadyuvante del demandante; al mismo tiempo se reconoce que la intervención de él en tal pie no puede embotar o infirmar la acción de ese demandante.

Pasan a estudiarse los demás cargos:

Violación directa de los artículos 1495, 1524 y 1849 del Código Civil, en cuanto el Tribunal, según el recurrente, exige el pago del precio para que haya contrato en general (artículo 1495) y en especial compraventa (artículo 1849), y para que haya causa (artículo 1524), desconociendo lo que establecen esas disposiciones. Agrega que el no pago no da lugar sino a la acción resolutoria,

Se rechazan estos cargos, porque el Tribunal no conceptúa como el recurrente interpreta y afirma, sino que, sencillamente, hallando que no se pagó el precio, de esto y de otras fuentes ya aludidas aquí y a que se volverá adelante, deduce que fue simulado el contrato, y de la simulación deduce la nulidad absoluta.

Violación del artículo 66 del Código Civil por dar la calidad de presunción legal a una presunción que es el mismo Tribunal el que formula o encuentra. Se refiere aquí a la conexión que el Tribunal establece respecto del precio entre su no pago y su simulación.

Pero es de esa conexión y no de aquel erróneo calificativo de donde deriva el Tribunal su concepto de simulación del precio, ayudado el no pago con los aludidos restantes elementos de juicio. Por donde se ve que es infundado el reparo como cargo en casación, por más que sea justo en cuanto efectivamente no se trata de presunción legal. Más todavía: se trata de un indicio.

Si el error estuvo en el calificativo, y si éste no influyó en el concepto que condujo a sentenciar como el Tribunal sentenció, no cabe admitir el cargo, puesto que de reconocer ese error y de corregirlo no se sigue infirmación ni modificación siquiera de la sentencia, en lo que hace a la decisión que pronuncia.

Violación del artículo 665 del Código Judicial, en cuanto, al decir del recurrente, el Tribunal dio el alcance de plena prueba a un solo indicio, que es la falta del pago del precio. No se admite el cargo, porque, como se ha dicho, no es la sola falta de pago lo que condujo al Tribunal a estimar simulado el contrato, sino un conjunto de indicios diversos de que hace parte esa falta de pago.

Del propio modo se rechaza el cargo de errónea interpretación de pruebas que formula separadamente la demanda de casación, en forma un tanto extraña, pues el recurrente advierte que se sitúa para esto, en el terreno de que el ánimo del Juez y con él el del Tribunal que acogió su sentencia se encaminaba a dar por demostrado que no sólo fue simulado el precio, sino que no hubo ánimo en el supuesto vendedor de transferir lo que decía vender, ni en el supuesto comprador de adquirir lo que decía comprar.

Advierte el mismo recurrente en este capítulo de su demanda de casación esto:

"Si yo dijera que son indicios deficientes para comprobar la simulación, los hechos anotados por el sentenciador, incurriría en un desliz jurídico, consistente en olvidar que los Tribunales son soberanos en la apreciación de las pruebas. A la Corte le basta saber que la sentencia acusada ha recogido legalmente en el proceso determinados hechos indiciarios, para respetar las conclusiones que la dialéctica del sentenciador les haya indicado; por eso os ruego que no toméis por el aspecto dicho el análisis que me permito hacer a continuación, sino que busquéis en él los motivos que he de presentar para deducir que el sentenciador dejó de apreciar, al establecer los hechos indiciarios, determinadas pruebas, incurriendo así en el error de hecho que aparece del todo manifiesto en los autos, o hizo apreciaciones erróneas de las pruebas por no respetar el valor probatorio que la ley les asigna."

El Tribunal estima comprobado que Sánchez no estaba en capacidad de tener para entregar en dinero el día de la escritura los ocho mil pesos que éste declara cubiertos por él a Simón en esa fecha. El recurrente cita testimonios indicativos de que Sánchez tenía algunos bienes más de los que el Tribunal reconoce. Pero, aun siguiendo a los testigos que hablan de esos otros bienes, no queda infirmado el concepto cardinal, cual es el de no estar Sánchez en capacidad de tanto el día de esa escritura.

El Tribunal estima comprobado que Sánchez no es cumplido en sus negocios, y a ese concepto llega por las declaraciones de testigos que así lo afirman, sin desechar las de personas que dicen, cada cual, que con él sí fue cumplido. No hubo, pues, al respecto un choque de pruebas, puesto que una persona puede ser incumplida sin embargo de cumplirle a tal o cual; y aunque tal choque hubiera habido, ello es que el Tribunal optó en el balance o confrontación de pruebas que siempre el juzgador hace, al sentenciar, por el concepto de incumplimiento, con base en declaraciones diversas de testigos.

Estando en tela de juicio la verdad de la escritura, mal puede aceptarse como error del Tribunal respecto de ese incumplimiento el que le apunta el recurrente, que es el de que ello no interesa en la compra de algo que quedó pagado al contado como consta en la escritura. Se incidiría en una petición de principio.

Estima probada el Tribunal la pobreza de Simón Rodríguez para la época en que, al ser verdadera la compra, tendría ocho mil pesos en dinero. Y se le anota en esto un error por el recurrente, quien advierte que el no verle manejar dinero los testigos no es prueba de no tenerlo, sino sólo de no habérselo ellos visto. Los testigos son categóricos al respecto y el Tribunal los escucha.

Halla el Tribunal una prueba del no pago en las contradicciones en que Sánchez incurrió al absolver posiciones, diciendo unas veces que pagó días antes de la escritura y otras veces que pagó después, contradicciones que le ocurrieron también al responder Sánchez sobre las especies en que hizo el pago y sobre si éste se limitó a los inmuebles o se extendió a los muebles separadamente relacionados en la escritura. Las contradicciones saltan a la vista al leer las respectivas diligencias.

La actitud de Sánchez al increparle su falta de honradez Simón Rodríguez porque quería aquél hacer verdadera la compra aquí cuestionada, es otro cargo que al fallo hace el recurrente, porque si unos testigos vieron en el desconcierto y silencio de Sánchez confesión de la verdad de lo que se le increpaba, otros lo atribuyen a que la ira lo hizo enmudecer. Y el Tribunal no acoge

ese concepto sino que optó por aquella otra interpretación.

Se hace a la sentencia el reparo de que pasó por alto la prueba de haber obtenido Sánchez préstamos por varias sumas en la época del contrato, y de que la sentencia, sin embargo de este hecho, dice que para esa época se dificultaba aun a los bancos el tener dinero para dar a interés.

Se observa:

La anotación de las dificultades de la época la trae a cuento el Tribunal como mera corroboración de su extrañeza por tener o aparecer teniendo Sánchez ocho mil pesos guardados en sus baúles el día de la escritura. No es, pues, una afirmación rotunda de que los bancos no daban tal dinero en préstamo o de que no hubo banco que lo prestara a Sánchez, sino simplemente, una apreciación o concepto general sobre la situación del país para la época de la compraventa cuestionada en este pleito. Además, los documentos privados aducidos para acreditar que a Sánchez sí se daba dinero prestado (cuaderno 6º, folios 1 a 4, y cuaderno 4º, folios 1 a 5), no corresponden a esa época sino en corto número y por cortas cantidades. Mas, aunque esto no fuera así, ya quedó visto que el razonamiento del Tribunal no es el que le atribuye el recurrente, lo que bastaría a rechazar el cargo, aunque esa documentación correspondiese toda a la aludida época de crisis.

Como se ve, lo ocurrido no fue que el Tribunal dejara de tener en cuenta esos documentos, ni mucho menos, que a haberse tenido en cuenta el fallo, hubiera de cambiar en su parte resolutiva.

Quedan resumidos en los párrafos precedentes los cargos que formula la demanda de casación a la sentencia recurrida en lo tocante a la apreciación de las pruebas, de donde deduce violación de los artículos 701 y 697 del Código Judicial.

Como por lo dicho aquí en resumen y como lo persuade la atenta lectura del fallo recurrido, el Tribunal no apreció con los errores que se le anotan por el recurrente las pruebas que éste cita como mal apreciadas, y como, por otra parte, las que éste anota como no estimadas por la sentencia, si se tuvieron en cuenta, no es el caso de acoger estos cargos.

Apenas habrá para qué recordar que un recurso prospera por cargos sobre apreciación de pruebas, según el artículo 520, numeral 1º del Código Judicial, cuando se demuestra que el Tribunal incurrió en error de derecho o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos.

Ha pues el caso de rechazar los cargos que se vienen estudiando.

Otro tanto ocurre decidir acerca del cargo restante, que es el de violación del artículo 734 del Código Judicial, y consiste en el hecho de haber admitido y acogido en su sentencia el Tribunal lo solicitado en la demanda sobre embargo, depósito y avalúo de los bienes que aparecen enajenados por Simón Rodríguez en el contrato que la sentencia anula.

Efectivamente estas providencias no son procedentes dentro del juicio ordinario de nulidad. Cabe pedirlas, y en su caso, decretarlas dentro de una ejecución. Si en el ordinario sobre invalidez de una compraventa se decide que ésta es nula, y si quien en ella figuró como vendedor tiene acreedor ejecutante, es claro que éste, en el juicio ejecutivo, puede aprovecharse de ello persiguiendo los bienes que por virtud de esa sentencia viene a verse que son de su deudor (Código Civil, artículo 2488). Pero en el juicio ordinario de nulidad no tiene porqué indagarse siquiera si hay o no una ejecución pendiente, ni, mucho menos, proveerse a lo que sólo en una ejecución tiene cabida. Así, pues, en el reclamo sobre involucración de procedimientos y tramitaciones que hace el recurrente, hay razón.

No se niega que en las leyes procedimentales hay disposiciones sustantivas que, como es obvio, no pierden esa calidad por aquella circunstancia. Pero al mismo tiempo se reconoce que el fallo recurrido no podría casarse por el simple hecho de acoger, a más de lo pertinente a la nulidad, las referidas órdenes cuyo sitio no es esta sentencia sino un auto en juicio distinto, o sea, el ejecutivo de que se ha hablado.

En suma, la objeción es justa, pero no implica un cargo previsto de los elementos necesarios para casación, tal como para este recurso establecen los artículos 520 y 531 del Código Judicial.

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, decide que no es el caso de infirmar la sentencia pronunciada por el Tribunal en el presente juicio.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

EDUARDO ZULETA ANGEL.—Liborio Escallón. Ricardo Hinestrosa Daza.—Miguel Moreno J. Juan Francisco Mújica.—Antonio Rocha.—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

ACCION PETITORIA DE DOMINIO—ACCION REIVINDICATORIA—EXCLUSION DE BIENES INDEBIDAMENTE INVENTARIADOS — CANCELACION DE UNAS INSCRIPCIONES—SE COMBATE EL CONCEPTO DEL TRIBUNAL DE QUE EL ACTOR ENTABLO LA ACCION DE NULIDAD O RESCISION DE LA PARTICION—COMPARACION DE TITULOS—EXCEPCIONES DE FALTA DE PERSONERIA Y PRESCRIPCION

Se declara que no es el caso de aplicar el artículo 1405 del Código Civil como si se tratase de una acción de rescisión o nulidad de la partición de bienes, que si así fuese otra sería la solución del pleito, sino de las disposiciones referentes a las acciones petitoria de dominio y de reivindicación de unos derechos herenciales.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA—SALA DE CASACION CIVIL—BOGOTA, JUNIO TRES DE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO.

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

José María Hurtado y María Josefa Hurtado interpusieron recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dictada el 11 de junio del año próximo pasado, y alegaron las causales segunda y primera.

Al recurso se le dio la tramitación correspondiente, y se ha llegado el caso de decidirlo, previas las consideraciones que siguen y observando que la parte opositora no hizo uso de su derecho en este recurso, y que las contrademandas no son objeto de éste.

Los actores José María Hurtado y María Josefa Hurtado B. demandaron a los señores Agustín A. Jiménez y Tadeo Castañeda, para que con su citación y audiencia se hicieran las siguientes declaraciones, que la Corte sintetiza así: que las tres casas ubicadas en esta ciudad en el barrio de Santa Bárbara, y delimitadas como aparecen en el libelo de demanda, pertenecieron al presbítero doctor Eustaquio Hurtado, y pertenecen hoy a la sucesión de dicho clérigo; que estas casas no han pertenecido a los señores Luis y Marcelo Hurtado, que fueron incluidas indebidamente en las sucesiones acumuladas de dichos señores, y por lo tanto debe cancelarse la inscripción de tales adjudicaciones en esa sucesión. Que los demandados deben restituír a la sucesión de Eustaquio Hurtado las cuotas partes proindiviso de las precitadas casas, que se les adjudicaron en las sucesiones de Luis y Marcelo Hurtado, a saber: Agustín Jiménez, las tres décimas partes de cada una de dichas tres casas, y Tadeo Castañeda las dos décimas partes de las mismas, restitución que deben hacer con las prestaciones correspondientes. Finalmente, que los demandados deben pagar a la sucesión de Eustaquio Hurtado los perjuicios ocasionados por haber privado a ésta desde el veintiuno de junio de mil novecientos trece de la posesión material, uso y goce de las tales casas.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá falló adversamente a las pretensiones de la parte actora, la cual como queda expresado acusa la sentencia por las causales segunda y primera, consagradas por el artículo 520 del Código Judicial, causales que pasan a considerarse en el orden en que fueron propuestas.

La segunda causal la expresa así en síntesis el recurrente:

"La sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, por cuanto versando la demanda sobre las acciones petitoria de dominio y reivindicatoria, el Tribunal fallador enfocó la sentencia sobre la acción rescisoria de la partición de los bienes en las sucesiones acumuladas de Luis y Marcelo Hurtado, acción que no han ejercitado en esta litis los demandantes."

El Tribunal sentenciador se expresa así:

"Si se atiende al contenido de las peticiones primera, segunda y tercera de la demanda, se ve claramente que el fin buscado por la parte actora es el hacer desaparecer el título que los demandados Jiménez y Castañeda tienen a su favor sobre una cuota parte de las tres casas determinadas en el hecho primero del libelo.... Según lo dispuesto en el artículo 1405 del Código Civil, las particiones se anulan o rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos.... Ahora bien, para verificarse la tradición de dominio de los bienes raíces es necesaria la inscripción del título en la oficina correspondiente y en la formación de ese título, lo mismo que en la tradición, en tratándose de la partición de bienes de una herencia, intervienen todos los que han figurado como herederos en el juicio de sucesión.... Por consiguiente, cuando se quiere atacar el título que constituye la partición y el acto en virtud del cual se hace la tradición a los herederos, con el ánimo de hacer desaparecer ese título y sus consecuencias, es necesario que al juicio se hayan hecho venir todos los que figuraron como parte en la partición, y como en el presente caso sólo se conocen los nombres de algunas de las personas que intervinieron en el juicio de sucesión de Luis y Marcelo Hurtado, la presente acción no puede resolverse en el fondo."

Por la transcripción anterior se ve claramente que el Tribunal estimó que en la presente litis se ha ejercitado la acción consagrada por el artículo 1405 del Código Civil, y si así fueran las cosas, nada habría que objetar a la tesis del Tribunal anteriormente expuesta.

Pero un estudio detenido de la intención de la parte actora, claramente expresada en la demanda, lleva a la conclusión de que los demandantes ejercitaron la acción petitoria del dominio como base y fundamento, la reivindicación que es consecuencia de ésta, y la de exclusión de bienes

indebidamente inventariados, que da efectividad a las acciones petitoria y reivindicatoria.

En la acción de nulidad de las particiones, establecida por el artículo 1405, se considera y juegan papel primordial los factores que hacen nulos e ineficaces los actos y declaraciones de la voluntad y que impiden la constitución y permanencia del vínculo jurídico, establecido o que se quiso establecer en el acto o contrato.

En la acción petitoria de dominio y en la acción reivindicatoria no se consideran esos factores sino que la cuestión se plantea en un plano muy distinto y con elementos diversos a los que entran en la acción de nulidad o rescisión. En la acción petitoria de dominio se discute a quién corresponde una cosa como dueño, y en la reivindicatoria se discute la entrega o restitución del bien sobre el cual versa esta acción.

Y son las acciones petitoria de dominio y reivindicatoria las ejercitadas por los actores en este juicio, luego el Tribunal no tenía porqué considerar una acción no incoada, como la de nulidad o rescisión de la partición, porque los términos de una demanda son los factores señalados por el actor como constitutivos del problema planteado ante el demandante y sometido a la decisión judicial, factores de que no puede salirse ni mucho menos variar el juzgador.

Si pues el Tribunal consideró un factor no señalado por la parte actora, y si el estudio de ese factor es una de las bases de la sentencia recurrida, se concluye que está demostrada y falta a la vista la segunda causal de casación invocada por la parte recurrente. La Corte observa que la parte actora no apoyó su demanda en el artículo 1405 del Cód.go Civil, y esto pone más de manifiesto tanto la intención del demandante, como el error del Tribunal.

El Tribunal, no obstante basar su sentencia en el concepto de que se ha ejercitado la acción de nulidad o rescisión de la partición en las sucesiones acumuladas de Luis y Marcelo Hurtado, expresó su concepto de que bien pudiera considerarse o sostenerse que se trataba de una acción de dominio, respecto de la cual dice lo siguiente:

"Pero esta declaración tampoco es posible hacerla, pues para su prosperidad (sic) es necesario comparar los títulos presentados por los herederos del presbítero Hurtado, con los que han invocado los demandados en su favor.... y como queda establecido el título presentado por la parte demandada, no puede desecharse mediante la cancelación de la inscripción."

La parte recurrente ataca este concepto, que es otra base de la sentencia del Tribunal fallador, en el segundo capítulo de su demanda, en el cual alega la causal primera de casación, y al efecto, entre los muchos argumentos aducidos por los recurrentes, se encuentra este:

"Luego el sentenciador, al reconocer mérito cualquiera que sea a las hijuelas invocadas por los demandados apreció mal los elementos probatorios que dejamos enunciados.... y los errores y la violación de la teoría jurídica que acabamos de alegar condujeron al sentenciador a quebrantar, como quebrantó, los artículos 673, 740 y 741 del Código Civil."

El Tribunal incurrió en una petición de principio, puesto que al tratar el punto de la reivindicación estimó que la hijuela presentada por los demandados era título suficiente mientras estuviera inscrito ese título, y que como no podía decretarse la cancelación de la inscripción porque no habían intervenido todos los que han figurado como herederos en las sucesiones de Luis y Marcelo Hurtado, mientras ese título subsista, no puede prosperar la acción reivindicatoria. En otros términos, procedió el Tribunal como si se tratara de la acción de nulidad o rescisión de la partición, y desde ese punto de vista estudió o consideró, para la acción reivindicatoria y para la acción de dominio, la hijuela presentada por la parte demandada, por donde se concluye que hubo una mala apreciación de esa prueba que lo llevó a la violación de los artículos citados por la parte recurrente.

El Tribunal ha debido comparar los títulos presentados por la parte actora y las demás pruebas aducidas por ésta para probar su derecho de dominio, con el título traído a los autos por la parte demandada, y así es como se procede en los juicios de dominio y reivindicación cuando por ambas partes se presentan títulos.

El Tribunal estudió la acción reivindicatoria, considerando únicamente una de las pruebas, la aducida por la parte demandada, como si se tratara de una acción de nulidad o rescisión de la partición.

Se concluye entonces que es fundada la acusación alegada en la segunda causal, y siendo esto así, debe entrar la Corte en el examen de las pruebas presentadas por ambas partes, para dilucidar cuál de ellas tiene el derecho de dominio sobre las cuotas de las casas cuya reivindicación se demanda.

Está plenamente comprobado en autos que el dueño de las casas a que se refiere la demanda, presbítero Eustaquio Hurtado, murió en Bogotá hace setenta y cinco años, el cuatro de marzo de mil ochocientos sesenta, y con los títulos presentados por la parte actora y que figuran a los folios 1 a 13 del cuaderno principal, está acreditado plenamente el dominio que sobre esas casas tuvo el precitado sacerdote, por compra que de ellas hizo.

Corre al folio 47 del cuaderno de pruebas de la parte actora el certificado del Registrador de instrumentos públicos y privados de Bogotá, del cual aparece que las tres casas señaladas en la demanda las adquirió el doctor Eustaquio Hurtado en esta forma "en el libro 17 de registro correspondiente al año 1842, a la página 15, bajo el número 56, se encuentra la siguiente inscripción: en catorce de enero del presente año se me manifestaron unos autos, en los cuales se celebró el remate de una casa en el barrio de Santa Bárbara, con fecha veintitrés de diciembre, ante el Escribano José Lucio Buergo y Juan de Hacos en

favor del doctor Eustaquio Hurtado, en cuatrocientos sesenta pesos, cuyo remate se aprobó por dicho Juez el 14 del corriente." La segunda de dichas casas, según consta de tal certificado, la adquirió el presbítero Hurtado por compra hecha a Anacleto Díaz en mil ochocientos cuarenta y seis, y la tercera la adquirió el año de mil ochocientos treinta y ocho.

Aparece además de ese certificado, que fue agregado a los autos el veintidós de julio de mil novecientos quince, que las tres inscripciones en lo que se refieren a Eustaquio Hurtado, no aparecen canceladas por ninguno de los tres modos que previene el artículo 759 del Código Civil. De ese certificado aparece también, que en el momento de expedirlo, las tres casas mencionadas eran materia de un juicio entablado por el Municipio al efecto de que fueran declaradas vacantes.

De la diligencia de inspección ocular practicada en cinco de agosto de mil novecientos quince, folios 31 del citado cuaderno, aparece que fueron identificadas las tres casas y que los peritos dictaminaron que son las mismas relacionadas en la demanda.

Es del caso observar que la parte demandada no ha objetado esos títulos, sino que su defensa se ha circunscrito a presentar la hijuela que al demandado Agustín A. Jiménez se le hizo en las sucesiones acumuladas de Luis y Marcelo Hurtado y a sostener que esa hijuela es título suficiente y que además los demandantes no son herederos de Eustaquio Hurtado.

Que los demandantes fueron reconocidos como parte en el juicio de sucesión del doctor Eustaquio Hurtado, se demuestra con la copia de los autos de fechas treinta de septiembre de mil novecientos siete y treinta de agosto de mil novecientos diez, dictados por el señor Juez 2º del Circuito de Bogotá, y que corren a los folios 20 vuelta a 23 del cuaderno principal. Es cierto que cuando fue incoada la presente demanda, o sea el cuatro de julio de mil novecientos catorce, se había pronunciado por el Juez 2º del Circuito de Bogotá la sentencia de fecha treinta y uno de octubre de mil novecientos doce, en la cual se declaró que ni José Luis Coferino Hurtado ni ninguno de los demandados (Ricardo, Marcelo, José Hilario, Encarnación, María Josefa y Rafaela Hurtado Benito) han sido o son herederos a ningún título de Eustaquio Hurtado, y que pertenecen al Municipio de Bogotá y no a la sucesión de Eustaquio Hurtado las fincas urbanas a que se refiere la demanda (las mismas sobre que versa la reivindicación de las cuotas a que se refiere este litigio), y que en consecuencia tales fincas no deben entrar en la partición de la sucesión por causa de muerte de Eustaquio Hurtado. Pero también es cierto que esa sentencia, lo mismo que la del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, fue revocada por la Corte Suprema de Justicia en virtud de su fallo de veintinueve de octubre de mil novecientos diez y nueve, en el cual la Corte entre otras varias hizo la siguiente declaración:

"3ª Se declara fundada la oposición hecha por el apoderado de María Josefa Hurtado B., Encarnación Hurtado Benito de Suárez, Demetrio Suárez, Ricardo Marcelo Hurtado R., a la entrega de las casas que se iban a entregar al Municipio de Bogotá, por no ser el caso de llevarse a cabo, ya que dichas casas pertenecen a la sucesión de Eustaquio Hurtado, representadas por los que aparecen en posesión de ellas, como herederos de Luis Hurtado, quien a su vez aparece serlo de Eustaquio Hurtado, y no ser por lo tanto vacantes."

No queda, pues, según lo anterior, para la parte demandada sino la hijuela de adjudicación en las sucesiones acumuladas de Luis y Marcelo Hurtado, de que ya se ha hecho mérito; de esa hijuela que en copia corre a los folios 9 vuelta y siguiente del cuaderno número 4, aparece que al demandado Agustín A. Jiménez se le adjudicaron las cuotas que se le demandan, en las sucesiones acumuladas de Luis y Marcelo Hurtado, en esta forma: como cesionario de Marcela Hurtado Benito y de Rafaela Hurtado de Escobar en la sucesión de Luis Hurtado, como cesionario de Encarnación Hurtado Benito en la sucesión de Marcelo Hurtado; y como cesionario de José María, María Josefa y Encarnación Hurtado Benito en la Ceiba.

Comparando los títulos presentados por la parte actora con los aducidos por la parte demandada, la Corte da preferencia a los de la primera por las siguientes razones:

a) Porque los títulos exhibidos por la parte demandante, y que datan de los años de 1838, 1842 y 1846, están de acuerdo con la antigua legislación española, Leyes de Partida, Leyes de la Recopilación de Indias (Ley 16, del Libro 5º, Título 8º), y las Leyes de 23 de mayo de 1826 y 14 de mayo de 1834, de la República de Colombia la primera y de la Nueva Granada la segunda, y demás leyes que reglamentaban el modo de transferir el dominio de inmuebles.

b) Porque rigiendo en la época de la adquisición de esas casas las leyes mencionadas, su adquisición fue hecha con justo título, que debe respetarse de acuerdo con el artículo 31 de la Constitución.

c) Porque según el certificado del Registrador de instrumentos públicos de que ya se hizo mérito, las inscripciones de los registros de las escrituras a favor del expresado señor Hurtado subsisten porque no han sido canceladas por ninguno de los modos de que trata el artículo 789 del Código Civil.

d) Porque está demostrado que los demandantes son sucesores del presbítero Eustaquio Hurtado.

e) Porque la parte demandada ha presentado como título la hijuela de adjudicación que se le hizo en las sucesiones acumuladas de Luis y Marcelo Hurtado, y es sabido que una hijuela no

acredita por sí misma el derecho de dominio en la cosa adjudicada, contra terceros poseedores, puesto que como el heredero no se le transmiten más bienes de los que pertenecían al difunto, la cartilla de adjudicación, aunque esté revestida de todas las formalidades legales externas, no es por sí sola prueba del dominio de la cosa adjudicada.

f) Porque no se demostró en el juicio, que los bienes adjudicados en la hijuela antes mencionada, hubieran sido de propiedad de Luis Hurtado.

Presentó además el demandado Agustín A. Jiménez, copia de la escritura 1571, de fecha diez de noviembre de mil ochocientos ochenta y ocho, pasada ante el Notario 2º de esta ciudad (folios 15 a 17 del cuaderno número 4), en la cual constan unas declaraciones de José María Hurtado, pero esta escritura no mejora en nada la condición del demandado por lo siguiente: porque se refiere a declaraciones hechas por José María Hurtado Benito a favor de José María Hurtado y no a la sucesión de Luis Hurtado; porque se refiere a unas ventas simuladas hechas a los padres de José María Hurtado, pero sin decir a qué bienes se refiere, con excepción de la finca de La Tebaida, que nada tiene que ver en este juicio y porque se refiere también a una venta hecha por Hurtado Benito a José María del mismo apellido de los bienes que quedaron en cabeza de sus finadas madre y tía, sin saber a qué bienes se refiere.

La petición quinta de la demanda no puede prosperar porque la entrega de las casas, verificada el 21 de junio de 1913, es la consecuencia de una acción judicial entablada por Jiménez, que prosperó y que dio por resultado la resolución judicial sobre entrega de esos bienes, y Jiménez partió de una base cierta en ese momento, o sea que existía una comunidad entre los demandantes y los demandados proveniente de las adjudicaciones hechas en las sucesiones acumuladas de Luis y Marcelo Hurtado. Y es hasta ahora, en virtud del fallo que ha de proferirse, que esa situación jurídica proveniente de esas adjudicaciones queda sin ningún efecto.

La parte demandada propuso varias excepciones perentorias que la Corte entra a analizar.

Falta de personería de los demandantes por no ser herederos de Eustaquio Hurtado. Esta defensa no puede prosperar, porque como ya quedó establecido y está comprobado en autos, la parte demandante sí tiene esa calidad.

Prescripción. Para que pudiera triunfar esta defensa sería necesario que la parte demandada hubiera poseído las cuotas de las casas por el término legal. Mas en autos se encuentra lo siguiente:

A los folios 9 y siguientes del cuaderno número 3 se halla la solicitud del demandante Agustín A. Jiménez, en nombre propio y en el de José Tadeo Castañeda, como apoderado de éste, en la cual solicita del señor Juez del Circuito de Bogotá que previa citación de los demás interesados se proceda al nombramiento de administrador de las casas señaladas en la demanda, porque dice lo siguiente: "estas casas sobre cuya propiedad existe la expresada comunidad han estado administradas por los tres comuneros de menos derecho.... sin que desde la constitución de la comunidad hayan dado participación a los restantes ni en la administración ni en los frutos de ella."

Pudiera decirse que como los comuneros poseen a nombre de la comunidad, debe contarse el tiempo desde que los restantes comuneros han estado en posesión de dichas casas, lo cual aprovecharía a los demandados. Pero resulta que de las declaraciones aducidas por la parte actora, que corren a los folios 22 a 25 del cuaderno número 3, aparece que tales casas han sido poseídas por la familia Hurtado durante más de treinta años, pero no derivado su título, según se desprende de tales declaraciones, de la adjudicación hecha a Agustín A. Jiménez en las sucesiones de Luis y Marcelo Hurtado. La hijuela de adjudicación hecha a Agustín A. Jiménez en las sucesiones de Luis y Marcelo aparece registrada el primero de julio de mil ochocientos noventa y nueve; de mil ochocientos noventa y nueve a mil novecientos quince, fecha en que declararon los testigos, transcurrieron diez y seis años, y como según los declarantes la familia Hurtado estaba en posesión de las casas hacía por lo menos treinta años, se concluye que esa posesión era muy anterior a la fecha del registro de la hijuela de Jiménez, y que por lo tanto no está demostrado que los demandantes poseyeran sin interrupción, en nombre de la comunidad que se formó por las adjudicaciones hechas en las mortuorias de Marcelo y Luis Hurtado, las casas a que se refiere la demanda. No puede por lo tanto darse por demostrado que los demandados hubieran poseído dichas casas en nombre de la comunidad que resultó de la partición de bienes en las sucesiones de Luis y Marcelo Hurtado, desde mil ochocientos noventa y nueve hasta el veinticinco de junio de mil novecientos trece, folios 14 del cuaderno número 3, en que tales casas fueron entregadas a un administrador, en virtud de haber prosperado la solicitud del demandado Jiménez, entrega que se verificó con protesta del apoderado de los Hurtados, quien se opuso a ella manifestando que las casas "no pertenecieron" a Luis y Marcelo Hurtado, y por consiguiente no son comunes entre los sucesores de éstos; porque dichas casas pertenecieron al doctor Eustaquio Hurtado.... porque por muerte del doctor Eustaquio Hurtado pasaron dichas casas a la propiedad de sus herederos; porque fueron inventariadas por el Juzgado 2º del Circuito como propiedad de dicho señor y en poder de sus herederos; porque las personas en cuyo nombre se hace la oposición fueron declaradas herederas del doctor Eustaquio Hurtado y partes en su juicio mortuorio; y porque dichas casas están hoy en poder de los herederos o sucesores de dicho señor, quienes las tienen arrendadas." Así se expresó el apoderado de los Hurtados, mas el Juez resolvió que se dejara constancia de la oposición, y verificó la entrega real y material de las supracitadas casas.

Puede decirse entonces que la posesión a favor de la comunidad por las adjudicaciones hechas en las mortuorias de Luis y Marcelo Hurtado empezó el veintiuno de junio de mil novecientos trece, y que como la demanda ordinaria que da motivo a este pleito fue notificada a los demandados en el año de mil novecientos catorce, está muy lejos de haberse corrido el tiempo para cualquier prescripción.

Existen otras consideraciones que refuerzan lo anterior. Muchos años después de haberse registrado la partición en las sucesiones acumuladas de Luis y Marcelo Hurtado, el nueve de febrero de mil novecientos ocho, se practicó la diligencia de inventario, avalúos y depósito de los bienes dejados por el presbítero Hurtado, entre los cuales fueron incluídas las casas a que se refiere la demanda. No se presentaron entonces los demandados Jiménez ni Castañeda. Hubo una oposición a la entrega por parte del Fiscal del Distrito Capital, quien reclamó esos bienes para el Distrito, porque aseveró ser vacantes. Mas su oposición no fue atendida por el Juez, y el Tribunal Superior de Cundinamarca, en providencia de treinta de abril del mismo año, confirmó la resolución del inferior, folios 16 vuelta y siguientes del cuaderno número 3. El Tribunal fundó su resolución confirmatoria en el hecho de que el Juez halló las casas en poder de los arrendatarios de los herederos del causante Eustaquio Hurtado y no en poder o en manos del Distrito Capital. Es pues incontrovertible la posesión de esas casas por los demandantes en su calidad de sucesores del doctor Eustaquio Hurtado.

Además de esto, de las mismas contrademandas aparece claro que los contrademandados han estado en posesión de las casas mencionadas desde el primero de julio de mil ochocientos noventa y nueve hasta el veintiuno de julio de mil novecientos trece, y que durante ese lapso los demandados percibieron los arrendamientos de tales casas sin darles o pagarles nada por ese concepto a los contrademandantes.

La defensa denominada falta de causa o inexistencia de la obligación tampoco puede prosperar porque está demostrado que los demandantes son sucesores de Eustaquio Hurtado y corre la misma suerte la que está fundada en el hecho de haber sido los demandantes partes en los juicios de sucesión acumulados de Luis y Marcelo Hurtado, porque tal hecho no envuelve una renuncia de sus derechos en la sucesión de Eustaquio Hurtado. Lo mismo puede decirse del hecho de haber sido los demandantes partícipes en la división de los bienes en las sucesiones de Luis y Marcelo y de haber aceptado dicha partición, porque se repite, esa aceptación no podía producir como efecto la anulación, la renuncia de los derechos que tuvieran los actores en la sucesión de Eustaquio Hurtado. Las renuncias de derechos no se presumen, y cuando en el presente caso existen factores contrarios a tales renuncias, hay que concluír que éstas no se han verificado.

La cancelación de la inscripción solicitada en el capítulo tercero petitorio de la demanda debe decretarse en lo que se refiere únicamente a la adjudicación hecha al demandado Agustín A. Jiménez, porque sólo respecto de éste está comprobada la adjudicación, y porque apareciendo otras adjudicaciones hechas en las sucesiones de Luis y Marcelo Hurtado, respecto de las cuales no se trabó la presente litis, es claro que éstas deben permanecer en vigor. La cancelación de una inscripción no puede decretarse en un juicio sino respecto de las partes que hayan sido demandadas.

En cuanto a las prestaciones solicitadas en la demanda, los demandados no pueden ser condenados sino a los frutos que hayan recibido del administrador de la comunidad y deben considerarse como poseedores de buena fe.

Finalmente no encuentra la Corte temeridad en la oposición, y por eso no es el caso de hacer condenación en costas en este pleito.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá con fecha once de junio de mil novecientos treinta y cuatro, revoca la proferida por el Juez 3º del Circuito de Bogotá con fecha treinta de mayo de mil novecientos diez y seis, y falla así este pleito:

Primero. Las tres casas ubicadas en Bogotá en el barrio de Santa Bárbara y alinderadas como se expresa en seguida, pertenecieron al presbítero doctor Eustaquio Hurtado y hoy pertenecen a la sucesión de dicho presbítero:

a) La ubicada en el barrio de Santa Bárbara de esta ciudad, en la antigua calle de El Divide, alias del Purgatorio, calle quinta, marcada con el número sesenta y cinco, así alinderada: por el Norte, con la antigua calle del Purgatorio, hoy calle quinta; por el Oriente, con casa que fue del presbítero doctor Eustaquio Hurtado, hoy de su sucesión; por el Sur, con casa que habitó José María Hurtado, que fue de Juana Talero, hoy de herederos de Luis Hurtado; y por el Occidente, con casa que fue de Manuela Castro, luégo de Adelaida Vásquez, y después de María Olaechea de Barriga; casa que adquirió el doctor Eustaquio Hurtado por compra que hizo a José Ramón Amaya, según escritura otorgada en Bogotá, el seis de junio de mil ochocientos treinta y ocho, ante el Escribano Público de número, señor Manuel Mendoza.

b) La ubicada en el barrio de Santa Bárbara de esta ciudad de Bogotá, antigua calle del Purgatorio, arriba del chorro que llamaron de María Teresa, hoy calle quinta, marcada con el número sesenta y tres, así alinderada: por el Norte, con la calle quinta; por el Oriente, con casa que fue de Luisa Dávila, que luégo habitó el señor Santiago Vargas, después de propiedad de Pompeyo García Valenzuela; por el Sur, con casa que fue de Juana Talero, luégo del doctor Marcelo Hurtado, hoy de los herederos de Luis Hurtado; y

por el Occidente, con casa que fue de Ramona Riaño, luégo del doctor Eustaquio Hurtado, hoy de su sucesión; casa que adquirió el doctor Hurtado por remate que de ella hizo en Bogotá el veintitrés de diciembre de mil ochocientos cuarenta y uno, ante el Juez Letrado de Hacienda, según consta de la escritura otorgada en Bogotá ante el Escribano Público, señor Eugenio de Elorga, el veintiuno de febrero de mil ochocientos cuarenta y dos; y

c) La ubicada en el barrio de Santa Bárbara de esta ciudad de Bogotá, en el ángulo que forman la cuadra cuarta de la carrera sexta y la cuadra segunda de la calle cuarta, marcada en su puerta principal con el número ciento ocho de la carrera sexta, y con los números veinticinco y veintisiete de la calle cuarta, deslindada así: por el frente a Occidente, con la carrera sexta, cuadra cuarta, la cual la separa de la casa que fue de herederos del señor Santiago Páramo; por el Norte, con la cuadra segunda de la calle cuarta, que la separa de la casa que fue del señor Manuel Manrique; por el Oriente, con casa que fue del señor Francisco Castañeda, luégo de Carmen Copete y después de Filomena Rey de Pardo; y por el Sur, con casa que fue de José María Plata, luégo de Félix Guillén, hoy de sus herederos, casa que adquirió el doctor Eustaquio Hurtado por compra a Anacleto Díaz, según escritura otorgada en Bogotá, el catorce de mayo de mil ochocientos cuarenta y seis, ante el Escribano Público, señor Cayetano Leiva.

Segundo. Dichas casas no han pertenecido, por lo tanto, al señor Luis Hurtado ni al doctor Marcelo Hurtado, y fueron indebidamente divididas y adjudicadas en la partición de los bienes de los mismos entre sus herederos y los cesionarios de algunos de dichos herederos.

Tercero. Se decreta la cancelación de la inscripción de las adjudicaciones que de las cuotas en las tres casas mencionadas, se hizo al señor Agustín A. Jiménez en la partición verificada en las sucesiones acumuladas de Luis y Marcelo Hurtado con fecha primero de julio de mil ochocientos noventa y nueve, bajo el número 58, a la página 202 del libro de causas mortuorias, inscripción verificada en la Oficina de Registro del Círculo de Bogotá. Para cuyo efecto se librará al Registrador de instrumentos públicos y privados de dicho Círculo, el oficio correspondiente, después de ejecutoriada esta sentencia.

Cuarto. Condénase a los demandados Agustín A. Jiménez y Tadeo Castañeda a restituir a la sucesión del presbítero Eustaquio Hurtado, las cuotas partes proindiviso, en las tres casas mencionadas, y en esta forma: Agustín A. Jiménez, las tres décimas partes de cada una de dichas tres casas, y el señor Tadeo Castañeda la quinta parte, o sean las dos décimas partes de las mismas, más los frutos que hayan percibido desde la notificación de la demanda hasta el día de la entrega. Para el efecto de estas prestaciones, los demandados son considerados como poseedores de buena fe. La restitución de las cuotas y de los frutos mencionados la harán los demandados seis días después de la ejecutoria de esta sentencia.

Quinto. Absuélvese a los demandados de los demás cargos de la demanda. No hay costas en el recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese y regístrese la sentencia.

EDUARDO ZULETA ANGEL—Liborio Escallón. Ricardo Hinestrosa Daza—Miguel Moreno Jaramillo—Juan Francisco Mújica—Antonio Rocha. Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

AGUAS: LOS ARTICULOS 892 y 893 DEL CODIGO CIVIL, AUNQUE ESTEN COLOCADOS EN EL CAPITULO "DE LAS SERVIDUMBRES NATURALES," NO SE REFIEREN REALMENTE A ELLAS—EL DERECHO CONCEDIDO POR EL ARTICULO 892 NO ES UN VERDADERO DERECHO DE USO DE LAS AGUAS—EL DERECHO DE LOS RIBEREÑOS AL USO DE LAS AGUAS ES UN DERECHO REAL, DE NATURALEZA ESPECIAL—ESTE DERECHO PUEDE CEDERSE TANTO EN FAVOR DE LOS RIBEREÑOS COMO DE TERCEROS NO RIBEREÑOS, Y MODIFICARSE, LIMITARSE Y AUN EXTINGUIRSE POR PRESCRIPCION DE UN TERCERO, RIBEREÑO O NO—LA CESION DE TAL DERECHO O LA ADQUISICION DE EL POR PRESCRIPCION, NO AFECTA A LOS DEMAS RIBEREÑOS—EL ARTICULO 893 ES APLICABLE ESPECIALMENTE EN AQUELLOS CASOS EN QUE EL PRESCRIBIENTE HA HECHO TRABAJOS U OBRAS APARENTES PARA EL USO DE LAS AGUAS—EL DERECHO DE QUE SE TRATA ES ALGO MUY DISTINTO DE LO QUE TECNICAMENTE DEBE CONSIDERARSE COMO SERVIDUMBRE DE ACUEDUCTO—CONSIDERACIONES FINALES

Casa la Corte la sentencia del Tribunal de Ruga, que fue materia del recurso, declarando probada la excepción de prescripción propuesta por el demandado, sobre el derecho de usar las aguas de "La Honda," por estimar que el derecho al uso de aguas puede adquirirse por prescripción por un tercero no ribereño.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA—SALA DE CASACION CIVIL—BOGOTA, ONCE DE JUNIO DE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO

(Magistrado ponente, doctor Eduardo Zuleta Angel).

I

Hechos.

a) Las aguas de la quebrada de La Honda descienden naturalmente del predio del señor Ciro Tascón al denominado La Argelia, situado en los Municipios del Cerrito y Guacarí (Valle del Cauca), de propiedad de la señora demandante, doña Teresa Martínez de Cabal.

b) Dichas aguas seguían corriendo por el mencionado predio de La Argelia, por un cauce natural, que actualmente se halla en seco, y que iba a morir, dentro del mismo predio de La Argelia, al río Zabaletas.

c) En el mes de agosto de mil novecientos veintidós, el señor Leonidas García, demandado en este juicio, desvió el curso de las aguas de La Honda por un cauce artificial, construído en la finca de La Argelia, con permiso que le otorgó el señor Daniel Cabal, arrendatario de tal hacienda.

d) Debido a eso, las aguas de La Honda, después de pasar por su cauce natural, de la finca de Ciro Tascón a La Argelia, continúan por ese mismo cauce natural, ya dentro del predio últimamente mencionado, en una extensión de unos ochenta metros, y en seguida entran a la acequia construída en agosto de mil novecientos veintidós, por Leonidas García,

---

COMENTARIOS DEL DOCTOR VALERIO BOTERO ISAZA

El Relator de la Corte, doctor Julián Motta Salas, siguiendo la orientación de publicaciones similares de países europeos, y en el deseo de hacer participar a los abogados y profesores colombianos en la formación de la jurisprudencia patria, ha invitado a varios profesionales a colaborar en la sección no oficial de la Gaceta Judicial, que él dirige, entre los cuales me ha incluído a mí, insinuándome de una manera especial la oportunidad de comentar la sentencia que la Corte acaba de dictar sobre el aprovechamiento de una corriente de agua, dada la circunstancia de que tanto en la sentencia como en el salvamento de voto del doctor Moreno Jaramillo, se cita mi obra sobre Régimen Legal de Aguas en Colombia.

A atender tan deferente invitación, van encaminadas estas líneas; y como mis opiniones serán francamente adversas a las doctrinas de la Corte, no puedo menos de anticiparme a rendir un homenaje a la honorabilidad, la laboriosidad y la competencia indiscutidas e indiscutibles del personal de la Corte Suprema, no sin declarar que en este caso no me siento dando los pasos vacilantes de quien pisa terreno deleznable, y por el contrario, creo pisar en mis razonamientos una plataforma de cemento armado, capaz de soportar el paso y la trepidación de un cañón Bertha calibre 42 (*).

La Corte sienta doctrina sobre varios puntos que iré examinando separadamente.

Anteriormente se había creído que los puentes y caminos, las calles y las plazas, los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales, eran bienes de la Nación de uso público (1).

Asimismo se había creído que sobre esos bienes se había reservado la Nación el derecho de dominio, precisamente para sacarlos del comercio, para hacerlos inenajenables e imprescriptibles, y para que evitando que pudieran ser objeto de un derecho exclusivo y absoluto de una o varias per-

(*) Desgraciadamente esa plataforma está hecha a base de doctrinas trasnochadas, como va a verse por las notas siguientes. (E. Z. A.).

(1) La Corte no ha negado ni desconocido en ninguna forma ese principio. En éste y los párrafos siguientes, el doctor Botero Isaza le atribuye a la Corte conceptos que ésta no ha expresado.

y van por esa acequia hasta el predio de éste, **que no es ribereno de la quebrada de "La Honda,"** después de atravesar una parte de **La Argelia** y la finca del señor Ramón Tascón.

II

Demanda.

El veintitrés de mayo de de mil novecientos veintitrés, el señor Dániel Cabal S., como representante de su legítima esposa, doña Teresa Martínez de Cabal, presentó ante el Juez del Circuito de Buga demanda ordinaria contra Ramón Tascón y Leonidas García, y en ella pidió que se hicieran las siguientes declaraciones:

a) Que el predio de **La Argelia** no carga con la servidumbre de acueducto a favor de los predios occidentales.

b) Que las aguas de **La Honda** deben volverse a su cauce natural o antiguo.

Al contestar la demanda, que le fue notificada el día treinta de mayo de mil novecientos treinta y dos, el señor Leonidas García dijo:

"Por haberse transcurrido un lapso de tiempo más que suficiente, propongo y alego la excepción perentoria de prescripción, desde que construí las obras necesarias y aparentes para la conducción de las aguas de **La Honda** a mi predio, por haber adquirido por ese medio el derecho a servirme de ellas en beneficio de mi referido predio, de conformidad con la ley civil."

III

Sentencia acusada.

El señor Juez del Circuito de Buga, en sentencia de tres de febrero de mil novecientos treinta y tres, declaró que no estaba probada la excepción propuesta y alegada por el demandado señor García; que la hacienda de **La Argelia** no carga con la servidumbre voluntaria de acueducto a favor de los predios inferiores pertenecientes a los demandados, y que, en consecuencia, las aguas de **La Honda** debían ser restablecidas a su cauce natural, que es el que desciende por la heredad del señor Ciro Tascón, y atraviesa la hacienda de **La Argelia**, en dirección noroeste, cauce que actualmente está en seco, y que termina dentro del predio de **La Argelia**, en su confluencia con el río Zabaletas.

El Tribunal Superior de Buga, ante el cual apeló oportunamente Leonidas García, confirmó la sentencia de primera instancia, por no haber transcurrido, desde que se construyeron las obras necesarias para el desvío de las aguas, hasta la contestación de la demanda, los diez años de que trata el artículo 9º de la Ley 95 de 1890, para constituir por prescripción las servidumbres continuas y aparentes.

El Tribunal convino en que sí habían transcurrido más de ocho años, desde que el señor Leonidas García, por la acequia que él construyó, desvió, para dirigir a su predio, las aguas de **La Honda**; pero consideró que no era el caso de aplicar el artículo 893 del Código Civil, que señala ese plazo para la prescripción adquisitiva al derecho de servirse de las aguas de uso público; pues, según el Tribunal, ese texto se refiere solamente a las aguas que corren por cauce natural, y no a aquellas que corren por un cauce artificial, como son las que llegan a la propiedad del demandado.

IV

Fundamentos del recurso.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación el apoderado del señor Leonidas García, quien acusó la sentencia, en primer término, por haber violado el Tribunal los artículos 9º de la Ley 95 de 1890 y 937 del Código Civil, por indebida aplicación al caso del pleito, y los artículos 892 y 893

---

nosas, pudieran llenar su misión de servir como bienes de uso público.

También se había creído que el derecho de uso que los particulares tienen sobre los bienes de uso público, si bien es un derecho distinto al que, con el nombre de derecho de uso se enumera entre las limitaciones de que es susceptible el derecho de propiedad, es con todo un derecho legal preciso, concreto, definido, tan definido, concreto y preciso, como cualquiera otro de los derechos civiles: el de herencia, el de hipoteca, el de dominio o el de servidumbre.

Se creía antes que ese derecho de uso que tienen los particulares sobre los bienes nacionales de uso público está acondicionado a la naturaleza misma de los bienes sobre los cuales se ha de ejercitar: así los caminos y las calles sirven para transitar por ellos, a pie y a caballo, en coche, bicicleta o automóvil, despacio y ligero, de día y de noche; sirven también para construir sobre ellos los edificios, para dar a éstos acceso, para darles luz y aire, etc. Los puentes tienen por objeto salvar los obstáculos que al tránsito oponen los ríos y los caños, secos por tiempos y por tiempos ocupados por corrientes. Los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales son susceptibles de aprovechamientos generales, es decir, que están al alcance de todas las personas, nacionales y extranjeras, católicas, protestantes y budistas, hombres y mujeres, niños y viejos; esos aprovechamientos son la navegación, el flote y la pesca. Otros aprovechamientos hay, que son especiales, y que sólo corresponden a los propietarios ribereños: esos son el riego, la fuerza motriz, los abrevaderos y la satisfacción de las necesidades inherentes a los menesteres domésticos. Como se ve, los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales son susceptibles de aprovechamientos especiales, como las calles y las plazas lo son también; no todo el mundo puede construir sobre ellos, sino exclusivamente los dueños de los lotes contiguos. El derecho de uso sobre los bienes de uso público era algo muy claro, muy preciso, muy sencillo, y así fue durante casi un siglo, desde el día en que el legislador chileno adoptó el proyecto del señor Bello, hasta el 11 de junio de este año de 1935; pero ese día sucedió que la Corte, desatendiendo a las diferencias que acerca de las corrientes de agua existen entre la legislación colombiana y la francesa,

del Código Civil, "al interpretarlos erróneamente, como también por omisión en no aplicarlos, siendo el caso de hacerlo."

Al efecto: el recurrente—después de observar que el Tribunal fundó su sentencia en la consideración de que el artículo 893 del Código Civil "sólo se puede aplicar a las aguas que corren por un cauce natural," y nó a las que corren por cauce artificial, que, según el Tribunal, "se rigen por lo dispuesto en el artículo 9º de la Ley 95 de 1890, en cuanto al término de la prescripción se refiere"—alega que "el cauce de desviación de las aguas necesariamente tiene que ser artificial."

"Si no existiera ese cauce artificial—continúa el recurrente—no sería el caso de la prescripción, a que se contrae el 893 del Código Civil, en su numeral 3º Exigir que el cauce del predio prescribiente sea natural, es desconocer el fenómeno de la prescripción adquisitiva, es olvidar sus requisitos y bases fundamentales; si el cauce del predio prescribiente debiera ser natural, no se daría nunca el caso de aplicar el artículo 893 del Código Civil, numeral 3º"

En segundo término, el recurrente acusa la sentencia por violación de la ley sustantiva, proveniente de la apreciación errónea de unas pruebas, de las cuales, en su concepto, ha debido deducir el Tribunal "que las aguas de la quebrada de La Honda, que salen del predio rural del señor Ciro Tascón, y pasan a la hacienda de La Argelia, han pasado de esta hacienda a la del señor Ramón Tascón, y de allí a la propiedad del señor Leonidas García, desde el año de mil novecientos veinte."

V

Examen de las causales aducidas.

En cuanto a la primera de las acusaciones hechas (violación de los artículos 892 y 893, por interpretación errónea, y de los artículos 8º de la Ley 95 de 1890, y 937 del Código Civil, por indebida aplicación), la Corte considera:

1º Que, no obstante estar colocados los artículos 892 y 893, en el Capítulo "De las servidumbres naturales," ellos no se refieren en realidad a **servidumbres**, por la sencilla razón de que los derechos allí consagrados no corresponden en forma alguna a la noción técnica de servidumbre. (Véanse en este sentido: Planiol Ripert y Picard, **Los Bienes**, número 497—Valcric Botero Isaza, **Régimen legal de aguas**, página 81— Baudry Lacantinérie et Chaveau, **De los Bienes**, número 853—Aubry et Rau, 5ª edición, tomo III, parágrafo 241, nota 7—Colin, Capitant y Julliot de la Morandière, 3ª edición, tomo I, página 749).

2º Que el derecho concedido por el artículo 892 del Código Civil a los riberanos de las aguas de uso público, tampoco es un verdadero derecho de uso, porque el derecho de uso se concede **intuitu personae**, no puede cederse, y no le permite al titular afectar la sustancia del objeto sobre el cual recae, a tiempo que, como se verá más adelante, el derecho concedido por el artículo 892 del Código Civil, **sí puede ser cedido** (Planiol Ripert y Picard, obra citada, número 497—Josserand, **Curso de Derecho Civil**, tomo I, número 1459).

3º Que, como lo dice Josserand (obra citada, número 1459), el derecho concedido a los riberanos de

---

abandonó la tradición colombiana y adoptó las tesis francesas (2).

"Ni mucho menos podrá pensarse—dice la Corte—para dudar de la aplicabilidad de lo expresado doctrina a nuestra legislación que, siendo diferente la clasificación que nuestro Código Civil

---

(2) La Corte, lejos de desatender las diferencias que, acerca de las corrientes de agua, existen entre la legislación colombiana y la francesa, estudió detenidamente tales diferencias para adaptar, en lo adaptable, las modernas creaciones de la doctrina y de la jurisprudencia francesa, a nuestra legislación sobre aguas, que se inspiró, en general en la legislación francesa, pues como lo dice el mismo doctor Botero, "los artículos 892 a 894 son una copia casi textual de los artículos correspondientes del Código Francés.... Don Andrés Bello siguió casi a la letra el modelo francés."

Sólo que la Corte al estudiar las diferencias entre una y otra legislación, tuvo en cuenta las leyes reformatorias, en esa materia, del Código Francés, que no fueron estudiadas por el doctor Botero, porque son posteriores a Demolombe, a Laurent y a los demás autores que él suele citar frecuentemente. De ahí, en buena parte, la disparidad de apreciaciones entre la Corte y el doctor Botero con respecto a las diferencias de la legislación francesa y la colombiana.

haga de las aguas de la que consagra la legislación francesa, carece de valor jurídico, para la interpretación exacta de nuestros artículos 892, 893 y 894, las grandes y recientes creaciones doctrinarias y jurisprudenciales hechas con respecto al artículo 644 del Código Francés, pues tales diferencias en la clasificación de las aguas en ninguna forma afectan ni menoscaban la identidad de la naturaleza de los derechos consagrados por una y otra legislación, ya que si bien es cierto que en el artículo 644 del Código Francés se excluyen los ríos navegables y flotables, para limitar los derechos de los riberanos a las otras aguas que nuestro Código Civil llama de uso público, tal exclusión—no tratándose como no se trata en este caso de ríos navegables—de ninguna manera impide o dificulta el aprovechamiento, para el progreso de nuestra jurisprudencia, de las doctrinas sobre régimen de aguas contenidas en esos grandes monumentos científicos que se han citado."

No dejará de haber jurisconsulto colombiano que se pregunte con cierta zozobra si en el personal de la nueva Corte han de seguir prevaleciendo las doctrinas francesas, aplicables a disposiciones legales existentes en Francia pero que no existen en Colombia, para trasplantar aquí problemas que nosotros no tenemos, y soluciones a problemas que nos son ajenos, con el fin de "buscar el progreso de nuestra jurisprudencia,

mismo por el artículo 644 del Código francés, que por el 892 del nuestro), es un derecho real, de naturaleza especial, que obedece a un estatuto que le es propio. Ya Planiol, Ripert y Picard (obra citada, número 497), al hablar sobre "la naturaleza del derecho de uso de los riberanos," habían dicho: "Se ha discutido mucho sobre la naturaleza de este derecho. ¿Se trata en realidad de un derecho en el sentido técnico de la palabra? Se ha pretendido que nó, considerando que se trata de una simple facultad. Lo que puede dar lugar a dudas a este respecto es que el derecho de los riberanos tiene un carácter inestable y precario, por causa de los poderes reconocidos a la Administración. Pero es necesario no exagerar el alcance de tales poderes. La Administración, como se verá, no hace sino reglamentar el derecho de los riberanos, que existe con independencia de ella, y la prueba es que el riberano puede usar libremente del agua, siempre que no perturbe el régimen de la ribera. Se trata, pues, evidentemente de un derecho, ¿pero de qué derecho? Es evidente, desde luego, que no puede verse allí un derecho de propiedad, puesto que **sabemos que el agua corriente no es susceptible de apropiación privada**.... No es menos cierto que no se puede jurídicamente reducir tal derecho a una servidumbre, a pesar de que el Código lo coloca en la categoría de las servidumbres, que se derivan de la natural situación de los lugares; pues, además de que sería bien difícil ver en el agua un predio sirviente perteneciente a

---

adoptando las doctrinas sobre régimen de aguas contenidas en esos grandes monumentos científicos que se han citado," como se lee en la sentencia que vengo analizando (3).

(3) Con cierta frecuencia—para disfrazar su pereza mental los que no quieren que el Derecho Civil vaya más allá de las concepciones de don Robustiano Vera y de don Jacinto Chacón—se suele proclamar, con toda clase de aspavientos, que lo que en Colombia rige es el Código de don Andrés Bello, que se basta a sí mismo, y que nada tenemos que ver aquí con la doctrina y la jurisprudencia extranjeras.

No es esa ciertamente la idea del doctor Botero al respecto, aunque éste y los párrafos siguientes parezcan darlo a entender así, pues él, no sólo en su obra, sino en la presente glosa, cita constantemente los viejos exégetas del Código de Napoleón.

De tal manera que lo que él encuentra mal es que la Corte no se inspire ya en Demolombe, en Mourlon y en Laurent, sino en las obras contemporáneas. Sus reparos—a juzgar por las frecuentes citas que él hace de todos los comentadores anteriores a 1880—versan pues sobre una cuestión de escuelas. El no quiere que en Colombia se abandone la Escuela de la Exégesis; no comprende porqué hayan de estudiarse los tratadistas modernos; no se resigna a que aquí Geny, Planiol, Josserand, Capitant, Bartin, Demogue, Picard, Bonnecase, etc., destronen a Marcadé y a Huc; no admite que, existiendo la obra de don Fernando Vélez, tan fuertemente saturada del Précis de Baudry Lacantinerie, se aprovechen las obras posteriores a Geny, cuyo tratado sobre los métodos de interpretación, marcó el comienzo de una nueva éra en el Derecho Civil de los pueblos latinos.

Naturalmente en este terreno toda discusión es difícil. A quienes, por temperamento, por vocación, por natural inclinación a lo antiguo, rechazan sistemáticamente las nuevas creaciones doctrinarias y jurisprudenciales, hay que respetarles esa venerable afición, aunque ellos sean naturalmente intemperantes en sus apreciaciones sobre la evolución del Derecho.

Quizás no esté tarde el día en que la Corte vuelva de su estupor y se dé cuenta de que si las obras de Baudry Lacantinerie y Chauveau, Aubry et Rau, Colin y Capitant y Julliot de la Morandière y Josserand, son grandes monumentos científicos, un monumento hay que les supera en mucho, y es la obra de don Andrés Bello que se llama Código Civil, y que rige en Colombia, Sur América.

También es posible que no muy tarde se penetre la Corte de que, entre aplicar teorías brillantes, ingeniosas, ideadas en países extranjeros, por expositores extranjeros, alrededor de legislaciones extranjeras, y de problemas extranjeros, a aplicar nuestra ley, con criterio nuestro, adaptado a tradiciones nuestras, para problemas nuestros, es esto preferible, aunque ello aparezca menos brillante para quienes se deslumbran con ambientes extraños, y quizás no aprecian a punto preciso el verdadero valor de lo autóctono (4).

En Colombia es necesario aplicar el Código Civil colombiano, por dos razones: en primer lugar, porque bueno o malo es el que rige, y en segundo lugar, porque si nos fuera dado elegir entre él y

(4) Podría pensarse por este y otros párrafos que el doctor Botero Isaza considera el Código Civil de don Andrés Bello como un producto de generación espontánea, sin antecedentes en el Código Francés, desligado de las concepciones jurídicas latinas, que tienen, en el Código de Napoleón, una de sus más acabadas sistematizaciones.

Pero ello no es así. El doctor Botero sabe muy bien hasta qué punto influyó en la obra de don Andrés Bello el Código Francés, y porque lo sabe, acude frecuentemente, para la interpretación de aquélla, al estudio de los comentadores franceses.

Lo autóctono, que tanto exalta al doctor Botero, sólo tiene en Colombia, en materia de aguas, dos manifestaciones: la obra del doctor Antonio J. Uribe y la del doctor Botero, que están en desacuerdo en los puntos a que especialmente se refiere la sentencia.

Si la Corte encontró mejor fundadas y más científicas las apreciaciones del doctor Uribe, esto no le quita su carácter de autóctona a la obra de este eminente profesor.

un propietario distinto del dueño del predio dominante, no se comprendería cómo el derecho del riberano puede ser empleado en provecho de un predio no riberano, ni se comprendería cómo tal derecho es cesible. Parece, en fin, difícil considerar ese derecho, a todos respectos, como un verdadero derecho de uso, puesto que este último, concedido **intuitu personae**, es incesible, y no le permite a su titular afectar la sustancia del objeto sobre el cual recae. **Así se tiende hoy, cada vez más, a hacer del derecho de los riberanos un derecho real, sui géneris, que tiene, como la enfiteusis, sus caracteres propios y su fisonomía original. Hay que diferirlo, pues, no tratando de clasificarlo en tal o cual categoría jurídica, sino determinando las reglas particulares a las cuales está sometido.**"

4ª Que, por lo mismo que no se trata de un verdadero derecho de uso, ni de una servidumbre, sino de un derecho real, **sui géneris**, cuya naturaleza no se opone a la cesibilidad de él, el derecho concedido por el artículo 892 del Código Civil a los riberanos, puede ser cedido por éstos, **tanto en favor de otros riberanos como en favor de terceros no riberanos**, y esto, según el principio general de que todo derecho de carácter patrimonial es cesible, a menos que la naturaleza propia del derecho, o un texto expreso de la ley se opongan a ello, siendo, por lo demás, obvio que la cesión transfiere al cesionario, sea o nó riberano, el derecho de servirse de las aguas exactamente en las mismas condiciones en que tal derecho existía en cabeza del cedente, es decir, con las mismas limitaciones y restricciones, y sin que los otros riberanos queden en condición distinta de aquella en que estarían si fuera el propio riberano superior el que ejercitara el derecho del artículo 892. "Doctrina bastante aceptada—dice con mucha razón el doctor Uribe en su **Estudio sobre servidumbres** (número 173)—es la de que los propietarios riberanos pueden ceder a terceros no riberanos el derecho que les pertenece de tomar agua, para que aquéllos la empleen en usos industriales. Creemos que, siendo una especie de propiedad, no hay motivo para impedir que usen de ella en beneficio propio, o la cedan, en la cantidad que les corresponda, a otro; pero agregamos que, ya sea que en absoluto se priven del agua los riberanos para cederla completamente y directamente a terceros, ya se trate de permitir nuevas derivaciones por los fundos limitados por las aguas, no puede hacerse sino en cuanto este orden irregular de cosas no perjudique en lo mínimo los derechos legales de los demás propietarios, siempre y cuando las aguas vuelvan a su cauce común, y que los cesionarios se abstengan de todo aquello que sería prohibido a los riberanos mismos."

Cuando el doctor Uribe escribió eso, ya esa doctrina de la cesibilidad, en favor de los terceros no riberanos, de los derechos otorgados por la ley a los riberanos, había sido no solamente aplicada por la Corte de Casación francesa, sino firmemente defendida por Aubry et Rau (tomo 3º, parágrafo 241, texto y nota 7 y parágrafo 246, texto y nota 26), y por Baudry Lacantinerie et Chauveau (obra citada,

---

el francés debíamos elegir el nuestro, que en este punto del régimen legal de las aguas es muy superior. Prueba de ello es que en Francia ha habido que acudir a toda esa literatura citada por la Corte, para explicar qué derechos se tienen sobre ciertas corrientes de agua, cosa que está definida en Colombia así: esas corrientes son de uso público de acuerdo con el artículo 677, y sobre ellas se tienen por parte de los riberanos los derechos contenidos en los artículos 892, 893 y 894 del Código Civil; eso es todo y nada más en Colombia; en Francia es otra cosa, para esas corrientes no existe la declaración de uso público del artículo 677 del Código Civil Colombiano, y no se sabe, por tanto, cuál es la naturaleza del derecho que se tiene sobre esas corrientes (5).

La Corte, abandonando nuestra legislación, y al ir a aplicar al caso del juicio la legislación francesa, se expresa así:

"Que el derecho concedido por el artículo 892 del Código Civil a los riberanos de las aguas de uso público tampoco es un verdadero derecho de uso."

Que "el derecho concedido a los riberanos (lo mismo por el artículo 644 del Código Francés que por el 892 del nuestro), es un derecho real de naturaleza especial, que obedece a un estatuto que le es propio."

Agrega la misma Corte, citando a varios expositores franceses:

"Se ha discutido mucho sobre la naturaleza de este derecho. ¿Se trata en realidad de un derecho en el sentido técnico de la palabra? Se ha pretendido que nó, considerando que se trata de una simple facultad. . . se tiende hoy cada vez más a hacer del derecho de los riberanos un derecho real sui generis. . . ."

Acerca de esta doctrina de la Corte, caben los siguientes comentarios:

Veamos ahora cuáles son las aguas corrientes naturales a cuyo uso, el artículo 884 del Código, da derecho al dueño de la heredad por donde pasan.

Estas aguas son de dos clases, a saber:

1ª Los ríos muy caudalosos, susceptibles de navegación o flote.

2ª Los ríos de poco volumen y todas las corrientes en general.

---

(5) Es lástima que el doctor Botero, por su afición a los viejos comentadores, no hubiera tenido ocasión de conocer, entre otras cosas, la ley francesa de 8 de abril de 1898, y la interpretación que de ella han hecho todos los modernos expositores. Si se hubiera tomado el trabajo de consultar las obras de éstos y de conocer la referida ley, habría visto que las corrientes a que él se refiere en este párrafo están perfectamente clasificadas hoy como **cosas comunes** (Planiol y Ripert número 457, Josserand número 1488), y que todas las apreciaciones de la glosa sobre tales corrientes son improcedentes.

número 853), quienes habían refutado en ese punto, victoriosamente, a Laurent. Después de escrita la tesis del doctor Uribe, la teoría de la cesibilidad fue ganando cada día mayor prestigio, hasta llegar a ser unánimemente aceptada. (Véanse Planiol, Ripert et Picard, obra citada, número 498, *in fine*; Colin Capitant et Julliot de la Morandière, tomo I, número 714; Josserand, obra citada, número 1459; Capitant, Nota en Dallos, 1902, 2, 25).

5º Que, por lo mismo que es cesible en favor de terceros, ribereños o nó, ese derecho concedido a los ribereños por el artículo 892, puede modificarse, limitarse y aun extinguirse por efecto de una prescripción adquisitiva en favor de un tercero, sea ribereño o no ribereño. Así lo reconoce hoy unánimemente la doctrina: "Si el derecho de uso de los ribereños—dicen Planiol, Ripert et Picard en su citada obra, número 498—por razón de su carácter de derecho real no se pierde por el no uso, puede, en cambio, desaparecer en su totalidad o en parte, por efecto de una prescripción adquisitiva, cumplida en provecho de un tercero. (En nota: **No es necesario que el tercero que invoca la prescripción sea un ribereño**). "Para que tal prescripción se cumpla, se necesita, por una parte, que el tercero oponga, al ejercicio del derecho del ribereño, una contradicción suficientemente caracterizada, para manifestar nitidamente su voluntad de impedir aquél; **esta contradicción resultará, sea de la construcción de trabajos aparentes y permanentes, tendientes a la apropiación exclusiva y casi total de la corriente de agua, que constituyan para el propietario inferior un impedimento material al ejercicio de su derecho, o ya sea de actos judiciales o extrajudiciales, hechos a pedimento del autor de tales trabajos.**" Ya antes, en ese mismo sentido, habían dicho Aubry et Rau (obra citada, parágrafo 246): "Pero siendo el derecho de uso de que se trata (el de los ribereños), a pesar de su carácter puramente facultativo, susceptible de constituir el objeto de una renuncia convencional, ese carácter no se opone a que tal derecho pueda extinguirse por la prescripción de treinta años, si se supone que una contradicción suficiente para poner al ribereño, al cual compete el derecho, en mora de hacerlo valer, ha sido seguida durante treinta años de la inacción de él. Esta contradicción puede, según las circunstancias, resultar, sea del simple establecimiento de ciertos trabajos sobre la corriente de agua, sea de actos judiciales o extrajudiciales, hechos a pedimento o requerimiento del autor de tales trabajos aparentes. Trabajos aparentes y permanentes, tales como una exclusa, un tambre, una compuerta, con la ayuda de los cuales uno de los ribereños ha desviado, en perjuicio de los ribereños inferiores, un volumen de agua mayor de aquel a que podía pretender, de conformidad con el artículo 644, y que

---

Los ríos de la primera clase son conocidos, en las legislaciones extranjeras, bajo la denominación de ríos navegables o flotables; los de la segunda, por oposición a los primeros, lo son bajo el nombre de ríos no navegables ni flotables.

Esta clasificación, de suma trascendencia en la legislación francesa y en las que la han tomado por modelo, no tiene importancia alguna entre nosotros. En nuestro Código, en efecto, los ríos navegables o flotables, lo mismo que todas las aguas que corren por cauces naturales, son bienes nacionales de uso público y sirven igualmente a la satisfacción de las necesidades domésticas, agrícolas e industriales de los fundos que lindan o atraviesan. En la legislación francesa, por el contrario, sólo los primeros están destinados a la satisfacción de las necesidades de toda especie, mientras que las aguas de los segundos, consagradas exclusivamente a la navegación o flote, no pueden ser distraídas en el servicio de la agricultura y de la industria.

Por lo que hace al principio de dominio que rige unos y otros ríos, la legislación francesa sólo declara ríos de dominio público los navegables y flotables (artículo 644, con referencia al 538 del Código Civil Francés). En cuanto al dominio de los demás ríos, la indecisión más completa ha reinado en todos los períodos de esa legislación (6).

El silencio del Código Francés sobre el dominio de estos ríos, da lugar a diversas interpretaciones y sistemas entre sus comentadores. Los unos, con Merlin, opinan que los ríos no navegables ni flotables son del dominio público (Merlin V. Riviere, tomo 17). Los otros, con Proudhon (Traité du domaine public, tomo 3º, página 333), los atribuyen a los propietarios ribereños. Entre estos sistemas extremos, Troplong ha ideado un sistema de conciliación en virtud del cual los ríos no navegables pertenecerían en principio a la Nación, la cual se habría despojado de ellos en favor de los ribereños, reservándose, sin embargo, sobre esos ríos una especie de *droit de retour*, de retrocesión.

Estos tres sistemas de Merlin, Proudhon y Troplong, que todos se apoyan en textos de sentido ambiguo o indeterminado, anarquizan la doctrina y dejan indecisas todas las cuestiones sobre el dominio de los ríos poco caudalosos, por falta de principios fijos escritos en la ley que las resuelvan.

Y si acudimos a las sentencias de los Tribunales de Justicia en busca de estas soluciones y principios, encontramos la misma indecisión y reserva en los jueces de la Corte de Casación, que es la que rige la jurisprudencia. Habiéndose presentado ante el Tribunal d'Argentieres un caso en que los dos sistemas encontrados de Merlin y de Proudhon, estaban en lela de juicio, sosteniéndose por una parte que los ríos de poco valumen son de dominio público, y por otra, que son de dominio privado, la Corte de Casación, llamada a dar juicio sobre la sentencia del Tribunal que

(6) Como ya está dicho en otra nota, no hay tal indecisión. La indecisión existe en los comentadores consultados por el doctor Botero, nó en los comentadores modernos.

han colocado, en consecuencia, a esos otros riberanos, en la imposibilidad de usar de las aguas desviadas, constituye, con respecto a ellos, una contradicción suficiente para hacerles perder, por prescripción, el derecho de reclamar ulteriormente el uso..... **Por lo demás, la prescripción puede, en las condiciones que acaban de ser indicadas, cumplirse, tanto en favor de un tercero no riberano como en provecho de los ribaranos.**"

6º Que la doctrina de Planiol et Ripert y de Aubry et Rau, a que se refiere el párrafo anterior (que es la misma expuesta por Baudry y Lacantinerie et Chaveau, obra citada, número 862, y la misma que el doctor Uribe acogió para interpretar los artículos 892, 893 y 894 de nuestro Código, obra citada, número 179), no sólo ha sido unánimemente aceptada por los expositores franceses, sino que ella, lo mismo que las demás doctrinas francesas arriba expuestas, son rigurosa y estrictamente aplicables a nuestra legislación, por las siguientes razones:

a) El artículo 644 del Código Francés, al cual se refieren las transcripciones hechas—y que superficialmente considerado, presenta, con respecto a nuestros artículos 892 y 894, diferencias, que son propiamente de redacción y de orden en la exposición de la materia—en realidad de verdad, si bien se estudia, no hace otra cosa que consagrar en favor de los riberanos de las allá llamadas aguas de uso común, un derecho de naturaleza absolutamente igual, idéntica, al consagrado por los artículos 892 y 894 de nuestro Código Civil, en favor de los riberanos de las aguas de uso público, siendo de advertir, para que no haya lugar a confusiones, que el primer inciso del mencionado artículo 644 del Código Francés corresponde a nuestro artículo 894, y el segundo inciso, al 892.

b) Cualquier duda que pudiera hacerse surgir, al respecto, de una confrontación material de los textos de una y otra legislación—por las ya anotadas diferencias de orden y de redacción en la presentación de la materia—desaparecen en absoluto con sólo ver cuál es el sentido y el alcance que la doctrina francesa le da unánimemente al artículo 644, sentido y alcance que no son otros que los de nuestros artículos 892 y 894 (véanse: Josserand, obra citada, número 1459; Colin, Capitant et Julliot de la Morandière, obra citada, número 715, 7ª edición; Planiol et Ripert, obra citada, número 498).

c) Ni mucho menos podría pensarse—para dudar de la aplicabilidad de la expresada doctrina a nuestra legislación—que siendo diferente la clasificación que nuestro Código Civil hace de las aguas, de la que consagra la legislación francesa, carecen de valor jurídico, para la interpretación exacta de nuestros artículos 892, 893 y 894, las grandes y recientes creaciones doctrinarias y jurisprudenciales hechas con respecto al artículo 644 del Código Francés, pues tales diferencias en la clasificación de las aguas, en

---

había hecho prevalecer la opinión de Merlin, en su fallo del 11 de febrero de 1834, dejó la cuestión indecisa. Troplong cita este fallo tan sólo para aplaudir su reserva.

Así, pues, la legislación, la doctrina y la jurisprudencia francesas son un caos insondable en punto a derechos de agua a causa del silencio del Código Francés sobre el dominio de los ríos llamados no navegables ni flotables.

De estas observaciones debemos deducir, para nuestra edificación, que no se deben escoger, sino con gran reserva y crítica, a los comentadores franceses como fuentes de instrucción en la materia (7).

Nuestro Código, al contrario del Código Francés, ha fijado notamente el principio de dominio que rige las aguas corrientes, en estos términos:

"Los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales, son bienes nacionales de uso público."

De este modo nuestro Código, huyendo de la ambigüedad e indecisión del Código Francés, tan decantada por Troplong, marca principios y derroteros fijos a una legislación complementaria sobre derechos de aguas.

Los anteriores comentarios, que alguien creería que han sido escritos por mí y para el caso concreto de comentar la sentencia de la Corte, fueron escritos desde hace cuarenta y cinco años, en 1890, por el eminente tratadista chileno Jacinto Chacón, y se encuentran textuales en su **Exposición razonada y estudio comparativo del Código Civil Chileno**, página 146.

Ya desde entonces había hecho notar él, que "la legislación, la doctrina y la jurisprudencia francesas son un caos insondable en punto a derecho de agua, a causa del silencio del Código Francés sobre el dominio de los ríos llamados no navegables ni flotables."

También había mostrado él el escollo en que pueden caer los admiradores incondicionales de los expositores franceses, si desatendiendo las diferencias sustanciales que en muchos puntos existen entre la legislación francesa y la colombiana, quieren trasplantar a nuestra jurisprudencia doctrinas que no se amoldan a nuestra legislación, o llenar con ellas vacíos que existen en la legislación francesa y no se observan en la nuestra. "No se deben escoger—dice Chacón—sino con gran reserva y crítica, a los comentadores franceses como fuentes de instrucción en la materia."

No se ve claro la necesidad de desechar esa doctrina sencilla, precisa, transparente, contenida en el salvamento de voto del Magistrado doctor Moreno Jaramillo, que se amolda al espíritu y a la letra de la ley, que da a las disposiciones del

(7) Cuando se conocen el Código Francés y el Colombiano y las leyes reformatorias de uno y otro en determinada materia, no hay que temerle a la obra de adaptación de la doctrina francesa, en donde todas las cuestiones jurídicas, lo mismo la relativa al régimen de aguas que todas las demás, han sido naturalmente mejor y más científicamente estudiadas que entre nosotros.

ninguna forma afectan ni menoscaban la identidad de la naturaleza de los derechos consagrados por una y otra legislación; ya que si bien es cierto que el artículo 644 del Código francés excluye los ríos flotables y navegables, para limitar los derechos de los riberanos a las otras aguas que nuestro Código Civil llama de uso público, tal exclusión—no tratándose, como no se trata en este caso, de ríos navegables—de ninguna manera impide o dificulta el aprovechamiento, para el progreso de nuestra jurisprudencia, de las doctrinas sobre régimen de aguas, contenidas en esos grandes monumentos científicos que se han citado.

7º Que la cesión a un tercero no riberano, o la adquisición por prescripción por parte de éste, de los derechos a que se refiere el artículo 893, en nada afecta a los otros riberanos (distintos del que hizo la cesión o de aquel contra el cual se prescribió), ni en forma alguna cambia la condición y la situación jurídica de ellos, porque ese tercero no riberano no puede hacer nada distinto de lo que el propio riberano podía hacer, ni adquiere otros derechos distintos de los que éste tenía, ni está exento de las obligaciones, restricciones y limitaciones a que está sujeto el derecho del riberano. Por todo lo cual carecen de importancia las consideraciones que, contra la doctrina que se viene exponiendo, suelen hacerse, en el sentido de que el derecho al servicio de las aguas no puede salir de los riberanos, a quienes se lo dio la ley, por razón de la misma ubicación de sus predios, como compensación a los inconvenientes que pue-

de acarrearles su misma calidad de riberanos, y por virtud de la naturaleza misma de las cosas, sin que la prescripción de que habla el artículo 893 pueda tener, según dicen quienes así razonan, otro efecto que el de invertir la prelación o preferencia que naturalmente tienen los riberanos superiores.

8º Que la circunstancia de que sean de uso público las aguas a que se refiere el artículo 893, tampoco es ni puede ser obstáculo para que se reconozca la prescriptibilidad y la cesibilidad de que se ha hablado, en favor de los no riberanos; pues lo que se adquiere por prescripción no es el río o la quebrada, o, en general, el agua de uso público de que habla el artículo 802, sino aquel derecho real **sui géneris**, de que se habló en los considerandos 3º y siguientes de esta sentencia.

9º Que el artículo 893 no hace distinción ninguna entre riberanos y no riberanos, ni en manera alguna, ni en ninguna forma excluye a los no riberanos de la prescripción que él reglamenta.

10. Que no haciendo ese texto diferencia entre riberanos y no riberanos, para el efecto de la prescripción de que en él se habla, y no excluyendo dicho texto a los no riberanos del derecho de adquirir por prescripción el servicio de las aguas a que se refiere el artículo 892, no hay razón ninguna para considerar que, conforme a la ley, los no riberanos no pueden adquirir por prescripción el derecho que el artículo 893 les da a los riberanos, porque, como se desprende de todas las transcripciones anteriormente hechas y de todas las razones arriba expuestas, la ex-

---

Código Civil referentes a régimen legal de las aguas una interpretación conforme con el común sentir de expositores y juzgadores colombianos; con la tradicional doctrina de los expositores chilenos; con la jurisprudencia de casi un siglo de los Tribunales chilenos y colombianos, para encajar esta materia, a la cual hay vinculados tantos derechos, tantos patrimonios, y que está íntimamente vinculada con varias de las principales industrias, en un malabarismo jurídico a que han tenido que acudir los expositores y los Tribunales franceses a falta de una ley tan clara y tan precisa como la nuestra.

"El artículo 644 del Código francés—dice la Corte al cual se refieren las transcripciones hechas—y que superficialmente considerado presenta, con respecto a nuestros artículos 892 y 894, diferencias, que son propiamente de redacción y de orden en la exposición de la materia—en realidad de verdad si bien se estudia, no hace otra cosa que consagrar en favor de los riberanos de las allá llamadas aguas de uso común, un derecho de naturaleza absolutamente igual, idéntica, al consagrado por los artículos 892 y 894 de nuestro Código Civil."

Que los aprovechamientos que consagran el artículo 644 del Código francés, de una parte, y los artículos 892 y 894 del Código Civil Colombiano, de la otra, sean prácticamente los mismos, puede ser verdad; pero que la naturaleza jurídica de las corrientes sobre las cuales se pueden ejercitar esos aprovechamientos sea la misma, es lo que es absolutamente inaceptable (8).

El Código francés se refiere a "las allá llamadas aguas de uso común," dice la Corte, es decir, se refiere a unas corrientes que no son bienes **nacionales de uso público**; y la prueba que no son bienes de uso público es el texto mismo del artículo 644, conocido así:

"Ceux dont la propriété borde une eau courante autre que celle que est declaré dependence du domaine public par l'article 538...."

Ese artículo dice "....las fleuves et rivières

---

(8) En la primera parte de este párrafo está la mejor defensa de la sentencia de la Corte. En efecto: lo que interesaba saber, ante todo y por encima de todo, para la aplicación de la doctrina que la Corte aplicó, era si el artículo 644 del Código francés, al cual se refieren las transcripciones hechas en la sentencia, consagraba un derecho igual al consagrado por los artículos 892 y 894 del Código Civil Colombiano. Ese era el punto fundamental. La Corte estimó que el derecho consagrado por el Código Colombiano en los mencionados textos, era un derecho de naturaleza absolutamente igual, absolutamente idéntica, al consagrado por la ley francesa en su artículo citado. El doctor Botero Isaza no pudo menos de reconocer en este párrafo que la Corte tenía razón en eso que es lo fundamental.

—Z—

sibilidad del derecho real sui géneris de los riberanos, aun en favor de terceros no riberanos, y la consiguiente posibilidad de que éstos adquieran por prescripción tal derecho, resulta de la naturaleza misma de éste, que, no siendo un derecho verdadero de uso, ni una servidumbre, se rige por la regla general de que todo derecho de carácter patrimonial es cesible y adquirible por un tercero, en virtud de la prescripción.

11. Que tampoco habría razón para pensar que la prescripción de que habla el artículo 893 no se refiere sino a la prelación o preferencia que, por razón de la misma ubicación de su predio, pueda tener el riberano superior con respecto al riberano inferior, pues aparte de que el texto dice muy claramente que lo que puede adquirirse por la prescripción allí reglamentada es "el derecho de servirse de las mismas aguas" a que se refiere el artículo 892, no puede perderse de vista que lo que el artículo 892 le reconoce al riberano contra quien se prescribe, no es un derecho de prelación sino un derecho real sui generis, a servirse de las aguas para menesteres domésticos, irrigaciones, abrevaderos, etc.; y que este derecho —que, como se ha dicho tantas veces, es por su naturaleza misma cesible y susceptible de ser adquirido por un tercero, en virtud de prescripción—es, por lo tanto, el derecho que los terceros pueden prescribir contra el riberano.

12. Que el artículo 893—que, según todo lo dicho, se refiere tanto a los riberanos como a los no riberanos—es especialmente aplicable en aquellos casos en que el prescribiente ha hecho trabajos o ejecutado obras aparentes y permanentes para desviar y poder utilizar en su predio las aguas de uso público, ya que, como se desprende de las citas antes hechas, tales obras o trabajos constituyen precisamente el fundamento de la prescripción.

13. Que, por todo lo dicho, es perfectamente aplicable al caso del presente litigio el mencionado artículo 893, sin que pueda argüirse contra ello, como arguye el Tribunal, que el citado texto "sólo se puede aplicar a las aguas que corren por un cauce natural," por estar colocados los artículos 892 y 893 en el capítulo de las servidumbres naturales; pues, por una parte, como ya se explicó, esos textos en realidad no se refieren a servidumbres de ninguna clase, y por otra parte, el cauce artificial hecho por García para desviar las aguas a su predio, constituye precisamente uno de esos trabajos aparentes y permanentes que, junto con el transcurso del lapso requerido, fundamenta la prescripción adquisitiva en favor de terceros riberanos, del derecho a servirse de las aguas a que se refiere el artículo 892.

14. Que, finalmente, esta interpretación de la Corte dada a los artículos 892 y 893 del Código Civil, es no sólo la que mejor responde al texto mismo de la ley, a su fórmula literal, sino también la que mejor atiende al elevado criterio social que caracteriza las modernas concepciones jurídicas.

Como de todo lo dicho se deduce que hay que infirmar la sentencia dictada por el Tribunal de Buga —por haber dejado éste de aplicar al litigio, en virtud de una mala interpretación, los artículos 892 y 893 del Código Civil, y haber aplicado, en cambio, sin ser aplicables, los artículos 9º de la Ley 85 de 1890 y 937 del Código Civil—y que es necesario, en

---

los portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont considérés comme des dépendances du domaine public."

El artículo 892 del Código Civil dice: "El dueño de una heredad puede hacer, de las aguas que corren naturalmente por ella, aunque no sean de su dominio privado," es decir, aunque sean de uso público.

El artículo 644 se refiere a aguas que no sean de dominio público; el artículo 892 se refiere aun a aguas que sean de uso público. ¿podrá sostenerse que entre estas dos disposiciones hay simplemente "diferencias, que son propiamente de redacción y de orden en la exposición de la materia?" ¿Serán simples diferencias de redacción el no que se lee en el Código francés cuando señala los derechos de los riberanos que no pueden usar las aguas consideradas como dependencia del dominio público, es decir, las aguas de uso público; y el sí que se lee en nuestro artículo 892, que sí permite a los riberanos usar las aguas de uso público? ¿El sí y el nó son simples diferencias de redacción y de orden en la exposición de la materia?

Pues de esta errónea apreciación del sí y el nó, que la Corte ha convertido en palabras sinónimas, dependió que haya podido aplicar aquí a aguas de uso público doctrinas francesas que se refieren a aguas que no son allá de uso público. Y es precisamente porque allá esas aguas no son de uso público, no son inenajenables, no son imprescriptibles, por lo que en Francia los propietarios no riberanos las pueden prescribir, y por lo que los propietarios riberanos las pueden ceder; pero en Colombia, donde sí son de uso público, sí son inenajenables y sí son imprescriptibles, los propietarios no riberanos no las pueden prescribir, y los riberanos no las pueden ceder (9).

Basándose la Corte en que el propietario riberano no tiene un verdadero derecho de uso, ni una servidumbre, "sino un derecho real sui generis cuya naturaleza no se opone a la cesibilidad de él, el derecho concedido por el artículo 893 del Código Civil a los riberanos puede ser cedido por éstos, tanto en favor de otros riberanos como en favor de terceros no riberanos, y esto, según el

---

(9) El doctor Botero divaga en estos párrafos sobre cuestiones que no vienen a cuento. Reconocido por él que los derechos que consagran el artículo 644 del Código francés, de una parte, y los artículos 892 y 894, de la otra, son prácticamente los mismos, carece de importancia todo lo que sigue, porque en esa identidad en la naturaleza de los derechos se funda la aplicabilidad de la doctrina francesa a los artículos 892 y 894.

consecuencia, dictar el fallo que deba reemplazar dicha sentencia, se procede a la exposición de los considerandos que deben sustentar el nuevo fallo:

Primero. Según resulta de las mismas pruebas analizadas por el Tribunal, y de lo aceptado al respecto fundadamente por éste, hace más de ocho años que Leonidas García hizo, para llevar a su predio, y utilizar allí las aguas de la quebrada de **La Honda**, trabajos apeñiles y permanentes.

Segundo. Desde entonces, desde que hizo esos trabajos, hace más de ocho años, se sirve Leonidas García de tales aguas, que llegan a su predio por un cauce artificial, construído por él, por medio del cual desvía, después de que han entrado por un cauce natural al predio de **La Argelia**, las aguas de la referida quebrada.

Tercero. En el mes de octubre de mil novecientos veinticinco, el mismo García promovió querella de policía contra el demandante en el presente juicio, para que se decretara el **statu quo** definitivo con respecto a la desviación de las aguas de **La Honda**, y, en consecuencia, se prohibiera al señor Cabal, bajo la sanción de una multa, ejecutar obras de cualquier clase, tendientes a impedir o dificultar la conducción de las aguas de **La Honda** al predio de García.

Cuarto. Esta querella fue en definitiva resuelta en un todo de acuerdo con las pretensiones de García.

Quinto. El señor Alfredo Cabal, siendo arrendatario de la dicha finca **La Argelia**, le concedió al señor Leonidas García permiso para tomar las aguas de **La Honda**, y llevarlas al predio de éste por un cauce artificial, construído, en parte, en la propia hacienda de **La Argelia**. Ese permiso concedido por Alfredo Cabal—y que varios de los testigos califican de cesión hecha por Alfredo Cabal en favor de Leonidas García fue otorgado sin autorización y sin consentimiento del propietario de **La Argelia**, y carece, por consiguiente, de valor. Si se tratara de un permiso válido y eficaz, no nos encontraríamos frente a un fenómeno de adquisición, por prescripción, del derecho que por virtud del artículo 892 tenía el dueño de **La Argelia** sobre las aguas de **La Honda**, sino en presencia de una adquisición por cesión. No habiendo sido dado o autorizado por el dueño de **La Argelia** tal permiso, no puede hablarse de cesión, pero tampoco puede pensarse que el permiso en cuestión haya dado origen a una posesión precaria. Si

---

principio general de que todo derecho de carácter patrimonial es cesible....."

Para sustentar su tesis, la Corte trae numerosas citas de los expositores franceses, referentes todas ellas al artículo 641 del Código francés, que dice:

"El que tenga un manantial en su fundo puede usar de él como quiera, salvo el derecho que el dueño del predio inferior haya podido adquirir por título o por prescripción" (10).

Acerca de esto, caben las siguientes refutaciones:

Como se ve, la disposición francesa se refiere expresamente a un manantial de propiedad privada, y es lógica con los principios del dominio cuando establece que el uso de las aguas de ese manantial perteneciente al predio superior puede ser limitado por el hecho de adquirir el dueño de la heredad inferior, **por prescripción u otro título**, el derecho de servirse de las mismas aguas. Pero nuestra legislación se refiere expresamente a aguas que corren por cauces naturales; ¿cómo entiende, pues, nuestro Código que puede adquirirse por prescripción u otro título, el derecho de servirse de aguas que, por ser bienes nacionales de uso público, son inalienables e imprescriptibles? Vamos a verlo.

Troplong, exponiendo el artículo francés, de donde ha sido tomado el nuestro, dice:

"El agua corriente que brota de un manantial dentro de una propiedad privada pertenece exclusivamente al dueño del suelo, y nadie puede servirse de esta agua de manera que lo cause perjuicio. Así el que quisiera arrogarse el derecho de desviar las aguas o de absorberlas por cualquier causa que fuera, o que pretendiera embarazar el libre ejercicio del derecho del propietario arrogándose el derecho de sacar agua o de abrevar los animales en ese manantial, invadiría una propiedad privada, cometería una usurpación en la casa de otro. Pero si el agua corriente es la de un río navegable (538), es otra cosa....."

El Código francés admite, pues, la enajenación y la prescripción respecto de las aguas de una vertiente que nace en el fundo de un propietario (artículo 641, Código Civil francés), esto es, respecto de aguas de derecho privado, porque ellas se rigen como todos los bienes de esa clase, por el derecho común, pero no las admite respecto de aguas públicas, como son los ríos navegables o flotables, únicos declarados dependencia del dominio público en el artículo 538 de dicho Código (11).

También pudiera creerse que las anteriores refutaciones a la doctrina de la Corte han sido escritas por mí y para este caso concreto, pero ellas son del mismo Chacón (página 440), y explican suficientemente que el doctor Antonio José Uribe, autoridad indiscutible, se pronunciara a favor de la cesibilidad del derecho de uso del propietario ribereño: él, lo mismo que la Corte, aplicó los comentarios que los expositores franceses hacen al artículo 641 de su Código, que no

---

(10) Las citas no se refieren, como lo dice el doctor Botero, al artículo 641, sino al artículo 644. De tal manera que carecen de importancia todas las consideraciones que él hace, en seguida, sobre la base errónea de que las citas hechas por la Corte se relacionan con el artículo 641 del Código francés.

(11) Todo el contenido de éste y de los párrafos anteriores se funda en la equivocación en que incurrió el doctor Botero, y a la cual se refiere la nota anterior.

ese permiso concedido por el arrendador hubiera sido temporal; si García hubiera contraído alguna obligación correlativa sobre devolución de las aguas de **La Honda**, o se hubiera comprometido a pagar algún canon de arrendamiento, etc., podría encontrarse en el permiso, aun sin haber sido éste autorizado por el dueño, un obstáculo para la prescripción, por implicar falta de **animus domini**. Pero concedido por el arrendatario el permiso, lisa y llanamente, en una forma que induce a los testigos a calificarlo espontáneamente de cesión del derecho de uso de las aguas, es evidente que no puede verse en el mencionado permiso un título que excluya el **animus domini**, sino por el contrario, un hecho que pone de manifiesto ese **animus domini** por parte de García.

Sexto. Confirma lo que acaba de exponerse, la querella de policía, de que ya se habló, promovida en octubre de mil novecientos veinticinco, por García, contra el demandante en el presente juicio.

Séptimo. Ya por la aplicación que, por analogía, debe hacerse, al caso presente, del artículo 385 del Código Civil; ya por aplicación de la regla **tantum prescriptum quantum possessum**, García tiene, por virtud de la prescripción, no sólo el derecho de servirse de las aguas de la quebrada **La Honda**, sino también el derecho de servirse de ellas en la forma en que lo ha estado haciendo desde el año de mil novecientos veintidós. Es decir, que tiene—porque sobre esa base se operó el fenómeno de la prescripción por virtud del cual adquirió **el servicio de las aguas**—el derecho accesorio de llevarlas a su predio, para ese servicio, por el cauce que él mismo construyó en el referido año, cauce que atraviesa una parte de la finca **La Argelia**. La conducción de las aguas por ese cauce constituye un medio para el ejercicio del derecho principal. De éste es inseparable, por la naturaleza misma de las cosas, el derecho accesorio de que se acaba de hablar. La prescripción se extiende a ambos. El alcance de ella lo determina el hecho de que, durante todo el lapso de los ocho años, García se sirvió de las aguas de **La Honda** tomándolas de su cauce natural en el predio de **La Argelia** y llevándolas a su predio por el cauce artificial; pero ese derecho accesorio adquirido por García—que es un derecho que depende del derecho principal, que no existe sino en cuanto exista, que tiene modalidades que se derivan de la naturaleza misma del derecho principal, que está absolutamente condicionado por las características, por las limitaciones y por las cargas del derecho principal es algo muy distinto de lo que técnicamente debe considerarse como servidumbre de acueducto. Esta tiene una exis-

---

refiere a aguas de propiedad privada, al artículo 892 de nuestro Código, que trata de aguas de uso público, confusión muy explicable, ya que una y otra disposición hablan de título y de **prescripción**; sólo que a estos términos hay que darles su sentido natural y obvio cuando se trata de aguas de propiedad privada, y es lo que hacen los expositores franceses, y en parte el doctor Uribe siguiéndolos, erróneamente en mi concepto; pero cuando se trata de aguas de uso público, hay que darles el sentido que expuse en mi obra sobre **Régimen Legal de Aguas en Colombia**, y que sería prolijo repetir aquí.

En mi concepto los artículos 892, 893 y 894 del Código Civil forman un conjunto armónico, y están de tal manera ligados entre sí, que bien se hubieran podido redactar en un solo artículo. Ellos consagran los derechos que los riberanos, y sólo los riberanos, tienen para usar las aguas de uso público; establecen prelación de los riberanos superiores sobre los inferiores; obligan a los primeros a hacer un uso conveniente del agua y a volver el sobrante al cauce, precisamente para que se aprovechen de él los riberanos inferiores. Esto es lo normal; pero el artículo 893 establece que por medio de obras ejecutadas en el predio del riberano superior, y el transcurso del tiempo, el riberano inferior puede adquirir por prescripción el derecho preferente al uso del agua; derecho preferente que también puede adquirir por medio de un título, es decir, por medio de la cesión que el riberano superior hace al inferior, no del derecho de servirse del agua, ya que ese derecho lo tienen todos los riberanos, sino de servirse de ella de una manera preferente, ya que ese derecho preferente corresponde a cada riberano superior con relación a todos y cada uno de los riberanos inferiores (12).

La Corte considera que un riberano puede enajenar a favor de un fundo no riberano su derecho de uso. Supongamos que un riberano tiene mil fanegadas de tierras riberanas, pero no las riega; pueda, según la doctrina de la Corte, ceder a otra persona, no riberana, ese derecho a usar el agua para el riego de mil fanegadas, dejando sin agua a uno, diez, cien riberanos inferiores, dejando sin agua una planta eléctrica que sirva, por ejemplo, para el alumbrado de Bogotá, dejando sin agua cincuenta o cien bombas montadas sobre la misma corriente, o sin agua tuberías muy costosas para riegos, fuerza motriz o menesteres domésticos. Pero se dirá, en todo caso hay que volver el sobrante; ¿pero si no hay sobrante, o si el sobrante se reduce a la décima, la centésima o la milésima parte del agua tomada?

Partiendo de la base de que sólo los riberanos podían usar las aguas de uso público, se invirtieron grandes capitales en empresas que aprovechaban las corrientes, ahora va a suceder, cuando también los no riberanos puedan adquirir derecho al uso de las mismas corrientes, que los riberanos inferiores van a quedar sacrificados en beneficio de predios situados más arriba, pero que no son riberanos.

Además, si un riberano puede ceder su derecho de uso, otro riberano, que también tiene derecho de uso, también lo podrá ceder; el primer derecho será sacrificado al segundo, con la sola con-

---

(12) Estos conceptos, que ya el doctor Botero había expuesto en su libro, están superabundantemente refutados en la sentencia.

tencia propia: no depende en forma alguna del derecho, completamente distinto, que el mismo sujeto puede tener a tomar un agua determinada, y está regulada—en cuanto a su constitución, en cuanto a su ejercicio, en cuanto a los derechos y obligaciones de los dueños de los predios sirviente y dominante, en cuanto a su extinción, etc.—por normas determinadas, que en mucha parte son inaplicables a un derecho accesorio, como el adquirido por García.

Octavo. En virtud de esas diferencias fundamentales entre lo que técnicamente es una verdadera servidumbre de acueducto y lo que es el derecho accesorio que se le reconoce a García (por aplicación del artículo 895 del Código Civil, y en virtud de la regla **tantum prescriptum quantum possessum**), la Corte—estando, como está planteado, en concreto, el asunto de la existencia de una **servidumbre de acueducto**—tiene que declarar que el predio de **La Angelia** efectivamente no carga con lo que en realidad es una servidumbre de acueducto, sin que esto signifique que García carezca del derecho accesorio de llevar hasta su predio, **en la forma en que lo ha estado haciendo hasta ahora**, y por el mismo cauce que ha estado empleando al efecto, las aguas de **La Honda**; pues, se repite, entre este derecho accesorio y la verdadera servidumbre de acueducto, existen notorias diferencias.

Noveno. Con respecto a la segunda petición formulada por el demandante, la Corte considera que ella no se refiere a la devolución del sobrante, de que habla el inciso 2º del artículo 892, sino que, mediante tal petición se pretende, como se deduce del texto de la demanda, que se impida que las aguas, en el punto que las toma García, continúen entrando al cauce construído por éste y corriendo por él. Por tal motivo debe negarse dicha segunda petición, con la advertencia de que la Corte nada resuelve acerca de si hay o nó lugar a "hacer volver el sobrante al acostumbrado cauce a la salida del fundo," por no haberse formulado petición al respecto, explicación ésta que debe servir para entender el punto 3º de la parte resolutiva.

En mérito de todo 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, **infirma** la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Buga el treinta de mayo de mil novecientos treinta y cuatro, en el juicio promovido contra Leonidas García y Ramón Tascón por el señor Daniel Cabal, como representante de su mujer legítima, doña Teresa Martínez de Cabal; revoca la dictada en el mismo juicio por el Juez de primera instancia, y en su lugar

resuelve:

Primero:

Está probada la excepción perentoria de prescripción propuesta por el demandado, al contestar la

---

dición de que la cesión la haga un ribereño superior, y este segundo será sacrificado a un tercero, y así indefinidamente, de manera que nunca habrá estabilidad, nadie se atreverá a montar una empresa costosa que requiera fuerza motriz hidráulica, o un acueducto, o una toma en que tenga que vincular gran capital. La inestabilidad será absoluta, y a los pleitos descendientes de este fallo se les podrá aplicar la promesa bíblica de que se multiplicarán como las arenas del mar y como las estrellas del cielo (13).

Hasta hoy quien no tenía necesidad de agua podía prescindir de impedir que otro la usara, seguro de que si éste no era ribereño, no la podía prescribir, y aquél podía usarla cuando quisiera. Así, y confiados en esta convicción, se consuma-

---

(13) Si se tiene en cuenta que el tercero—de acuerdo con la sentencia de la Corte—no puede llegar a adquirir otras facultades y otros derechos que los que el propio ribereño podía ejercitar para sí, y esto con todas las limitaciones y cargas inherentes al derecho del ribereño, no se ve en qué pueda perjudicar a los ribereños inferiores el que un tercero haga lo que el ribereño superior podía hacer.

La Corte nada ha dicho o resuelto, ni era el caso, sobre la extensión de los derechos de los ribereños superiores con respecto a los inferiores. Cuando la Corte llegue a decidir este punto—si por desgracia lo resuelve desacertadamente—tendrá razón el doctor Botero en decir lo que ahora dice sin razón. Por lo pronto todas estas lamentaciones son improcedentes.

ron ya centenares y miles de prescripciones, sin que los perjudicados hubieran pensado siquiera que hubiera empezado a correr el término requerido.

En lo futuro, el ribereño tendrá que usar el agua, necesítela o nó la necesite, si quiere defender su derecho de uso; porque el derecho que tiene el ribereño es el de usar el agua, y el de impedir que otro, que no tenga derecho a ella, la use en perjuicio suyo; quien no usa el agua no tiene derecho a impedir que otro la use, porque él no tiene un derecho de dominio, como tal exclusivo y absoluto, sino un simple derecho de uso; en cuanto use el agua, ejercita un derecho, cuando no la usa no tiene derecho alguno actual. El no puede hacer que otro prescinda de usar el agua, con el solo fin de verla correr. De hoy en adelante, si quiere conservar su derecho tiene que simular un aprovechamiento, y mediante él impedir el uso efectivo que otro quiera hacer o esté haciendo, para evitar que prescriba el derecho de uso en perjuicio suyo.

La experiencia irá diciendo al país los conflictos nacidos de esta innovación de la Corte, y la ruina de muchas industrias dirá a las familias de sus dolorosos efectos (14).

---

(14) Al contrario de lo que el doctor Botero supone, la doctrina de la Corte permitirá—y el caso concreto que contempla la sentencia lo demuestra—que se funden y prosperen muchas industrias que un exagerado individualismo liberal en la exégesis del Código no hubiera dejado crear o subsistir.

demanda, en estos términos: "Propongo y alego la excepción perentoria de prescripción, basada en haber transcurrido un lapso de tiempo más que suficiente, desde que construí las obras necesarias y aparentes para la conducción de las aguas de **La Honda** a mi predio, para haber adquirido por ese medio **el derecho de servirme de ellas en beneficio de mi predio,**" de conformidad con la ley civil.

Segundo:

El predio denominado **La Argelia**, descrito por su ubicación y linderos en la demanda, no carga con la servidumbre de acueducto a favor de los predios occidentales, pertenecientes a los señores Ramón Tascón y Leonidas Garcés.

Tercero:

No es el caso de declarar, y por ello **no** se declara, que las aguas de **La Honda** deben devolverse a su cauce natural o antiguo.

Sin costas.

EDUARDO ZULETA ANGEL.—**Liborio Escallón. Ricardo Hinestrosa Daza—Miguel Moreno J.—Juan Francisco Mújica—Antonio Rocha—Pedro León Rincón.** Secretario en propiedad.

Todo parece indicar que se debe aspirar a dar desarrollo a la jurisprudencia, cuando por carencia de legislación ésta necesario amoldar Códigos centenarios a situaciones creadas, por ejemplo, por la aviación para arriba, y por la explotación de petróleos para abajo, cuando se trata de fijar el verdadero derecho del propietario, que ya no puede llegar hasta el cielo y hasta el infierno como se decía y creía antes: pero innovar por innovar, en situaciones jurídicas consolidas desde que el derecho existe, es de una peligrosidad única, máxime, si como en de temerse, la sentencia comentada es signo del tiempo y si ésta es simple presagio de otras sentencias similares (15).

Valerio Botero Uzaza

(15) Dice muy bien el doctor Valerio Botero que la sentencia comentada "es signo del tiempo." Efectivamente es signo de un tiempo en que le dan lustre al derecho civil latino, Ripert, Capitant, Demogue y Josserand en Francia; De Ruggiero, Gschion, Ascoli y Donfante en Italia; Colmo, en la Argentina, etc. Tiempo muy distinto de aquel en que Demolombe y Laurent hacían del Código Civil Francés la exégesis tan apreciada por el doctor Botero. Tiempo muy distinto también del en que don Robustiano Vera y don Jacinto Chacón, tan frecuentemente citados por el doctor Botero, hacían las delicias de los civilistas.

EN EL SALVAMENTO DE VOTO QUE SE INSERTA EN SEGUIDA, SOSTIENE EL MAGISTRADO DISIDENTE, DOCTOR MIGUEL MORENO JARAMILLO, ESTAS TESIS: I—LOS ARTICULOS 892 A 894 DEL CODIGO CIVIL VERSAN SOBRE AGUAS DE LA NACION DE USO PUBLICO. II—LA "HEREDAD INFERIOR," EN CUYO FAVOR PUEDE LIMITARSE EL DERECHO PREFERENTE DEL RIBERANO SUPERIOR, DEBE SER UNA HEREDAD RIBERANA DE AGUAS PUBLICAS. III—LAS CALIDADES DE PREDIO SUPERIOR Y DE PREDIO INFERIOR NO DEPENDEN EN ABSTRACTO DE LA TOPOGRAFIA, SINO QUE TIENEN COMO PUNTO DE REFERENCIA EL CURSO FLUVIAL. IV—EN LO QUE ATAÑE AL REGIMEN LEGAL DE AGUAS, NO SIEMPRE ES RAZONABLE INVOCAR LAS TEORIAS DE LOS TRATADISTAS FRANCESES, PORQUE EL SISTEMA DE COLOMBIA ES EN MUCHOS PUNTOS FUNDAMENTALMENTE DISTINTO DEL SISTEMA QUE IMPERA EN FRANCIA.

SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado doctor Miguel Moreno Jaramillo.

El derecho real de dominio, que cuando es pleno envuelve las facultades de usar, gozar y disponer de las cosas, puede ser limitado de varios modos.

Uno de esos modos, el de mayor alcance por su permanencia y por las numerosas faces que presenta, es el conocido con el nombre de servidumbre predial o simplemente con el de servidumbre. Imposible imaginar un predio no servil. La naturaleza, la ley o el hombre, una de estas tres causas y en multitud de veces todas ellas, limitan la propiedad sobre los fundos.

La natural situación de los lugares, el uso público, la utilidad de los asociados, la autonomía de la voluntad: hé aquí el porqué de las limitaciones en la especie de servidumbres, que serán, por su origen, o naturales o legales o voluntarias.

El legislador crea las servidumbres legales y autoriza las voluntarias. Las naturales son anteriores a la ley y están por encima de los hombres. Vienen los códigos a reconocerlas y a reglamentarlas, especialmente en sus consecuencias. Llegan los propietarios a introducir en su ejercicio variaciones accidentales. Pero es la naturaleza, es ella, quien las ha creado.

El predio inferior está sujeto a recibir las aguas que desciendan del predio superior sin que la mano del hombre contribuya a ello. Este es el tipo clásico, aunque no ahalado, de la servidumbre natural. Aquí se perciben las características de esta figura jurídica. La naturaleza impone al predio inferior, sirviente, el gravamen de recibir las aguas que bajan naturalmente del predio superior, dominante. La natural situación de los lugares creó la servidumbre. Después vino un precepto legal a consagrarla. Eso es todo.

No se puede, por consiguiente, dirigir un albañal o acequia sobre el predio vecino, si no se ha cons-

tituído esta servidumbre especial. ¿Porqué no se puede? Porque ello sería un acto del hombre, ajeno al cumplimiento espontáneo de las leyes físicas, que no provendría ya de la natural situación de los lugares. Adquiera el fundo superior, en buena hora, el derecho a dirigir artificialmente aguas sobre el fundo inferior, con la voluntad del dueño de éste, mmo no daño al orden público ni contravenga a las leyes, y adquiriéndolo tendrá er utilidad suya una servidumbre continua y positiva, pero **voluntaria.**

En el predio servil no se puede hacer cosa alguna que estorbe la servidumbre natural, ni en el predio dominante, que la grave. Este principio, consagrado para el ejercicio de la servidumbre natural, guarda armonía con aquel otro, común a todo linaje de servidumbres, que prohibe al predio sirviente alterar, disminuir o hacer más incómoda para el predio dominante la servidumbre con que está gravado el suyo. De la naturaleza brota la servidumbre natural. El gravamen y la utilidad nacen de la situación en que se hallan las heredades. Es su fuente mediata. Luégo aparece el legislador, y reconoce, define y reglamenta. Pero no somete el predio inferior al superior. Nó. Acepta apenas que aquél está sujeto a éste en cuanto a recibir las aguas que descienden naturalmente, es decir, sin que el hombre agrave el modo de la corriente, la dirija o la estorbe.

Después de este reconocimiento, con tánta sabiduría consignado en el artículo 891 del Código Civil, viene la definición de los derechos que a manera de compensación corresponden a los dueños de las heredades riberanas, y se dice que éstos pueden hacer, de las aguas que corren naturalmente por ellas, aunque no sean de su dominio privado, el uso conveniente para los menesteres domésticos, para el riego de las mismas heredades, para dar movimiento a sus molinos u otras máquinas, y abrevar sus animales.

Tampoco hay aquí una verdadera creación legal. El artículo 892 del Código Civil, que simplemente regula efectos de vecindad con las aguas, descansa en la naturaleza y en la justicia. Dos sillares sobre que el legislador levantó su fábrica, anteriores a ésta y superiores a ésta. La naturaleza nos muestra: que el uso del agua nace del predio mismo por donde el agua discurre; que es un derecho real de servicio entrañado en el derecho real de dominio; que es una cualidad de la cosa. Y nos enseña la justicia que a trueco de avenidas, derrumbes e inundaciones, a que están sujetas las heredades riberanas, corresponde a sus dueños el derecho de servirse de esas mismas aguas que arrastran los puentes, destruyen las casas y ahogan las sementeras.

Pero aunque el dueño pueda servirse de dichas aguas, deberá hacer volver el sobrante al acostumbrado cauce a la salida del predio. Esto manda el inciso 2º del artículo 892. Ya el inciso 1º había fijado la destinación. El 893 y el 894 dan normas sobre preferencias. Estamos, pues, en plena reglamentación. Creo que ninguno de estos artículos—891, 892, 893, 894—autoriza al intérprete para incluir entre los usuarios a dueños de fincas no ubicadas en las márgenes de aguas corrientes, cuyo dominio pertenece al Estado, y cuyo uso, de publicidad circunscrita, aprovecha sólo a los señores de las riberas. Creo asimismo que tales artículos se refieren exclusivamente a aguas de la Nación, destinadas al servicio de los riberanos.

Las aguas corrientes se dividen en aguas de uso público y aguas de dominio privado.

Son aguas corrientes de dominio privado las pluviales, las procedentes de pozos artificiales, las que nacen y mueren dentro de un mismo predio, y las encauzadas por arte del hombre. No conozco otras aguas corrientes de propiedad particular. Pues bien: los artículos 892 a 894 del Código Civil no tratan sino de las aguas corrientes de uso público. Y hablan de ellas para reconocer el gravamen y la utilidad que ocasiona su descenso; para definir derechos y obligaciones de los ribereños; para dar normas sobre servicio y preferencia; para reglamentar, en fin, el régimen de uso.

Las aguas corrientes de dominio privado y los propietarios de esas aguas, son cosas y son personas con que y con quienes no tocan los artículos 892 a 894 del Código Civil. También son ajenos a esos preceptos los dueños de inmuebles que están más acá o más allá de las riberas, es decir, cuando las aguas no corren por sus fincas, dividiéndolas o delimitándolas. Apenas se alude en dichos textos a personas extrañas a la ribereanía, para decir que el uso del riberano se limita en cuanto contravenga a las leyes y ordenanzas que provean al beneficio de la navegación o flote, y también en cuanto las aguas sean necesarias para los habitantes de un pueblo vecino.

La razón jurídica de los artículos 892 a 894 del Código Civil, el porqué de su vida, confirma lo dicho sobre ausencia de las aguas privadas, de los dueños de esas aguas y de los propietarios no riberanos. Ausencia de aquellos textos. Basta relacionarlos: como los relaciona el doctor Botero Isaza, con estos tres artículos del mismo Código: 677, 678 y 683.

Los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales son bienes de la Nación, de uso público (artículo 677).

El uso y goce que para el riego y cualesquiera otros objetos lícitos, corresponden a los particulares en los ríos, y generalmente en todos los bienes de la Nación de uso público, estarán sujetos a las disposiciones del Código Civil y a las demás que sobre la materia contengan las leyes (artículo 678).

No se podrán sacar canales de los ríos para ningún objeto industrial o doméstico, sino con arreglo a las leyes respectivas (artículo 683).

Quien lea el artículo 677 del Código Civil, como precepto aislado, sin enlazarlo con otros principios, creerá que todos los habitantes del país pueden usar de las aguas que discurren por lechos naturales con la misma libertad con que usan de calles, plazas, puentes y caminos. Creerá así un lector no diestro en relaciones jurídicas, al ver que "los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales son bienes de la Unión, de uso público....."

Pero si el espíritu de investigación científica lo induce a volver algunas hojas del Código, las que separan el tratado sobre dominio de la República del discurso sobre limitaciones a la propiedad, hallará

que los artículos 892 a 894 limitan el concepto de **uso público**, que hallamos en el inciso 1º del artículo 677, puesto que dentro del público favorecido con todos los ríos y con todas las aguas que anden por vías naturales, no pueden guarecerse sino los señores de heredades ribereñas, y eso con limitaciones en beneficio de otros ribereños, o de la navegación y flote, o de la partija entre los propietarios de fundos cribados, o de los habitantes de un pueblo vecino.

Estas restricciones al uso de las aguas nacionales, fueron previstas por los artículos 678 y 683.

En el 678 se dice que el uso y goce que para el riego, navegación y cualesquiera otros objetos lícitos, corresponden a los particulares en ríos y lagos, y generalmente en todos los bienes de la Unión de uso público, estarán sujetos a las disposiciones del Código Civil y a las demás que sobre la materia contengan las leyes.

En el 683 se prohibe sacar canales de los ríos para ningún objeto industrial o doméstico, sino con arreglo a las leyes respectivas.

Por eso creo que los artículos 892 a 894 tienen su origen allí en los artículos 677, 678 y 683. Ligando los seis preceptos, ve uno con claridad perfecta, y comprende, cómo es verdad que el goce de las aguas nacionales de uso público está limitado subjetiva y objetivamente, y cómo es verdad que las mismas limitaciones estén a su vez limitadas.

Sujetos: dueños de las heredades por donde naturalmente corren las aguas, y ribereños de aguas que corren por entre dos heredades.

Objetos: uso conveniente para menesteres domésticos, para riego de la heredad, para dar movimiento a molinos u otras máquinas, y para abrevar animales.

Limitaciones: en cuanto el dueño de la heredad inferior haya adquirido el derecho de servirse de las mismas aguas; en cuanto contraviniere a las leyes y ordenanzas que provean al beneficio de la navegación o flote, o regulen la distribución de las aguas entre los propietarios ribereños; y en cuanto las aguas fueren necesarias para los menesteres domésticos de los habitantes de un pueblo vecino, pero en este caso se dejará una parte a la heredad, y se la indemnizará de todo perjuicio inmediato.

Pienso que nada autoriza para sostener que los artículos 892 a 894 incluyen a propietarios no ribereños.

Nada concluyente.

Rompe el capítulo de las "servidumbres naturales" sentando el principio de que el predio inferior está sujeto a recibir las aguas que desciendan del predio superior naturalmente. "De las servidumbres naturales." Esto es, de las que provienen de la natural situación de los lugares. Predio inferior y predio superior. La inferioridad y la superioridad no miran aquí a la superficie del terreno, tomada en abstracto, independientemente del curso fluvial. Nó. Ellas tienen como referencia el flujo de las aguas que bañan los predios ribereños. Inferior, el que está más bajo con respecto a la corriente; superior, el que está más alto con respecto a la misma corriente. La sola topografía carece de significación. El meollo y el más estriban únicamente en el orden con que las aguas, al descender por sus vías naturales, van separando las heredades riberanas o simplemente bañándolas. Es el movimiento natural de las aguas lo que marca al fundo de arriba, por donde primero pasan, su carácter de dominante, y al fundo de abajo, por donde pasan después, el suyo de sirviente. Y como pueden atravesar más de dos predios, ocurre que la heredad sirviente, con relación a las que le quedan encima, es a su turno dominante, con relación a las que le quedan debajo, y así, en ese alternar de papeles, desde que las aguas nacen hasta que las aguas mueren (artículo 891 del Código Civil).

La preeminencia de la finca que se halla arriba, aparte de obligar a la de abajo a que reciba las aguas que desciendan con naturalidad, consiste en que su dueño puede hacer de ellas el uso conveniente para los menesteres domésticos, para el riego de la misma heredad, para dar movimiento a sus molinos u otras máquinas, y para abrevar sus animales. Pero aunque el dueño pueda servirse de dichas aguas, deberá hacer volver el sobrante al acostumbrado cauce, a la salida del fundo (artículo 892 del Código Civil).

***

Así delineada la servidumbre natural de aguas que corren sin la ayuda del hombre, y descrita así la prelación en el uso de esas aguas, veamos cómo el hombre, ayudado de su mano, o del tiempo, o de su mano y de otra causa jurídica, puede alterar la prelación, o sea invertirla en su propio beneficio.

El uso que el dueño de una heredad puede hacer de las aguas que corren por ella, se limita en cuanto el dueño de la heredad inferior haya adquirido por prescripción u otro título, el derecho de servirse de las mismas aguas; la prescripción, en este caso, será de ocho años, y correrá desde que se hayan construído obras aparentes, destinadas a facilitar o dirigir el descenso de las aguas en la heredad inferior (artículo 893, ordinal 1º, del Código Civil).

Cuando el dueño de la posesión inferior no se conforme con el sobrante que a la salida de la posesión superior ha debido ser devuelto al acostumbrado cauce, y aun en los casos en que el dueño de arriba no haya usado de las aguas, puede limitar en su ejercicio el derecho de este dueño, adquiriendo por prescripción u otro título, el derecho de servirse de las aguas. Se efectúa entonces una alteración en la preferencia con que el agua debe ser usada por los ribereños. Antes de que el inferior alcance, por medio de la prescripción o por cualquiera otro medio jurídico, como la compraventa, mejor derecho al goce de las mismas aguas de que puede servirse el superior, éste tiene prelación, en orden a la situación de los lugares, para beneficiarse primero de esas aguas. Pero cumplidos los ocho años que dice el Código, o alcanzado el otro título que también dice el Código, la prelación corresponde al inferior. El de abajo le ha ganado al de arriba, por mutuo acuerdo o por el tácito consenso que toda prescripción supone. Las aguas estaban afectas al propietario de arriba, pero el de abajo ha logrado que se excluya a aquél de esa preferencia. Es un fenómeno que se ha cumplido

entre riberanos, fenómeno a que son extraños los no riberanos, aunque topográficamente puedan en abstracto llamarse superiores e inferiores.

La mano del hombre, acompañada del tiempo o de otra causa justa y eficaz, ha producido así el efecto de que el predio inferior, servil por naturaleza y ley, se convierta en dominante, y, recíprocamente, el de que el predio superior, cuya excelencia dimana de su colocación en las márgenes de arriba, degenere en sirviente.

El inferior no ha adquirido derecho al uso del agua, que ya lo acompañaba como ribereño; su adquisición tiene por materia el derecho de preferencia al uso de la misma agua.

Efectuado el fenómeno de la alteración por el transcurso de ocho años, corridos desde que se hayan terminado las obras aparentes destinadas a facilitar o dirigir el descenso de las aguas, pueden ofrecerse tres servidumbres distintas:

Primera. La positiva, que implica un gravamen sobre el fundo inferior, para que en beneficio del superior y de los otros inferiores, deje correr el agua que desciende naturalmente.

Segunda. La negativa, que implica un gravamen sobre el predio superior, para que se abstenga de usar preferentemente las mismas aguas de que el inferior se está sirviendo por prescripción u otro título.

Tercera. La positiva, que implica un gravamen sobre el predio superior, para que soporte las obras aparentes destinadas a facilitar o dirigir el descenso de las aguas.

No hay para qué decir que entre los títulos a que alude el artículo 893, en su ordinal 1º, caben las mercedes y concesiones.

Otra limitación al uso que el dueño de una heredad puede hacer de las aguas que corren por ella, es la establecida en beneficio de la navegación o flote, o en provecho de la distribución de las aguas entre los propietarios riberanos. Todo sobre la base de que las leyes y ordenanzas provean a aquel beneficio o reglen esta distribución (artículo 893, ordinal 2º, del Código Civil).

La tercera limitación al expresado uso es la prescrita a favor de los habitantes de un pueblo vecino, que necesitan agua para sus menesteres domésticos. Una verdadera servidumbre personal (artículo 893, ordinal 3º, del Código Civil).

El uso de las aguas que corren por entre dos heredades, corresponde en común a los dos riberanos, con las mismas limitaciones fijadas al uso de las aguas que atraviesan una heredad sin deslindarla de otra (artículo 894 del Código Civil).

***

Estudiada la doctrina de los artículos 892 a 894 del Código Civil, insisto en creer que las heredades no riberanas han sido excluidas de toda participación en el uso de las aguas corrientes que atraviesan varios fundos, y digo, y torno a decir, que por "heredad inferior," según el artículo 893, ordinal 1º, ha de entenderse una heredad forzosamente ubicada a orillas de esas aguas.

El artículo 891, que domina todo el tratado sobre servidumbres naturales, entiende por "predio" inferior a un riberano; luego riberana debe ser la "heredad inferior" contemplada por el ordinal 1º del artículo 893, que simplemente regla el derecho de riberanía.

El artículo 892 se refiere al dueño de una heredad riberana de aguas nacionales de uso público, puesto que si se aludiera a las de dominio privado, el precepto sería ocioso y ociosa la frase explicativa que él encierra, e inmotivada la exigencia de volver el sobrante; luego por "heredad inferior," según el ordinal 1º del artículo 893, debe entenderse una que sea tan riberana como la superior.

La segunda entre las limitaciones del artículo 893, se refiere a las aguas navegables y flotables, que en lo general son de uso público, y a la distribución de las aguas entre los propietarios riberanos, todo lo cual autoriza para pensar que se trata de aguas nacionales, más bien que de privadas, y de verdadera riberanía; luego hay lógica en concluir que la "heredad inferior," mencionada en la primera limitación, es una heredad contigua a las aguas públicas.

La tercera entre las limitaciones del artículo 893 autoriza, para los menesteres domésticos de los habitantes de un pueblo vecino, la expropiación del "uso" de las aguas en la parte que corresponda, lo cual demuestra que no se trata de aguas privadas, en que lo expropiable sería el derecho real de dominio; luego la "heredad inferior," favorecida por el ordinal 1º de aquel artículo, es una heredad que por ser riberana de aguas públicas apenas tiene derecho al uso, jamás a la propiedad.

Pudiera continuar en este análisis, pero mi tarea resultaría modestísima frente a la obra de Valerio Botero Isaza, **Régimen legal de aguas en Colombia**, obra radiante de ciencia jurídica, cuya lectura deja en mi ánimo la impresión de que su autor acepta las mismas tesis que han sido nervio de este ensayo mío, a saber:

I. Los artículos 892 a 894 del Código Civil versan sobre aguas de la Nación de uso público.

II. La "heredad inferior," en cuyo favor puede limitarse el derecho preferente del riberano superior, debe ser una heredad riberana de aguas públicas; y

III. Las calidades de predio superior y de predio inferior no dependen en abstracto de la topografía, sino que tienen como punto de referencia el curso fluvial.

***

Dice el doctor Fernando Vélez:

"El Código francés refiere esta limitación (artículo 641), a fuentes o manantiales **del predio superior** (subrayo), de lo que puede deducirse que trata de aguas de **propiedad particular** (subrayo). De aquí que el doctor Uribe crea que la primera limitación que nos ocupa comprende principalmente dichas aguas, porque según el artículo 892, ningún propietario puede detener en sus terrenos las corrientes de aguas públicas que por ellos pasen."

Los expositores franceses, y los colombianos que afilian el concepto de propiedad particular, al pensar en las aguas cuyo uso es limitado por la heredad inferior, según el artículo 893, son lógicos al concluir

que la prescripción u otro título pueden aprovechar a los dueños de predios no riberanos. Pero tal conclusión, razonable dentro de ese punto de vista, resulta de una chocante antilogia cuando se coloca a un predio inferior no riberano frente a una corriente que pertenece a la Nación.

Opina el doctor Fernando Vélez, en esa forma dubitativa que le es peculiar:

"Parece realmente que estas aguas (las públicas) no pueden ser asunto de actos o contratos entre particulares, ni que éstos puedan adquirir derechos sobre ellas por medio de la prescripción. De otra manera: siendo de acuerdo con nuestro Código (artículo 677), **los ríos y todas las aguas** que corren por cauces naturales, bienes de la República, de uso público, parece claro que los particulares no puedan usarlas sino de acuerdo con las disposiciones legales que, siendo de orden público, no admiten modificación ni por contratos o actos particulares, ni por el transcurso del tiempo."

Como las aguas de la Nación están destinadas al uso de los riberanos, pienso que la prescripción no puede desviar esa destinación.

El doctor Antonio José Uribe se inclina a creer que siendo el derecho de tomar el agua una especie de propiedad, no hay motivo para impedir que los propietarios riberanos usen de ella en beneficio propio, o la cedan, en la cantidad que les corresponda, a terceros no riberanos; pero agrega que, "ya sea que en absoluto se priven de agua los riberanos para cederla completa y directamente a terceros; ya se trate de permitir nuevas derivaciones por los fundos limitados por las aguas, **no puede hacerse sino en cuanto este orden irregular de cosas no perjudique en lo mínimo los derechos legales de los demás propietarios, siempre que las aguas vuelvan al cauce común, y que los concesionarios se abstengan de todo aquello que sería prohibido ejecutar a los riberanos mismos** (subrayo)."

El doctor Botero Isaza no admite que los propietarios riberanos puedan ceder a terceros no riberanos el derecho de usar el agua:

"En efecto: de acuerdo con los artículos 892 y 894, son los propietarios riberanos, y sólo ellos, quienes pueden aprovecharse de las corrientes de agua para los fines que esas mismas disposiciones enumeran. Indudablemente que sería contra el orden público y contra el derecho público interno que los riberanos permitieran aprovecharse del agua a personas no riberanas; que permitieran usar el agua para fines diversos de los enumerados en el artículo 892; que permitieran desviar las corrientes de manera que dejara el cauce seco, y fuera a prestar sus servicios a otras regiones. Pero como los riberanos superiores pueden aprovecharse del agua, de preferencia a los inferiores, no hay dificultad alguna en que los primeros cedan su derecho de preferencia a los segundos; y es éste, por el contrario, uno de los casos contemplados por el artículo 893, cuando habla de título. Tampoco hay ninguna dificultad en que por medio de convenciones particulares se defina el alcance de la obligación legal que el riberano superior tiene cuando la ley le manda hacer un uso conveniente, o cuando le manda volver el sobrante al cauce acostumbrado. No se ve porqué no se pueda, por convenciones particulares, definir estos deberes de los riberanos superiores, si esos deberes son precisamente correlativos de los derechos de los riberanos inferiores, y son ellos mismos los contratantes."

Los artículos 893 y 895 del Código Civil, únicos del tratado sobre servidumbres naturales a que no he hecho referencia, son ajenos al punto preciso que estoy estudiando. Ello no obstante, aludo al 895, por tratarse allí de aguas que corren por un cauce artificial, construído a expensa ajena, con el único fin de recordar los significados que a dicho texto dan tres ilustres juristas colombianos:

Ese artículo dice así:

"Artículo 895. Las aguas que corren por cauce artificial, construído a expensa ajena, pertenecen exclusivamente al que, con los requisitos legales, haya construído el cauce."

"Con los requisitos legales," dice la ley.

Considera el doctor Antonio José Uribe que los "requisitos legales" exigidos por el artículo 895, para que aguas, aunque derivadas de una cosa de goce público, lleguen a ser verdaderas propiedades, que se rijan en todo y por todo por las reglas del dominio, son los derechos adquiridos por particulares, de acuerdo con la legislación anterior al Código Civil vigente, como lo prescribe el artículo 684 de esta obra.

El doctor Fernando Vélez estima que un particular se hace dueño de la cantidad de agua de una corriente de uso público, que conduzca por un cauce construído a sus expensas, en uno de estos dos casos, que para dicho autor vienen a constituir los "requisitos legales," exigidos por el artículo 895 del Código Civil: cuando se trata de la subsistencia de derechos adquiridos, de acuerdo con la legislación anterior al Código (artículo 684 del Código Civil), y cuando se trata de mercedes de aguas concedidas por autoridad competente (artículo 916 del Código Civil).

El doctor Valerio Botero Isaza pregunta:

"¿Cuál es el verdadero alcance del artículo 895 del Código Civil?"

Y contesta:

"No dejaría de haber quien creyera que por el solo hecho de que una persona construya un cauce a sus expensas, y haga correr por él aguas, llega a ser dueña de ellas. Nada más erróneo.

"Si se aceptara esa tesis, se llegaría a la conclusión de que cualquiera podría convertir, con la sola excavación de un cauce artificial, en propias las aguas ajenas, fueran ellas de dominio privado o de uso público, y podía privar de su uso a quienes las estuvieran aprovechando a título de riberanos, de concesionarios o de dueños.

"Y no sólo se llegaría a esa absurda conclusión, sino que la persona que de esa manera adquiera la propiedad del agua, quedaría expuesta desde el primer momento a que otra persona, con el mismo procedimiento, es decir, excavando un cauce artificial a sus expensas, la privara a su vez de su propiedad y se hiciera dueña, y así, sucesivamente, hasta lo infinito.

"Si eso dijera el artículo 895 del Código Civil, habría que concluir que él no estableció o consagró un derecho, sino que reglamentó, o para decir mejor, au-

torizó, sin reglamentación alguna, verdadera rebatiña, indigna de un código, que no sólo no obedece a ningún principio, sino que pugna con toda noción de equidad, de estabilidad y de derecho.

"No: lo que el artículo 895 ha querido decir es algo muy distinto: el inciso 1º del artículo 677 del Código Civil estableció que las aguas que corren por cauces naturales son bienes de la Unión, y de uso público. Los artículos 862 a 894 consagraron los derechos que en esas corrientes tienen los riberanos. Ahora bien: el artículo 895 ha querido establecer de una manera expresa que si el riberano de la corriente natural puede usar el agua, el dueño del predio por donde pasa el cauce artificial no puede hacer ninguna especie de uso. Eso quiso decir, y eso dijo, al declarar que el agua es de quien construyó el cauce; si es suya, tiene un derecho abstracto y exclusivo, en virtud del cual puede hacer lo que a bien tenga, usar de ella y abusar a su voluntad, pudiendo, asimismo, impedir que de la misma agua reporte ni la más mínima utilidad un tercero, aunque eso no lo perjudique, y aun en el caso de que ello redunde en su propio provecho.

"Pero de la prohibición que se establece contra los que pudiéramos llamar riberanos de los cauces artificiales, no se puede deducir derecho alguno para excavar esos mismos cauces.

"La ley ha dicho muy claramente que cuando una persona es dueña del agua, porque nazca y muera en un fundo, porque sea pluvial, porque proceda de un pozo artificial o porque la haya obtenido mediante una merced, y esa persona ha obtenido una servidumbre de acueducto para transportar el agua que es suya, puede excavar un acueducto a sus propias expensas, quedando esa acequia plenamente protegida por el artículo 895 del Código Civil; otro tanto sucede cuando se haya de aprovechar el agua en los casos y con las limitaciones previstas en el artículo 1601, y cuando se trate de conducirla a una población.

"En todos estos casos, del agua encauzada en un acueducto artificial, construido a expensa ajena, sólo puede hacer uso quien construyó el cauce. En los demás casos, cuando en detrimento de los derechos del dueño de las aguas de propiedad privada, o en menoscabo de los derechos de los propietarios riberanos de las aguas de uso público, un tercero construye un cauce y hace correr por él agua sobre la cual no tiene derecho alguno, las personas perjudicadas tienen en su defensa todos los medios que el Código Penal, el Código de Procedimientos y la legislación civil establecen para los casos de que una persona cause daños en propiedad ajena, perturbe la posesión o ejecute actos que la pongan en vía de adquirir la propiedad o una servidumbre por medio de una prescripción.

"Todo esto quedó consagrado en el artículo 895, cuando en él se dijo que la protección que el mismo artículo establece es exclusivamente a favor de quien, 'con los requisitos legales' haya construido el cauce.

"El cumplimiento de estos requisitos tendrá que probarlo todo aquel que reclame ante las autoridades protección para los derechos que crea haber obtenido, de acuerdo con el artículo 895 del Código Civil. No comprobado el cumplimiento de tales requisitos, no podrá prosperar la acción, aunque el demandado, a su vez, no pueda acreditar el título en que funde el derecho que le desconoce el actor."

***

En lo que atañe al régimen legal de aguas, no siempre es razonable invocar las teorías de los tratadistas franceses, porque el sistema de Colombia es en muchos puntos fundamentalmente distinto del sistema que impera en Francia.

Sería fácil hacer un paralelo, a doble columna, entre las dos legislaciones, para que se viera cómo discrepan en puntos básicos. Bastaría comparar los artículos 640 a 645 del Código Civil francés con los artículos 891 a 896 del Código Civil colombiano, y poner el artículo 538 de aquel Código frente a los artículos 677, 678 y 683 del nuestro.

Al aficionado que no quiera tomarse el trabajo de hacer la confrontación, le será suficiente pasar los ojos por el resumen del sistema francés que hacen Louis Josserand, en su **Cours de Droit Civil Positif Francais** (tomo I, páginas 752 y siguientes), o Ambroise Colin y H. Capitant, con la colaboración de Julliot de la Morandière, en su **Cours Elementaire de Droit Civil Francais** (8ª edición, tomo I, páginas 748 y siguientes).

Para mi intento, que es el de hacer notar lo inadmisible de las teorías francesas en muchas cuestiones referentes al agua, me basta recordar que en Colombia las aguas corrientes son, en tesis general, o de dominio privado, si nacen y mueren en un mismo predio, o de la Nación, y de uso público restringido, si atraviesan varios fundos. Entre estos dos términos no hay medio. Nada importa el caudal. Un largo hilo de agua puede ser de la Nación, de uso público; es posible que un río se halle en patrimonio particular, como puede ocurrir en extensos latifundios.

En Francia, al contrario, todas las aguas nacen de propiedad privada, aunque vayan a morir en un predio distinto del en que nacieron. Conservan los franceses el principio romano de que la fuente pertenece al propietario del fundo en que ella brota. Las corrientes de uso público no son entre ellos sino los ríos declarados navegables y flotables. Hay otras aguas, que llaman corrientes, sobre las cuales se ha formado una abigarrada muchedumbre de teorías. De ahí que las citas de comentadores franceses quizá no procedan en el caso que he estudiado.

***

Las anteriores nociones, que yo tengo por verídicas desde hace un cuarto de siglo, cuando discurría por los claustros de la Universidad de Antioquia, han sido en parte halladas inaceptables por mis colegas de la Sala de Casación Civil. Tal discrepancia es la causa del presente salvamento de voto.

La historia de este litigio es muy sencilla:

La señora Teresa Martínez de Cabal, dueña de una finca conocida con el nombre de **La Argelia**, que se halla en los Distritos de Cerrito y Guacarí, se queja de que el señor Leonidas García tomó de la quebrada **La Honda**, corriente nacional de uso pú-

blico, aguas que conduce a su predio, después de pasarlas por el del señor Ramón Tascón.

La finca del demandado señor Leonidas García no es ribereña de la quebrada La Honda.

El señor García usa de esas aguas conduciéndolas por un cauce artificial construído por él en el predio de la demandante y en el del señor Tascón, en época anterior a la demanda en más de ocho y en menos de diez años.

La actora demandó a los señores García y Tascón para que se declarara que el predio de La Argelia no carga con esa servidumbre de acueducto, y que las aguas de La Honda deberán "volverse a restituir a su cauce natural o antiguo."

El señor Juez del Circuito de Buga, en sentencia fechada el tres de febrero de mil novecientos treinta y tres, declaró que la hacienda de La Argelia no carga con la servidumbre voluntaria de acueducto a favor de los predios inferiores pertenecientes a los demandados, señores Leonidas García y Ramón Tascón.

Asimismo declaró el señor Juez que las aguas de la quebrada La Honda deben ser restituídas a su cauce natural.

El Tribunal Superior de Buga, en sentencia fechada el treinta de mayo de mil novecientos treinta y cuatro, confirmó la del señor Juez.

La Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, ha confirmado en sentencia de hoy el fallo del Tribunal Superior de Buga, fallo que yo encuentro ajustado a la ley.

Por eso salvo mi voto.

Me aparto, con todo respeto, de la interpretación que la Corte ha dado al artículo 883 del Código Civil y al artículo 9º de la Ley 95 de 1890.

Apenas habrá en la legislación colombiana asuntos tan complejos como los que atañen al régimen de aguas. He escrito este salvamento con temor de equivocarme. Los puntos sobre que versa son difíciles y discutibles. Si he argumentado con énfasis, natural en los debates, no por ello se crea que me parezca necio el punto de vista de mis colegas, ni que desconozca la magnitud del problema y las dudas que ofrece a los intérpretes de la ley civil.

Juntamente con mi voto, dejo a salvo la irreprochable probidad moral e intelectual de mis colegas y su experimentada pericia. Puedo ser yo, y no ellos, la víctima de error. En todo caso, como la Sala ha procedido con pureza de intención y esmero, quedan sin detrimento el honor mío y el de mis colegas.

Miguel Moreno J.

Bogotá, junio 11 de 1935.

CONDICIONES PARA QUE EXISTA FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO LIBERATORIO—LA IMPOSIBILIDAD DE EJECUCION, REQUISITO INDISPENSABLE—TEORIA DE LOS RIESGOS, DERIVADA DE LA TEORIA DE LA CAUSA—SU DIFERENCIA CON LA TEORIA DE LA RESOLUCION. REPERCUSIONES EN EL CONTRATO SINALAGMATICO DE UNA INEJECUCION "PARCIAL" NO IMPUTABLE AL DEUDOR; SOLUCION DEL PROBLEMA POR APLICACION DE LA NOCION DE CAUSA

Se casa la sentencia del Tribunal de Medellín, confirmando la del Juez de ese Circuito.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE CASACION CIVIL.—BOGOTA, CINCO DE JULIO DE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO.

(Magistrado ponente, doctor Eduardo Zuleta Angel).

I

Hechos.

1º El Distrito de Envigado celebró con el de Medellín, por medio de la escritura número 1341 de 9 de mayo de 1928, otorgada ante el Notario 3º de Medellín, un contrato cuyas estipulaciones esenciales, en lo pertinente, son estas:

"Primero. Envigado permitirá la ocupación de sus vías públicas, carreteras, calles, plazas, etc., en la extensión en que Medellín lo desee, con una línea tranviaria que Medellín piensa extender por aquel Municipio y su población. Por este permiso Envigado cobrará solamente la participación de que habla el artículo 4º de este contrato. . . ."

"Cuarto. Todos los gastos y productos de la explotación pertenecen a Medellín; pero este Municipio dará al de Envigado el 10 por 100 del producto neto de la línea."

"Séptimo. Medellín garantiza a Envigado una entrada mínima de $ 150 oro legal, mensualmente, por concepto de impuesto sobre vehículos y por participación en el tranvía, entendiendo eso sí que Envigado no bajará la tarifa actual sobre vehículos. En todo caso la cuantía del impuesto y la entrada que le corresponda por el tranvía pertenecen a Envigado aun cuando sumadas estas entradas pasen de $ 150 oro legal, mensualmente."

2º La Asamblea Departamental de Antioquia, con posterioridad a la celebración del referido contrato, expidió una Ordenanza —la 37 de 1929—"por la cual se refunden los impuestos departamental y municipal de tránsito," y se dispuso, entre otras cosas, lo siguiente:

"En sustitución de los impuestos autorizados por el artículo 46 de la Ordenanza 58 de 1926 y por el numeral 4 del artículo 424 en armonía con el 425 del Código de Policía (Ordenanza 12 de 1927), créase el impuesto departamental de tránsito sobre todos los vehículos de ruedas que circulen en el Departamento. . . . Del producto de este impuesto se dará una participación del 30 por 100 a los Municipios, en proporción de

los vehículos que cada uno tenga matriculados.... La participación que por esta Ordenanza se concede a los Municipios, no será, en ningún caso, inferior a la que hoy tienen calculada en sus presupuestos por los impuestos de aquella clase que hoy tienen establecidos...."

3º Expedida esa Ordenanza, el Municipio de Medellín—alegando que ella había venido a introducir un evento imprevisto en el contrato y que por consiguiente éste ya no tenía las mismas bases para aplicarlo—suspendió, en el mes de noviembre de 1929, los pagos a que se refiere el contrato mencionado en el hecho primero y le pidió al Municipio de Envigado que se procediera a un nuevo arreglo que consultara la justicia y la equidad para ambas partes "de acuerdo con las circunstancias imprevistas que la mencionada Ordenanza vino a introducir en el contrato."

4º No habiendo aceptado el Municipio de Envigado esa exigencia de reforma del contrato y no habiéndose allanado por su parte el de Medellín a reanudar los pagos, aquél demandó a éste, ante el Juez del Circuito de Medellín, para que se obligara al demandado a cumplir estrictamente no obstante la expedición de la Ordenanza citada—el contrato de 9 de mayo de 1927, especialmente la cláusula séptima de que antes se habló.

5º El Municipio de Medellín se opuso a la demanda y pidió que no se hicieran las declaraciones pedidas, alegando:

a) Que el Municipio de Envigado, para el año de 1928, calculó en su presupuesto la renta para impuesto sobre vehículos en $ 1,200, y para el año de 1929 la calculó solamente en $ 500, sin que esto se justificara, puesto que en el propio año de 1929 recaudó $ 852-20;

b) Que como la Ordenanza sólo reconoció la participación del 30% en favor de los Municipios, hasta concurrencia de lo calculado en su presupuesto por cada uno de ellos para 1929, el Municipio de Envigado, por haber hecho ese bajísimo cálculo para el referido año, perjudicó al de Medellín en cuanto, como consecuencia de la Ordenanza, vino a recibir aquél una suma menor de la que hubiera podido recibir a no haber mediado la rebaja injustificada en el presupuesto de 1929;

c) Que la Ordenanza en cuestión, al refundir los impuestos departamental y municipal sobre vehículos, privó a los Municipios de una renta y creó una situación jurídica "expresiva de un evento imprevisto en tal contrato que los Municipios dichos no pudieron prever ni evitar por lo cual se hace preciso reformar el convenio primitivo sobre bases de equidad."

II

Sentencia acusada.

El Tribunal Superior de Medellín, por sentencia de 2 de febrero de 1934—fundándose para ello en que por virtud de la Ordenanza referida "la situación jurídica vino a ser otra distinta de la que tuvieron en mira los contratantes en el momento de efectuar la negociación, y que, por razón de la misma Ordenanza," surgió para Medellín un evento que las partes no pudieron prever y que constituye un verdadero caso fortuito o fuerza mayor en el concepto del artículo 64 del Código Civil confirmó la dictada por el Juez de la primera instancia, en cuanto por ella se declaró que el Municipio de Medellín estaba en la obligación de pagar al de Envigado el 10 por 100 del producto neto de la línea, pero la revocó en cuanto dicha sentencia de la primera instancia resolvía que se le diera cumplimiento estricto a la cláusula séptima del contrato, y como consecuencia de esta revocación declaró el Tribunal "probada la excepción perentoria de fuerza mayor o caso fortuito respecto de la petición del Municipio de Envigado, tendiente a que se obligara al de Medellín a cumplir la cláusula séptima del contrato tántas veces mencionado.

III

Fundamentos del recurso.

Contra la expresada sentencia recurrió, por medio de apoderado, el Municipio de Envigado, alegó, entre otros motivos, los dos que van a exponerse y que son los únicos que la Corte considera, porque, sobre todo, si se los aprecia en conjunto, como puede y debe hacerse, dada la íntima relación que entre ellos hay, son bastantes para determinar la casación del fallo:

Primero. Violación del artículo 1º de la Ley 95 de 1890, por cuanto que el Tribunal dejó de aplicar ese texto, que subrogó el 64 del Código Civil. El Tribunal citó, en apoyo de su decisión este último, según el cual, para que hubiera fuerza mayor o caso fortuito bastaba que el hecho, o hubiera sido imprevisible, o hubiera sido irresistible, siendo así que tal artículo 64 fue reemplazado por el 1º de la Ley 95 de 1890, que el Tribunal no aplicó y que exige para que exista fuerza mayor o caso fortuito, que el acontecimiento, además de ser imprevisto sea irresistible.

Segundo. Violación del mismo artículo 1º de la Ley 95 de 1890 y de los artículos 1625, 1729, 1731 y 1604 del Código Civil, en cuanto que el Tribunal consideró que la Ordenanza número 37 de 1929 había extinguido la obligación impuesta al Municipio de Medellín por la cláusula 7ª del contrato, cuando tal Ordenanza, aun en el supuesto de constituir fuerza mayor o caso fortuito no podría haber extinguido la referida obligación, por ser esta una obligación de género que no puede extinguirse por fuerza mayor o caso fortuito.

IV

Examen de los causales aducidas.

Con respecto a los fundamentos que, por lo antes dicho, se estudian conjuntamente, la Corte considera:

1º Ningún acontecimiento en sí mismo constituye fuerza mayor o caso fortuito liberato-

rio con respecto a una determinada obligación contractual. La cuestión de la fuerza mayor no es una cuestión de clasificación mecánica de acontecimientos. Cuando de tal fenómeno jurídico se trata, no sólo hay que examinar la naturaleza misma del hecho, sino indagar también si éste reúne, con respecto a la obligación inejecutada, los siguientes caracteres:

a) No ser imputable al deudor;

b) No haber concurrido con una culpa de éste, sin la cual no se habría producido el perjuicio inherente al incumplimiento contractual;

c) Ser irresistible, en el sentido de que no haya podido ser impedido y que haya colocado al deudor—dominado *por* el acontecimiento—en la imposibilidad absoluta (no simplemente en la dificultad ni en la imposibilidad *relativa*) de ejecutar la obligación;

d) Haber sido imprevisible, es decir, que no haya sido lo suficientemente probable para que el deudor haya debido razonablemente precaverse contra él, aunque por lo demás haya habido con respecto al acontecimiento de que se trate, como lo hay con respecto a toda clase de acontecimientos, una posibilidad vaga de realización.

2º Esos cuatro caracteres de la fuerza mayor liberatoria (o caso fortuito liberatorio, pues ya tiene establecida la doctrina, que las dos expresiones son sinónimas), pueden reducirse, bien analizadas las cosas, a la noción de *imposibilidad de ejecución* que se subdivide en varios elementos: en el espacio, imposibilidad de ejecución propiamente dicha, y, en el tiempo, imposibilidad de prever y evitar el acontecimiento (1). En efecto: la no imputabilidad (en sus dos manifestaciones: ausencia de culpa anterior y ausencia de culpa concomitante), constituye un requisito que en realidad queda absorbido por el de la irresistibilidad, que es la imposibilidad para el deudor de obrar de un modo distinto a como ha obrado; y, por su parte, la imprevisibilidad queda comprendida en *la imposibilidad absoluta de ejecutar*, que implica imposibilidad de prever y de evitar.

De todo lo cual resulta que ningún acontecimiento, sea cual fuere la naturaleza de éste, puede constituir con respecto a una determinada obligación en dinero, como la contenida en la cláusula 7ª del contrato que se estudia, fuerza mayor o caso fortuito liberatorio, porque—según se ha visto la fuerza mayor liberatoria supone imposibilidad absoluta de ejecución (es decir, una imposibilidad, que por ser absoluta, se aprecia, no con respecto a las condiciones peculiares del deudor, sino con relación a un tipo abstracto de deudor), y es claro que no se concibe tal imposibilidad para la entrega de una suma de dinero, así como no se concibe, en general, para las obligaciones de género: *genera non pereunt*. Mientras que la fuerza mayor puede tener muy vasta aplicación si se ha prometido un cuerpo cierto, y una aplicación ya menor si el objeto hace parte de un *genus limitatum*, si el deudor debe una cosa de género, que no no pertenezca a un *genus limitatum*, no puede invocar la fuerza mayor para no entregarla.

4º Como la obligación a cargo de Medellín, contenida en la cláusula 7ª citada, es una obligación de dinero, la Ordenanza número 37 de 1929 no constituye con respecto a ella una fuerza mayor liberatoria, según se desprende de todo lo dicho, pues no colocó ni pudo colocar al Municipio de Medellín en la imposibilidad de ejecutarla.

5º De todo lo expuesto se deduce que el Tribunal, al considerar la mencionada Ordenanza como fuerza mayor o caso fortuito, que extinguió la obligación impuesta a Medellín por la citada cláusula 7ª, violó los textos legales citados por el recurrente que definen la fuerza mayor y reglamentan, en parte, lo concerniente a la extinción de obligaciones.

Es necesario, en consecuencia, *casar* la sentencia del Tribunal y proceder a dictar la que ha de reemplazarla, para lo cual se considera:

1º Si la Ordenanza número 37 no fue, en cuanto a las obligaciones contraídas por Medellín, una fuerza mayor liberatoria, sí constituyó en cambio, con respecto a una—pero a una sola—de las varias obligaciones de Envigado (la concerniente a la conservación de las tarifas del impuesto de vehículos) un verdadero caso fortuito que, al hacer absolutamente imposible el cumplimiento de la obligación, sin culpa anterior o concomitante del deudor, la extinguió, aunque transitoriamente, es decir, durante el tiempo en que estuvo en vigencia la Ordenanza.

2º Si se tratara, en el caso que se estudia, de una extinción *total*, por razón de fuerza mayor, de las obligaciones de Envigado; si lo extinguido por el caso fortuito hubiera sido el haz de obligaciones a cargo de ese Municipio, no habría duda alguna de que las obligaciones correlativas de Medellín se habrían extinguido por contragolpe, no ciertamente por virtud de la condición resolutoria sobrentendida en los contratos sinalagmáticos—la cual supone una inejecución imputable al deudor—sino por razón de una regla de simetría contractual, que técnicamente se cumple y explica por la noción de causa de las obligaciones, noción que desempeña un papel preponderante en los contratos bilaterales, en los cuales cada una de las partes juega el doble papel de deudor y acreedor. En tales contratos, por virtud de la interdependencia de las obligaciones que de ellos se derivan, al quedar extinguida por fuerza mayor, la que contrajo una de las partes, desaparece la otra porque queda sin el soporte de la causa, indispensable para su existencia. Los

(1) Demogue: Tomo VI, número 536.

artículos 1870, inciso 2, 1888, 1889, 1909, 1916, 1921, 1930, 1938, 1990, 2057 y 2128 del Código Civil, no son otra cosa que aplicaciones del principio que debe razonablemente extenderse, de acuerdo con los artículos sobre la causa, a todos los contratos bilaterales, con las tres restricciones de que se hablará más adelante.

3º Pero, como en el caso presente no se trata de una inejecución *total* de las obligaciones contraídas por Envigado sino de una inejecución parcial—porque la obligación de conservar las tarifas apenas es una parte del haz obligatorio a cargo de Envigado- el problema reviste características distintas, pues el principio general que se deja enunciado sobre los efectos de la noción de causa en los contratos bilaterales, tiene tres restricciones de las cuales las dos últimas se relacionan directamente con el caso que se estudia:

a) Por una anomalía en nuestra legislación: por haber tomado el señor Bello inconsultamente del Código francés el principio—que allí era lógico dado el sistema francés de contratos traslaticios de propiedad, pero que en nuestra ley es anómalo—de que el riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se debe es siempre a cargo del acreedor, la obligación del cocontratante no desaparece, en un contrato sinalagmático, si la obligación inejecutada por el contratante, en virtud de fuerza mayor o caso fortuito, es una obligación de entrega de cuerpo cierto.

b) Cuando la inejecución no imputable al deudor no es sino parcial, el contrato no se resuelve ni termina sino cuando por virtud de tal inejecución parcial se ha destruído verdaderamente la causa de la obligación del acreedor (1), es decir, cuando se establece o resulta del análisis del contrato que dicho acreedor no habría contratado si hubiera previsto que no recibiría sino esa prestación parcial (2). En los demás casos sólo habrá lugar a una disminución de la contraprestación. Todo ello resulta de la noción de causa y de los textos arriba citados que, como ya se dijo, constituyen aplicaciones especiales de dicha noción a determinadas situaciones jurídicas y que, por consiguiente, son de aplicación extensiva (3), y deben y pueden generalizarse.

c) En los casos de inejecución parcial, la resolución o la terminación del contrato no se produce ni puede producirse automáticamente o de pleno derecho. Tienen que ser demandadas. El Juez tiene que estudiar en cada caso las circunstancias para decidir de acuerdo con la noción de causa, si la prestación parcial de uno de los contratantes ha realizado o nó en lo sustancial el fin que se propuso alcanzar el cocontratante. Según lo que resulte decretará la resolución o la terminación, o la rescisión del contrato, o, simplemente una rebaja de la contraprestación. Lo primero sólo se hará cuando se vea que el demandante no habría contratado si hubiera previsto el incumplimiento parcial.

3º En el caso que se estudia ocurre que Medellín no sólo no ha demandado la resolución o la terminación del contrato ni una rebaja de la contraprestación, sino que los dos Municipios habían previsto que disminuirían los ingresos de Envigado por concepto del impuesto de vehículos, debido a la competencia del tranvía, y que fue cabalmente en virtud de esa previsión, por razón de ella, y como consecuencia de ella por lo que se estipuló, en el contrato, la obligación contenida en la cláusula 7ª Esta no tiene otra explicación que esa previsión sobre la base de la cual Medellín resolvió tomar a su cargo el alea respectiva. Y no tiene otra explicación porque se englobó en esa cláusula todo lo concerniente al impuesto de vehículos y todo lo concerniente al 10 por 100 del producto neto del tranvía para acordar que Medellín respondería por la diferencia entre los ingresos por esos dos conceptos, y la suma de $ 150.

4º En tales circunstancias no es procedente ni la declaración de resolución, ni la de terminación del contrato, ni siquiera la rebaja de la contraprestación, siendo de repetir que, por lo demás Medellín no ha demandado ni una ni otra cosa.

Por todo lo cual, la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *infirma* la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Medellín con fecha 2 de febrero de 1934 y confirma la de la instancia dictada por el señor Juez del Circuito de Medellín con fecha 17 de febrero de 1933.

Sin costas, cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase oportunamente.

EDUARDO ZULETA ANGEL—Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza—Miguel Moreno J.—Juan Francisco Mújica—Antonio Rocha—Pedro León Rincón, Secretario.

(1) Capitant: número 144.
(2) Capitant: número 140.
(3) Capitant: número 138.

REPUBLICA DE COLOMBIA BIBLIOTECA SALA CASACION DE NEGOCIOS

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

HOMICIDIO—FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACION—NO HAY VIOLACION DE LA LEY PROCEDIMENTAL—SE INVOCA LA CAUSAL PRIMERA DEL ARTICULO 3.° DE LA LEY 118 DE 1931, EN VEZ DE LA CUARTA—ENTRA LA CORTE A ANALIZAR LOS FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA—HALLA QUE LAS CIRCUNSTANCIAS DE ASESINATO NO TIENEN EN EL PROCESO EL MAS LEVE RESPALDO, Y SON UNICAMENTE MERAS HIPOTESIS—NO CORRESPONDE EL CUESTIONARIO PRESENTADO AL JURADO A LAS CIRCUNSTANCIAS DE ASESINATO QUE MENCIONA EL AUTO DE PROCEDER—AMPLITUD QUE DEBE TENER LA CORTE EN MATERIA CRIMINAL PARA QUE SE SATISFAGAN LOS ALTOS FINES DEL RECURSO DE CASACION.

Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal de San Gil, condenando al encausado como reo de homicidio premeditado y no de asesinato.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA—SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL—BOGOTA, MAYO DIEZ Y SEIS DE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO

(Magistrado ponente, doctor José Domingo Rojas).

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, en sentencia de veintiséis de septiembre de mil novecientos treinta y cuatro confirmó la del señor Juez 2° Superior de ese Distrito Judicial, por la cual dicho señor Juez 2° Superior condenó a Eufrasio Díaz "como autor del delito de homicidio perpetrado en la persona de la mujer Zenaida Vargas, hecho ejecutado el día veintiuno de abril del año de mil novecientos treinta, en el sitio de **Altamira**, de la jurisdicción municipal de Sucre, a sufrir en la Colonia Penal del Sarare, o en la Penitenciaría de Tunja, o en cualquier otro lugar que el Gobierno señale, la pena de veinte años de presidio" y a las accesorias a la de presidio.

El defensor del reo interpuso contra la sentencia del Tribunal, en la que fue confirmada la del Juez 2° Superior, el recurso de casación, establecido por la Ley 78 de 1923, y lo fundó así:

"Ser la sentencia dicha violatoria de la ley penal sustantiva, en cuanto las disposiciones que invoca fueron indebidamente aplicadas (sobre pena principal), dado que nadie vio si hubo las circunstancias de asesinato; ni puede negarse que se trata de un delito pasional, que, por tanto, excluye la circunstancia psicológica de la premeditación (causal primera de la Ley 118 de 1931, artículo 3°). Ser dicha sentencia violatoria de la ley, por cuanto hubo error en la apreciación del cuerpo del delito, porque un cadáver que dura expuesto varios días a la intemperie y a la voracidad de los perros y aves de presa, puede presentar lesiones que el presunto reo no causó (causal tercera ibid). Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por cuanto no se puso a disposición del acusado ni de su defensa la causa, para que pudiera hacer uso del derecho de pedir pruebas de descargo (causal segunda ibid), y defenderse."

Ante la Corte no amplió el defensor, como lo ofreció en el memorial en que interpuso el recurso de casación, las razones de dicho memorial.

Para proceder en orden lógico, la Corte declara, desde luégo, que la sentencia que se estudia no es violatoria de la ley procedimental por la razón alegada por el recurrente, porque, conforme al artículo 28 de la Ley 104 de 1922, el Juez no debe ordenar de oficio la apertura de la causa a prueba, sino mediante petición de algunas de las partes, en que afirme tener hechos qué comprobar, que no constan en el proceso. Y esa petición no fue hecha por las partes en la presente causa.

En el sitio de **Altamira**, del Distrito de Sucre, en el Departamento de Santander, fue encontrado por varios individuos, que andaban de caza, el cadáver de una mujer, del que estaba separada la cabeza, la que fue hallada a unos cuatro metros de distancia. El hallazgo fue hecho el día primero de mayo de mil novecientos treinta.

Identificado el cadáver por varios testigos, resultó ser el de Zenaida Vargas, y los peritos (foja 9), expusieron que la cabeza le había sido amputada a la Vargas "con instrumento cortante, bien afilado." No le fueron encontradas más heridas al cadáver.

Zenaida Vargas fue vista el día veintiuno de abril de mil novecientos treinta, como a las nueve de la mañana, hora en que estando "sana y alentada," pasó por la casa de Mesías Ariza, en dirección a la de Ecehomo Peña, camino en el cual queda el punto de **La Cueva del Indio**. Unos diez minutos antes había pasado en la misma dirección Eufrasio Díaz, quien, según unos testigos, iba armado de machete.

Eufrasio Díaz fue llamado a juicio por homicidio en la persona de Zenaida Vargas, sin que hubiera contra él prueba directa alguna, sino simplemente indiciaria. Los indicios consisten en varias declaraciones, según las cuales Díaz pretendía casarse con Carmen Santamaría, hija de Zenaida Vargas, matrimonio al que se oponía la Vargas, porque, como lo declaran varios testigos, ella decía que un hijo suyo lo había tenido de Eufrasio Díaz; en que éste había amenazado de muerte a la Vargas; en que la Vargas siguió el veintiuno de abril de mil novecientos treinta por el camino que minutos después recorrió Díaz; en que éste iba armado de peinilla, y en que después de la desaparición de Zenaida Vargas fue visto Eufrasio Díaz lavando la peinilla.

Como al Jurado la ley no le pide cuentas de los medios por los cuales llega a adquirir el convencimiento; ni le prescribe reglas de que deba deducir la plenitud y la suficiencia de las pruebas, el veredicto por el cual el Jurado declaró a Eufrasio Díaz responsable de haber dado muerte voluntaria y preme-

ditadamente a Zenaida Vargas, es incuestionable, y para el Juez de derecho tiene suficiente explicación en la prueba indiciaria que aparece de autos.

El mismo Jurado declaró que el acusado Eufrasio Díaz dio muerte voluntaria y premeditadamente a Zenaida Vargas "con alevosía, o a traición o sobreseguro, sorprendiendo descuidada, indefensa o desapercibida a la víctima en el lugar del crimen."

El defensor de Eufrasio Díaz, en el escrito en que interpone el recurso de casación, involucra las causales alegadas, no hay precisión en ellas; pero atendiendo principalmente al sentido de la justicia, se puede deducir que ha invocado equivocadamente la causal primera del artículo 3º de la Ley 118 de 1931, cuando quiso invocar la cuarta, o sea no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, y como la Corte encuentra virtualmente contenida en el escrito del recurrente dicha causal, entra a estudiar el asunto en el fondo.

El asesinato es el homicidio premeditado cuando se comete mediando en él una o más de las circunstancias determinadas en el artículo 586 del Código Penal, entre las cuales está la de haber sido cometido con alevosía, o a traición o sobreseguro, sorprendiendo descuidada, indefensa o desapercibida a la víctima.

No hay en el proceso el menor rastro de prueba de que Eufrasio Díaz ultimara a Zenaida Vargas, mediando alguna o algunas de las circunstancias de asesinato declaradas por el Jurado.

El auto de proceder, en lo sustancial, dice lo siguiente:

"Carmen Santamaría vivía ilícitamente con Eufrasio Díaz, y éste proyectaba legitimar esta unión, contrayendo el consiguiente matrimonio, en el cual era obstaculizado tenazmente por Zenaida Vargas, madre de Carmen, porque, al decir de aquella mujer, Eufrasio Díaz era el padre de una hija adulterina que ella había dado a luz hacía poco tiempo, hecho éste que Díaz negaba obstinadamente, y por ello, y por la oposición al matrimonio con Carmen, Díaz había expresado sentimientos de venganza contra Zenaida, ya para ultrajarla de obra, ya para darle muerte. El abandono que Carmen hizo de su mancebo Díaz, llenó de mayores rencores a éste contra su presunta suegra Zenaida. Esta historia resulta de las declaraciones de Carmen Santamaría (folio 14), y de las de Francisco Ariza, Balbina Rodríguez (folios 16 y 17).

"En este estado las cosas, el lunes veintiuno de abril del expresado año de mil novecientos treinta, día siguiente al de la Pascua de Resurrección, en las primeras horas de la mañana, Eufrasio Díaz estuvo en la casa de los esposos Patrocinio Santamaría y Zenaida Vargas, y de allí salió ésta en asocio del renombrado Díaz para la casa de Francisco Ariza, situada en el mismo paraje, de donde no regresó jamás a la casa (declaración de Rafael Santamaría, folio 20). Zenaida estuvo como a las nueve de ese mismo día en casa de Mesías Ariza, y de allí se dirigió a la de Eccehomo Peña, después de haber estado allí Eufrasio Díaz.

"Zoila Ariza (foja 10), Nereo de J. Pérez (foja 10 vuelta), Manuel Ruiz (foja 11), Luis Ariza (foja 12), Tránsito Marín (foja 12 vuelta), Rosa Delgado (foja 13), Salvador Verano (foja 13 vuelta), Antonio Ariza (foja 15 vuelta), Lourdes Rodríguez (foja 18), Mercedes Pérez (foja 18 vuelta), y Secundino R. Ardila (foja 20), vieron pasar a Eufrasio Díaz y luego a Zenaida Vargas por el camino que conduce a **La Cueva del Indio**, sitio donde se sacrificó a Zenaida, según consta, y dos de los citados testigos vieron a Díaz como a las dos de la tarde del mismo día, armado de peinilla al cinto. Esta arma la entregó Eufrasio Díaz a Francisco Ariza, cuatro días después de desaparecida Zenaida, por ser de este último (foja 16).

"Carmen y Patrocinio Santamaría refieren que Eufrasio Díaz había prometido darle muerte a Zenaida.

"Todos los elementos de prueba de que se ha hecho mérito hasta aquí, conducen a establecer la responsabilidad de Eufrasio Díaz en el crimen de que se viene tratando, crimen que se perpetró con la más ostensible premeditación, con la mayor sangre fría, con crueldad y sevicia."

Las circunstancias con que, según el Juez 2º Superior del Distrito Judicial de San Gil, perpetró Eufrasio Díaz el crimen de que se viene tratando, a saber: "con la mayor sangre fría, con crueldad y sevicia," no tienen en el proceso el más leve respaldo, son meras hipótesis, y las hipótesis no son pruebas. Por otra parte, y esto es lo principal, no corresponde el cuestionario formulado al Jurado por el mismo señor Juez, con la declaración de las circunstancias de asesinato, que éste hizo en el auto de proceder.

En efecto: el auto de proceder dice que Eufrasio Díaz cometió el crimen "con la mayor sangre fría, con crueldad y sevicia," y la pregunta formulada al Jurado es la siguiente:

"¿El acusado Eufrasio Díaz ejecutó el hecho de que trata la cuestión anterior con las siguientes circunstancias, o alguna o parte de ellas: con alevosía, o a traición o sobreseguro, sorprendiendo descuidada, indefensa o desapercibida a la víctima en el lugar del crimen?"

La alevosía la explica el mismo Código Penal en el numeral 3º del artículo 586, como equivalente a traición y sobreseguro, y el Diccionario de la Lengua la define: "maquinación cautelosa contra la vida o el honor de alguno"; luego la alevosía no es "la mayor sangre fría" de que habla el auto de proceder. El numeral 6º del artículo 586 establece como circunstancia de asesinato, el de haberse cometido el homicidio con tormentos o con algún acto de ferocidad o de crueldad; de manera que la crueldad, de que habla el auto de proceder, no es en manera alguna el hecho sobre que se interrogó al Jurado, de que si Eufrasio Díaz había cometido el homicidio sorprendiendo descuidada, indefensa o desapercibida a la víctima en el lugar del crimen; y la sevicia, de que trata el auto de proceder es, conforme al Diccionario de la Lengua, "crueldad excesiva." La cruel-

dad, declarada en el auto de proceder, no fue, pues, propuesta al Jurado.

No corresponde, por tanto, lo preguntado al Jurado con lo declarado en el auto de proceder.

La Corte, en sentencia de veinte de septiembre de mil novecientos treinta y tres, casó parcialmente la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, en el juicio seguido a Antonio Calvo por el delito de homicidio en la persona de Rito Sanguino, basándose en que no se le dedujeron al acusado, en el auto de proceder, ni la premeditación y las circunstancias de asesinato. Es verdad que en ese caso el recurrente en su demanda sí alegó expresamente la causal cuarta del artículo 3º de la Ley 118 de 1931.

¿Pero, el que en el caso que actualmente estudia la Corte, el recurrente, posiblemente por una equivocación, citara las causales primera, tercera y segunda, en vez de la cuarta, cuando sí alega el hecho de que nadie vio si hubo las circunstancias de asesinato, y cuando no corresponde la pregunta que sobre esas circunstancias hizo al Jurado el Juez Superior, con lo que éste declaró en el auto de proceder, ha de obligar a la misma Corte a cruzarse de brazos ante una injusticia que salta a la vista, cual es la de condenar a Eufrasio Díaz a veinte años de presidio, cuando no aparece de autos el más leve indicio de que diera muerte a Zenaida Vargas, con alevosía o a traición y sobreseguro, sorprendiéndola desprevenida, indefensa o desapercibida?

Ni el recurrente concretó, ni el Procurador alegó la causal cuarta del artículo citado; pero no puede decirse que de los términos del escrito del recurrente no aparezca, en el fondo, alegada esa causal. Y si en materia civil la Corte está obligada a ceñirse estrictamente a las peticiones de las partes, en materia criminal debe tener una amplitud mayor, para que se satisfagan los altos fines del recurso de casación, que son los de que la justicia se cumpla en forma que no queden violados en manera alguna los intereses de la sociedad ni los del reo.

Como dice la misma Corte en la causa de Antonio Calvo, la Corte no puede quedar impedida para subsanar el error en que se haya incurrido, pretextándose que así lo impone la soberanía del Jurado; porque sobre esa apreciación soberana de los juzgadores de conciencia, están las normas constitucionales, de imprescindible cumplimiento, cuandoquiera que se trata de proteger a quien notamente se ha condenado, sin haberse cumplido la plenitud de las formas propias de cada juicio. Y si la Corte no puede quedar impedida para subsanar el error en que incurrió el Jurado a causa de la confección del cuestionario, en relación con los términos del auto de proceder, menos puede estarlo para subsanar el cometido por el recurrente, al no escribir el número 4 en su memorial de casación.

No tiene base alguna la tercera de las causales alegadas por el recurrente, ya que el cuerpo del delito, en cuanto a que Eufrasio mató a Zenaida Vargas con instrumento cortante bien afilado, y premeditadamente, está bien comprobado, ya que existe para el Juez de derecho el veredicto al respecto del Jurado, y la prueba de que se ha hecho mención, y que obra en autos.

En la sentencia que se casa parcialmente, el reo fue condenado a veinte años de presidio, con los que el artículo transitorio B del Acto legislativo número 3 de 1910 sustituyó la pena de muerte, que el artículo 3º de dicho Acto legislativo suprimió; seguramente por esta razón, ni el Juez Superior de San Gil, ni el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial calificaron la delincuencia del reo, lo que debe hacerse en tercer grado, porque está comprobada con dos declaraciones su buena conducta anterior, y no aparece demostrada ninguna circunstancia agravante, sin que puedan tenerse en cuenta las que afirmó el Jurado, porque de apreciarlas así, el homicidio no podrá considerarse sino como asesinato, que es precisamente a lo que no puede llegarse, según el razonamiento de esta sentencia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Criminal, en desacuerdo con el concepto del señor Procurador, quien pide que se mantenga firme el fallo recurrido, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa parcialmente dicho fallo, y en su lugar resuelve:

Condénase a Eufrasio Díaz, como responsable de homicidio premeditado en la persona de Zenaida Vargas, calificada su responsabilidad en tercer grado, y dando aplicación al artículo 585 del Código Penal, a la pena de doce años de presidio, que cumplirá en la penitenciaría que designe el Gobierno. En cuanto a las condenaciones accesorias, queda en firme la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

PEDRO ALEJO RODRIGUEZ—**José Domingo Rojas**—**Francisco de P. Santander**—**Alberto Malo Baños**, Secretario en propiedad.

CONSULTA DE UNA SENTENCIA PROFERIDA POR UN CONSEJO DE GUERRA—NULIDAD DE LO ACTUADO POR FALTA DE NOTIFICACION A LAS PARTES

Se declara nulo lo actuado en el juicio seguido a un soldado por deserción.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA—SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL—BOGOTA, DIEZ Y SIETE DE MAYO DE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO.

(Magistrado ponente, doctor Santander).

El Consejo de Guerra ordinario, reunido en Manizales el treinta y uno de julio de mil novecientos treinta y cuatro, con el fin de decidir de la causa abierta al soldado del Batallón de Infantería número 9, Judas Tadeo González, por un delito de deserción, por sentencia de esa fecha y de acuerdo con el veredicto afirmativo del Jurado, condenó a González, previa calificación de la delincuencia en tercer grado y con aplicación del artículo 209 de la Ley 84 de 1931, a la pena de un año de prisión militar.

Contra dicha sentencia interpuso apelación el defensor del acusado, recurso que le fue concedido; pero como, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 112 de la citada Ley 84 de 1931, que se refiere a una tramitación especial (artículo 264 del Código Judicial), las sentencias proferidas por los Consejos de Guerra ordinarios no admiten otro recurso que el de nulidad, el Ministerio de Guerra envió a la Corte el asunto en consulta, formalidad a la cual está sujeta esa clase de sentencias.

Por consulta entra, pues, la Corte a revisar el proceso en cuestión, cumplida como se halla la ritualidad correspondiente.

Estima el señor Procurador General de la Nación que en el caso de declarar nulo lo actuado desde la providencia de veintiocho de julio de mil novecientos treinta y cuatro (folios 27 vuelta), por cuanto esa providencia, que fue la que señaló día para la decisión de la causa, no fue notificada a ninguna de las partes.

Y no puede menos de reconocerse el fundamento de dicho concepto, pues por precepto del artículo 111 de la Ley 84 citada, hay lugar a nulidad cuando no se notifica al reo y a su defensor el auto en que se señala día para la decisión de la causa, y, según se ve a la vuelta del folio 27, la providencia en que tal cosa se hizo no fue notificada a ninguna de las partes.

Es evidente, por lo expuesto, que la referida nulidad debe ser decretada.

Así, pues, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara nulo lo actuado desde la providencia de veintiocho de julio de mil novecientos treinta y cuatro (folio 27 vuelta), inclusive.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente.

PEDRO ALEJO RODRIGUEZ—**José Domingo Rojas**—**Francisco de P. Santander**—**Alberto Malo B.**, Secretario en propiedad.

HOMICIDIO—CAUSAL PRIMERA DEL ARTICULO 3.º DE LA LEY 78 DE 1923, ALEGADA, Y RAZONES DE DERECHO EN QUE SE FUNDA—INTERROGATORIO PROPUESTO AL JURADO—RELACION DE ALGUNOS HECHOS Y PRUEBAS—LA RESPUESTA DEL JURADO COLOCA EL CASO EN EL DE HOMICIDIO SIMPLEMENTE VOLUNTARIO AL ESTIMAR EL JUEZ QUE SE TRATABA DE UN HOMICIDIO COMETIDO EN ACTO PRIMO, NO VIOLO LA LEY PENAL POR ESE ASPECTO—ERRONEA APRECIACION SOBRE MALA CONDUCTA ANTERIOR DEL REO—COMO DEBIO HACERSE LA CALIFICACION DE LA DELINCUENCIA EN TERCER GRADO, Y NO SE HIZO—ES CASABLE POR ESE ASPECTO LA SENTENCIA, NO OBSTANTE LA ALEGACION DE LA PRIMERA CAUSAL DEL ARTICULO 3.º DE LA LEY 78 DE 1923, SUSTITUIDO POR EL ARTICULO 3.º DE LA LEY 118 DE 1931.

Se casa parcialmente el fallo recurrido, condenando al encausado como responsable de homicidio simplemente voluntario, calificada la delincuencia en ínfimo grado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA—SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL—BOGOTA, VEINTIDOS DE MAYO DE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO

(Magistrado ponente, doctor José Domingo Rojas).

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en sentencia de veintitrés de noviembre de mil novecientos treinta y cuatro, confirmó la del señor Juez 3º Superior de ese Distrito Judicial, por la cual fue condenado Daniel Posso Esquivel, mayor de edad, natural de Toro y vecino de Cartago, a la pena corporal de nueve años de presidio y a las accesorias a la de presidio.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso el reo recurso de casación, así:

"Fundo el recurso de casación que interpongo en las siguientes causales:

"1ª Ser la sentencia violatoria de la ley penal sustantiva, por mala interpretación de ésta, y por haber aplicado una disposición distinta de la que corres-

pondía aplicar (ordinal 1º del artículo 3º de la Ley 78 de 1923).

"Razones de derecho:

"a) La sentencia recurrida es violatoria de la ley penal sustantiva, por mala interpretación de ésta, puesto que erróneamente se considera que, de acuerdo con el cuestionario propuesto a los señores Jueces de hecho y el veredicto pronunciado por el Jurado, se trata de un acto primo, o sea el arrebato súbito e impensado de la pasión, de una baja pasión, lo que produjo la reacción homicida, caso contemplado por el ordinal 6º del artículo 587 del Código Penal, y sancionado en segundo grado con la pena de nueve años de presidio, conforme al artículo 600 del mismo Código Penal.

"Ni el cuestionario propuesto, según el auto de enjuiciamiento, ni el veredicto del Jurado, me consideran de manera clara y precisa como responsable del homicidio causado en la persona de Esteban Rojas, en las circunstancias ameritadas en la sentencia recurrida, esto es, en el ordinal citado, 6º del artículo 587 del Código Penal, puesto que el cuestionario omitió el móvil de la reacción homicida, y el Jurado tampoco explicó o dijo en el veredicto en qué circunstancias había cometido el hecho criminoso y punible. Y ante esta omisión, y teniendo en cuenta las declaraciones de Aquileo Valdés, Salomón Flórez y Jesús Ayala, el juzgador de derecho, aplicando el principio del derecho universal **de in dubio pro reo**, debió catalogar mi responsabilidad criminal conforme al artículo 605 del Código Penal, es decir, en el acto de recibir una agresión material, y en este caso mi delincuencia sería sancionada con seis meses de prisión, suponiendo que fuera procedente estimarla en segundo grado, como lo dice el Juez sentenciador.

"b) En el juicio plenario demostré de manera plena y satisfactoria con las declaraciones de que hago referencia, rendidas por los testigos hábiles, señores Valdés, Flórez y Ayala, que me vi en el caso de reaccionar contra el occiso Rojas, debido a la actitud altamente agresiva que asumió contra mí, tirándome e hiriéndome con una piedra. De manera que mi acción fue de reacción defensiva, ejecutada sin solución de continuidad, en el acto mismo en que Rojas me agredía y hería en la cabeza, con manifiesta intención de matarme. Y si el Jurado no expresó ni hizo explicación alguna en el veredicto pronunciado, que la reacción homicida había tenido lugar en las circunstancias que anota el Tribunal Superior, no es dable, legal ni jurídicamente, desechar de plano esos testimonios, que precisan las circunstancias específicas en que se cometió el homicidio imputado, circunstancias que no son otras que las que determinan el ya nombrado artículo 605 del Código Penal.

"c) La sentencia recurrida es violatoria de la ley penal sustantiva, por haberse aplicado una disposición distinta de la que correspondía aplicar, puesto que no hay fundamento legal para que se considere que debe graduarse el delito en segundo grado, puesto que existen circunstancias atenuantes en mi favor, que son mi buena conducta anterior; ser este el primer delito, y mi ninguna ilustración y ninguna agravante que merezca tenerse en cuenta de manera especial con relación al delito imputado. No se ha traído a los autos ninguna sentencia que me condene a la pena de presidio o reclusión u otra corporal, que me indiquen como un sujeto peligroso o reincidente en esta clase de delitos. Las infracciones de policía, por ser de carácter transitorio, no pueden tenerse en cuenta como agravantes, por ser infracciones diferentes.

"De consiguiente, ha debido condenárseme, de acuerdo con el proceso, con los elementos de prueba que adujo en mi favor y teniendo en cuenta el veredicto del Jurado, que no explicó ninguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 587 del Código Penal, en tercer grado, conforme al artículo 605 del mismo Código, y entonces mi penalidad no resultaría nunca con nueve años de presidio, sino con seis años, si fuere el caso de aplicar el 600, o sólo de cuatro meses de prisión, de acuerdo con el artículo 605 del precitado Código Penal."

El señor Juez 2º Superior de Buga propuso al Jurado el siguiente interrogatorio:

"¿El acusado Daniel Posso E. es responsable, conforme al auto de proceder, de haber dado muerte voluntaria y premeditadamente a Esteban Rojas, mediante tres heridas causadas con arma cortante y punzante; hecho que tuvo lugar el día quince de abril de mil novecientos treinta y tres, en la población de Toro, comprensión de este Distrito Judicial?"

El Jurado contestó:

"Sí es responsable, pero sin premeditación."

Está plenamente comprobado que en la noche del quince de abril de mil novecientos treinta y tres murió en la población de Toro, del Circuito Judicial de Buga, Esteban Rojas, a consecuencia de una grande hemorragia interna, debida a una herida que recibió en el vientre y a otra que recibió en la región lumbar izquierda, heridas que sufrió ese mismo día, como a las tres de la tarde en dicha población. (Partida de defunción de origen eclesiástico, folio 11; reconocimiento pericial, folio 16; declaraciones de Jorge Julio Flórez, de Alberto Jordán, etc.).

Jorge Julio Flórez y Alberto Jordán vieron que Daniel Posso E. sacó una peinilla y con ella le tiró a Rojas, quien salió herido del lance. Ni uno ni otro testigo dan cuenta de que mediara riña o pelea, y del contexto de esas declaraciones se deduce que Posso atacó a Rojas, sin que de parte de éste mediara provocación de ninguna especie.

El ofendido alcanzó a declarar que el quince de abril de mil novecientos treinta y tres, yendo de la plaza de Toro de llevar una leña, se encontró frente a la casa del señor Eladio Bocanegra con Daniel Posso, quien le dijo: "vea, qué bellaco, fuiste a poner denuncio," y al momento, con una peinilla que tenía en la mano, le causó tres heridas. El ofendido declaró que Posso estaba disgustado por el hecho de haberse llevado unas gallinas de casa de dicho ofendido, quien había ido ese día a la Alcaldía a dar la queja por ese hecho.

El reo, en su primera declaración indagatoria, negó los hechos; pero en la que aparece a folio 16, dice

que el día de los hechos salía de su casa, sita en Toro, con dirección al cementerio, y cuando llegaba a una esquina se encontró con Esteban Rojas, el cual, sin ofenderlo el indagado, le dijo a éste que era un ratero, hijo de puta, y al mismo tiempo, sacando una piedra del bolsillo, lo hirió con ella en la cabeza; que a poca distancia se encontraban los señores Euclides Valdés, Fernando Valdés y Romualdo Bermúdez, y en esos momentos pasaba la señora Cristina Mena, quien también presenció los acontecimientos y las injurias de que fue objeto. Dice el indagado que en vista de la actitud agresiva del señor Rojas, y en defensa de su vida, se vio precisado a herirlo con una peinilla.

Los testigos citados por el reo, como presenciales de los hechos, niegan completamente haberlos presenciado. Solamente Romualdo Bermúdez dice que a eso de las cuatro de la tarde del quince de abril citado, se encontró, después de los hechos, con Daniel Posso en el camino, y pudo verle perfectamente una contusión en la cabeza, y lo contó, además, que Esteban Rojas lo había herido con una piedra, después de haberlo tratado de ratero y de haberle dicho hijo de puta. Esta declaración, como se ve, no es de testigo presencial.

El diez de julio de mil novecientos treinta y tres, el reo, por medio de memorial al Alcalde de La Unión, solicitó unas declaraciones de unos hechos de Salomón Flórez Aquiteo y Miguel Valdeses, sobre si los absolventes tuvieron la ocasión de presenciar que, yendo el peticionario en dirección al cementerio católico de la ciudad de Toro, se encontró con Esteban Rojas, quien, al verlo, no obstante la actitud pacífica y silenciosa en que andaba el peticionario, le salió al encuentro, tratándolo de ratero e hijo de puta; le lanzó una piedra a la cabeza, con la que le causó una contusión, y que en ese acto mismo rechazó a su agresor, hiriéndolo gravemente con una peinilla. La misma solicitud hizo el reo el treinta y uno de agosto del año dicho, para que se recibiera declaración a Jesús Ayala, sobre los mismos puntos. Los cuatro testigos declararon de conformidad con el interrogatorio, y ratificaron sus declaraciones en el proceso.

Tanto el Juez 2º Superior de Buga como el Tribunal de ese Distrito Judicial, encontraron sospechosas de falsedad esas declaraciones, y el Jurado decide que Daniel Posso E. es responsable de haber dado muerte voluntariamente, pero sin premeditación, a Esteban Rojas, y ese veredicto no fue declarado notoriamente injusto, ni por el Juez 2º Superior ni por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga. El Jurado es soberano en la apreciación de las pruebas, y las declaraciones aducidas en su favor por el reo, tienen las características de las declaraciones ad hoc: los primeros testigos que citó Posso E. para que declararan de acuerdo con lo que dijo en la segunda indagación que se le hizo, declararon honradamente que no habían presenciado los hechos; sólo tres y cuatro meses después del homicidio citó a los nuevos testigos. Ni el Juez de la causa, ni el Tribunal de Buga, tenían por qué declarar injusto el veredicto.

La respuesta del Jurado coloca de manera precisa al reo en el caso de homicidio simplemente voluntario, y como el Tribunal Superior de Buga, en el auto en que confirmó el de proceder, estimó que se trataba de un homicidio premeditado, no podía el Juez Superior, en el interrogatorio sometido al Jurado, determinar las circunstancias del homicidio simplemente voluntario, declarado por el Jurado.

El Jurado resolvió afirmativamente el interrogatorio propuesto, pero quitándole la circunstancia de la premeditación al homicidio, y sin expresar en qué circunstancias cometió Posso E. el homicidio simplemente voluntario; quedó, pues, a la facultad del Juez apreciar las circunstancias dentro de las cuales el reo cometió el homicidio, ciñéndose, como es obvio, a las que determina el artículo 587 del Código Penal, constitutivas del homicidio simplemente voluntario. Y con todo acierto el señor Juez estimó que se trataba de un homicidio cometido por causa de un acto primo, o sea el arrebato súbito e impensado de una pasión, que era la de la venganza, por la queja que, según Esteban Rojas, había dado éste contra el reo el mismo día en que lo ultimó.

No es, pues, por ese lado, violatoria la sentencia de la ley penal, ya que el homicidio simplemente voluntario lo castiga la ley (artículo 600 del Código Penal), con seis a doce años de presidio, menos en los casos previstos en alguna disposición especial, excepción que no tiene aplicación en el caso que se contempla.

En su sentencia, el señor Juez Superior dice:

"Para la calificación del grado de la delincuencia, ésta debe hacerse en el segundo por obrar contra el acusado circunstancias atenuantes, como su corta edad y su falta de ilustración, y agravantes, como su mala conducta anterior, por delitos contra las personas y contra la propiedad, y haber sido penado en colonias por esta última clase de delitos (folios 3 vuelto y 27)."

Y el Tribunal Superior de Buga dice:

"Correcta es la calificación del delito en segundo grado, porque a las circunstancias agravantes que anota el señor Juez sentenciador y el señor Fiscal de esta corporación, se suma la de la crueldad, empleada por el reo, que resulta del número de heridas que exhibió Rojas, según la autopsia de su cadáver."

La prueba en que el Tribunal de Buga sustenta la circunstancia agravante de la mala conducta observada por el reo antes de cometer el delito, es la misma a que alude el señor Juez Superior, a saber:

"Los suscritos Alcalde y Secretario certifican: que en el Despacho de la Alcaldía cursan tres sumarios, así: uno por el delito de homicidio en la persona de Juan E. Echavarría; uno por el delito de hurto, y uno por el delito de heridas, en los cuales aparece como sindicado Daniel Posso. Además, se hace constar que la conducta del citado Posso es mala, y que hace poco tiempo regresó a esta población procedente de las colonias penales. A las autoridades de Curiago puede pedirse información sobre el pasado judicial

del citado Posso, por ser aquella población donde ha vivido hace algún tiempo.

"Toro, abril 16 de 1933.

"El Alcalde Municipal, **Luis F. Quintero**
"**Carlos J. Caicedo**, Secretario."

En la foja 27 del proceso, contentiva, según el señor Juez 2º Superior de Buga, de prueba de la mala conducta del reo, no hay nada al respecto.

La Corte ha buscado detenidamente en el proceso si hay en realidad pruebas de la mala conducta anterior de Daniel Posso E., y fuera del primer certificado transcrito, sólo ha encontrado otro certificado del mismo Alcalde de Toro (foja 22), según el cual, en el archivo de esa Alcaldía, se han encontrado dos sumarios contra Posso: uno, tentativa de hurto a viva fuerza (sic), y otro, por heridas. Y la constancia que obra a foja 34 vuelta, suscrita por el Secretario del Juzgado 2º Superior de Buga, de que el Tribunal Superior de allí confirmó el auto de sobreseimiento temporal, dictado a favor de Daniel Posso y Tulio Barco, por los delitos de homicidio y heridas, sin que se sepa de qué homicidio ni de qué heridas se trata; por lo que hay que suponer que esa constancia se refiere al homicidio en la persona de Juan E. Echavarría, de que hablan el Alcalde y el Secretario de Toro en el certificado de foja 3, y al delito de heridas, a que se refieren en ese mismo certificado, y en el de foja 22.

Desde que se ha sobreseído temporalmente en favor de un sindicado, es porque aun habiendo prueba de la existencia del delito, no hay, respecto de la responsabilidad, las pruebas que señala la ley para el llamamiento a juicio. No puede, pues, tenerse como prueba de la mala conducta anterior de Daniel Posso E., el que haya sido sindicado de delitos de homicidio y heridas, en los cuales se ha sobreseído temporalmente; ni tampoco es prueba de mala conducta anterior, el que se hayan iniciado contra un individuo sumarios cuyo resultado no se conoce, pues el hecho de sindicar a una persona de un delito, no es prueba de que haya cometido ese delito que en el sumario se averigua si se ha cometido o nó, y si el sindicado es responsable de él.

No puede tenerse en cuenta tampoco, para comprobar la mala conducta anterior de Daniel Posso Esquivel, lo que dice el señor Alcalde de Toro, de que Posso Esquivel regresó a esa población procedente de las colonias penales; pues el hecho de haber estado en una o en todas las colonias penales no es de suyo comprobante de mala conducta, porque puede haberse estado allí por negocio, o por paseo o como empleado del Gobierno. Para que el hecho de haber estado Posso Esquivel en las colonias penales, fuera prueba de su mala conducta anterior, se requeriría que en el expediente existiera constancia de que había estado pagando alguna pena, y esa constancia no existe en el proceso que se estudia.

No hay, pues, en el proceso, la prueba de la mala conducta anterior de Daniel Posso Esquivel.

Como son dos las circunstancias agravantes en que el Tribunal Superior de Buga se funda para calificar en segundo grado la delincuencia del recurrente: la mala conducta observada por el reo antes de cometer el delito, y la crueldad, es innecesario examinar si esta última circunstancia está efectivamente comprobada, porque el artículo 123 del Código Penal dice que si concurrieren al mismo tiempo circunstancias atenuantes y agravantes, la calificación se hará en segundo grado. La jurisprudencia de la Corte ha sido constante en estimar que se requieren por lo menos dos circunstancias agravantes cuando hay atenuantes, para que la calificación se haga en segundo grado. En el caso presente están comprobadas las circunstancias atenuantes, de la corta edad del reo (era menor cuando cometió el delito), y su falta de ilustración; y cuatro testigos declaran, a fojas 97, 98 y 99 vuelta, que Daniel Posso E. es buen hijo, trabajador, sin vicios degradantes, de condición humilde, ignorante, de buen carácter. La calificación, pues, de la delincuencia debió hacerse en el tercer grado, y por ese aspecto es casable la sentencia recurrida, de acuerdo con la causal primera del artículo 3º de la Ley 118 de 1931, por indebida aplicación de la ley penal, pues aunque el reo invocó la causal primera del artículo 3º de la Ley 78 de 1923, sustituido por la Ley primeramente citada, como el numeral sustituído es análogo al que lo reemplaza, no puede la Sala de Casación de la Corte en lo Criminal dejar de administrar justicia porque un recurrente haya equivocado la cita de una ley, cuando el mismo recurrente ha alegado y sostenido la causal de casación que la misma ley establece.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, oído el concepto del señor Procurador, quien conceptúa que debe mantenerse firme el fallo recurrido, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa parcialmente dicho fallo, y resuelve:

Condénase a Daniel Posso Esquivel como responsable de homicidio simplemente voluntario en la persona de Fabián Rojas, calificada su delincuencia en tercer grado, y con aplicación del artículo 600 del Código Penal, a la pena de seis años de presidio, que cumplirá en la penitenciaría que designe el Gobierno. Quedan en firme las condenaciones accesorias impuestas en la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

PEDRO ALEJO RODRIGUEZ.—José Domingo Rojas—Francisco de P. Santander—Alberto Mala Baños, Secretario en propiedad.

ACUERDO NUMERO 13

NIEGA LA CORTE UN CAMBIO DE RADICACION

En Bogotá, a veinticuatro de mayo de mil novecientos treinta y cinco, reunidos en Sala de Acuerdo los Magistrados que suscriben, quienes integran la de Casación en lo Criminal, de la Corte Suprema de Justicia, consideraron y aprobaron el siguiente proyecto, presentado por el Magistrado doctor Santander:

El doctor Abel Chaves Nieto, natural de Bogotá y vecino de Remolino, de la Provincia de Barranquilla, por memorial de diez y nueve de febrero de, año en curso, dirigido al señor Gobernador del Departamento de Antioquia, expresa:

Que en la Alcaldía de Zaragoza se le instruyó un sumario por el delito de bigamia; que el estado de su salud le imposibilita para estar a derecho ante las autoridades del Departamento de Antioquia, porque el clima le es perjudicial; que dichas autoridades le son hostiles, como también influyentes los acusadores por su dinero, y que siendo tales motivos bastantes para impedir la recta administración de justicia, solicita sea trasladado el negocio a otro Departamento, como el del Atlántico, Magdalena o Bolívar.

Además presentó como única prueba las certificaciones juradas de dos médicos que hacen conocer que el peticionario sufre una lesión cardíaca y un paludismo crónico que no le permiten vivir en climas fríos y malsanos.

El señor Gobernador de Antioquia, en providencia de cuatro de abril último, dispuso que se remitieran las diligencias al Ministerio de Gobierno, de donde han sido enviadas a la Corte para que emita su concepto.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 29 de la Ley 105 de 1931, el Gobierno, de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia, puede disponer que los procesados o sindicados por delitos de competencia de los Juzgados Superiores de Distrito Judicial sean juzgados en otro Distrito Judicial distinto de aquel en donde se cometió el delito, cuando ello se estime conveniente para la recta administración de justicia, medida que puede tomarse también en caso de enfermedad grave del sindicado o procesado. Pero es el caso que el delito de bigamia, por el cual dice el señor Chaves Nieto se le sindica, no es de competencia de los Juzgados Superiores sino de los de Circuito, y por esta razón fundamental, no tiene facultad el Gobierno para acceder al cambio de radicación que se solicita por las presentes diligencias, de un sumario que corresponde al conocimiento de un Juzgado de Circuito a otro de distinto Distrito Judicial.

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Criminal, conceptúa que es el caso de negar el cambio de radicación solicitado por el doctor Abel Chaves Nieto.

Comuníquese al señor Ministro de Gobierno, cópiese en el libro respectivo y publíquese en la Gaceta Judicial.

Para constancia se firma el presente Acuerdo por los Magistrados que en él han intervenido y por el Secretario de la Sala.

PEDRO ALEJO RODRIGUEZ—**Francisco de P. Santander—José Domingo Rojas—Alberto Malo R.**, Secretario en propiedad.

HOMICIDIO—CAUSALES 1ª, 2ª Y 5ª DE CASACION, CONFORME AL ARTICULO 3º DE LA LEY 118 DE 1931, Y ALEGACIONES SOBRE ELLAS. EXAMEN DE LOS FUNDAMENTOS DE LA 3ª CAUSAL, QUE DECLARA INFUNDADA LA CORTE, POR ESTAR COMPROBADA LA EXISTENCIA DEL CUERPO DEL DELITO—SE DECLARA INFUNDADA TAMBIEN LA 1ª CAUSAL SOBRE VIOLACION DE LA LEY PENAL, PORQUE LA RECURRENTE FUE JURIDICAMENTE CONSIDERADA COMO COMPLICE DEL DELITO Y NO COMO AUXILIADORA—IGUALMENTE SE DECLARA INFUNDADA LA 5ª CAUSAL, POR NO HABERSE DEBATIDO EN LAS INSTANCIAS DEL JUICIO LA CUESTION SOBRE INJUSTICIA DEL VEREDICTO, NI HABERSE SOLICITADO TAL DECLARACION

Se declara que no es casable la sentencia recurrida del Tribunal de San Gil.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA—SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL—BOGOTA, VEINTIOCHO DE MAYO DE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO.

(Magistrado ponente, doctor José Domingo Rojas).

El señor Juez segundo Superior del Distrito Judicial de San Gil dictó, el veintidós de febrero de mil novecientos treinta y cuatro, sentencia en la que condenó a Pedro Jaimes, Josefina Gómez e Inocencio Mesa, el primero como autor principal, la segunda como auxiliadora, y el tercero como encubridor del delito de homicidio perpetrado con premeditación y con los caracteres de asesinato en la persona de Damián Colmenares, a sufrir, Jaimes la pena de veinte años de presidio; la Gómez, once años y nueve meses de la misma pena, y Mesa, cinco años y diez meses, igualmente de presidio, y a las penas consiguientes a ésta.

Apelada por los reos la sentencia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, con fecha catorce de septiembre de mil novecientos treinta y cuatro, la reformó en el sentido de aumentar a trece años cuatro meses de presidio la pena que debe sufrir Josefina Gómez, considerán-

dola como cómplice; la adicionó en el sentido de imponer a Pedro Jaimes o Arturo Duarte la pena accesoria de la privación perpetua de los derechos políticos y la confirmó en lo demás.

Solamente la reo Josefina Gómez interpuso el recurso de casación; alegó como causales la 1ª, la 3ª y la 5ª de la Ley 118 de 1931, y las fundó así:

"Causal 1ª La sentencia es violatoria de la ley penal, por cuanto se me consideró en ella como cómplice del delito juzgado, interpretando el veredicto del Jurado en forma distinta a como lo hizo el señor Juez a quo, quien se ciñó más a los preceptos legales y fijó de manera más clara y precisa el alcance de la decisión de los Jueces de conciencia.

"En efecto: los señores Jurados contestaron el cuestionario sometido a su consideración, diciendo que sí era responsable, pero como instigadora. Y la instigación no puede considerarse como complicidad mientras no la acompañen ciertos medios que la ley juzga determinantes de la voluntad del autor; fuera de que la provocación a delinquir, o sea el esfuerzo que se hace para que se cometa un delito, supone, para que sea constitutiva de complicidad, que sea directa, es decir, que se dirija a un fin preciso, determinado.

"En autos no consta, en parte alguna, que yo hubiera provocado de manera directa al encausado Pedro Jaimes a que diera muerte a mi esposo Damián Colmenares. Es verdad que él en la ampliación de su indagatoria dice que yo le dije que tenía que joder, en asocio de Vicente Mesa, a mi esposo Colmenares; pero de ahí a que él dijera que tenía que darle muerte, existe gran diferencia: el primer término empleado es equívoco por demás y no envuelve incitación a cometer determinado delito. Lo que quiere decir que falta un elemento constitutivo de la complicidad. Corrobora este razonamiento el hecho de que durante la celebración del juicio (folios 12ª vuelta), el encausado Pedro Jaimes, al contestar un interrogatorio del señor Juez del conocimiento, dijo que el que le había dicho que matara a Damián Colmenares había sido Vicente Mesa, y que los dones y ofrecimientos de este último eran los que habían determinado su resolución criminosa.

"De donde se deduce que el honorable Tribunal interpretó erróneamente el ordinal 3º del artículo 23 del Código Penal, y consecuencialmente aplicó indebidamente el inciso 1º del artículo 27 del mismo Código, en armonía con el artículo 593. Ha debido, pues, aplicarse el inciso 2º del ya citado artículo 27.

"Así, pues, la sentencia es violatoria de la ley penal sustantiva.

"Causal 3ª La sentencia es violatoria de la ley por cuanto hubo error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito.

"Siendo el cuerpo del delito el fundamento de todo juicio criminal y necesitándose su plena comprobación para que sea procedente el llamamiento a juicio, es preciso que tal elemento aparezca debidamente establecido en orden a evitar fallos injustos y a darle realidad y sentido al elemento subjetivo o responsabilidad.

"La apreciación de esta clase de prueba envuelve una cuestión de derecho que escapa a los Jueces de conciencia y que únicamente le incumbe al funcionario que dicta el correspondiente auto de proceder. Por tanto, la prueba que la ley requiere para que se considere debidamente establecido está sujeta a determinada tarifa, fuera de la cual toda apreciación es arbitraria y, por consiguiente, violatoria de los derechos legítimos del que está sufriendo el rigor de la ley, por más criminal que se le suponga.

"En orden a la prueba de este elemento en el expediente, tan sólo figuran las siguientes probanzas: el hallazgo de parte de un cuerpo humano en estado de putrefacción; restos de algunas prendas de vestir; un bordón ensangrentado y el cuchillo que se dice portaba la víctima.

"¿Y fueron perfectamente identificados? En manera alguna. El señor funcionario de instrucción practicó una inspección ocular y una diligencia de reconocimiento (folios 1 vuelta), en la que nueve testigos no pudieron identificar el cadáver; las prendas de vestir sí fueron reconocidas, lo mismo que el bordón, pero por sí solos ellos no establecen que el cadáver encontrado fuera el de Damián Colmenares, por más que a esta prueba se le sume el hecho de la desaparición del presunto muerto. Dos indicios, no necesarios en este caso, por sí solos no forman plena prueba del homicidio de Colmenares, y más cuando no aparece por parte alguna la partida de defunción, lo que nos indica que en Contratación nunca se tuvo la seguridad de que los despojos hallados fueran los del desaparecido.

"¿Y qué decir del dictamen pericial, por el cual ha debido determinarse la causa de la muerte, o la presunta causa, del individuo cuyo cadáver fue objeto de la minuciosa investigación del señor Corregidor de Contratación? De él nada se saca en conclusión, y sólo sirve para sembrar la duda y cubrir de tinieblas la instrucción sumaria.

"Por tanto, no se cumplió con el artículo 1516 del Código Judicial, y la disposición 157 de la Ley 40 de 1907 queda por demás en nuestra legislación, ya que los peritos nada establecieron, no hubo testigos hábiles que presenciaran los hechos, y los indicios que aparecen no tienen asomo de necesarios, pues su existencia no tiene la necesidad lógica que reclama el artículo 1761 del Código de Procedimiento.

"Ahora bien: la confesión no es prueba del delito, por más que la expresión que trae el artículo 1606, 'por otra parte,' se haya querido interponer aditivamente, pues de cualquier modo que se le considere, la sola confesión no es por sí suficiente y la prueba que se refiere al elemento objetivo tiene que reunir los requisitos de la plena prueba, ya que su apreciación, como se dijo, no es de conciencia.

"Esto en lo que se refiere al cuerpo del delito en género. Los demás elementos constitutivos del asesinato tan sólo han existido en la mente torva

de mi acusador Pedro Jaimes; ellos no tienen realidad, ni siquiera mínima, a través de las páginas de donde se me deduje responsabilidad, y sería el colmo de la injusticia que esa confesión procaz viniera a ser prueba de elementos constitutivos de un delito por demás gravísimo. La declaración de Pedro Jaimes, en la parte que acusa a terceras personas, está sujeta a las reglas legales relativas al valor probatorio de las declaraciones de testigos, y ella sola no es suficiente como prueba de un elemento que exige plenitud.

"Así, pues, se han violado de igual modo los artículos del 1513 al 1529 y 1627 del Código Judicial, 157 de la Ley 40 de 1907 y 24 de la Ley 104 de 1922.

"Causal 5ª La sentencia es violatoria de la ley penal por haberse dictado sobre un veredicto viciado de injusticia notoria. En cuanto al previo debate de las instancias, implícitamente tuvo lugar al apelarse de la sentencia de primera instancia, ya que no es obligatorio sustentar los recursos: hasta con interponerlos....."

El orden lógico exige examinar en primer término la tercera causal alegada y sostenida por la recurrente, o sea la de ser la sentencia violatoria de la ley por cuanto hubo error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito.

La recurrente sostiene que en el caso de autos no está demostrada la existencia del cuerpo del delito, y si esto fuera así, se impondría la absolución de la reo.

El artículo 1513 del Código Judicial estatuye que la existencia del cuerpo del delito es el fundamento de todo juicio criminal, y en el mismo artículo dice que se entiende por cuerpo del delito un hecho criminoso y punible, según las leyes.

El artículo 157 de la Ley 40 de 1907 establece que el cuerpo del delito se comprueba con el prolijo examen que se haga por facultativos o peritos de las huellas, rastros o señales que haya dejado el hecho, o con las deposiciones de los testigos que hayan visto o sepan de otro modo la perpetración del mismo hecho, o con indicios necesarios o vehementes que produzcan el pleno convencimiento de dicha perpetración. Y el artículo 24 de la Ley 104 de 1922 dispone que los elementos constitutivos del delito, señalados en la respectiva disposición penal, serán la base de la comprobación del cuerpo del delito.

Precisa un examen de los hechos para apreciar si las citadas disposiciones han tenido cumplimiento.

El Corregidor del Lazareto de Contratación, por informe del Jefe de la Policía interna de ese Lazareto, de que en el punto de El Cerro de esa jurisdicción se hallaba un cadáver insepulto y que se presumía que fuera el de Damián Colmenares, quien había desaparecido de esa región, ordenó levantar la investigación correspondiente.

Entre otras providencias, fue dispuesta la de practicar una inspección ocular al punto donde se decía que se encontraba el cadáver a fin de que, por medio de testigos o peritos, se identificara tal cadáver y, si fuese posible, se trasladara al poblado de Contratación para su reconocimiento por facultativos.

En la diligencia respectiva consta que en un potrero de propiedad de José Ignacio Arias, en el Corregimiento de Contratación, a la orilla de un monte, dentro de un zanjón o hoyada, se halló un cadáver en completo estado de descomposición, al que le faltaba ya la cabeza; el tronco del cuerpo estaba comido por los gallinazos; las piernas solamente las cubrían unos pantalones de manta color negro, con alpargatas de suela atadas con cabuya, y parte de una camisa de tela blanca; mantenía al cinto una correa de vaqueta con dos cubiertas de cuchillo, una de peinilla y otra más corta. El Corregidor ordenó la comparecencia de nuevos testigos, a fin de que identificaran y reconocieran el cadáver, y juramentados dijeron:

"El cadáver que tenemos a la vista no lo podemos identificar o reconocer, es decir, no podemos decir de qué persona sea, pues la ausencia de la cabeza y parte del tronco, que se observa comido por los gallinazos, hace imposible su reconocimiento o identificación; pues con la mera presencia de las piernas, que visten pantalones de manta color negro, con una correa de cuero al cinto, con dos cubiertas de cuchillo, una grande como de peinilla y otra más pequeña; con alpargatas de suela atadas con cabuya, y parte de la camisa de tela blanca, no podemos determinar la persona."

Por orden del Corregidor le fueron quitadas al cadáver, del cinto, la correa o faja con sus cubiertas, para posterior reconocimiento, y ordenó la inmediata sepultura del cadáver, haciendo constar que no fue hallada la cabeza de éste.

Como hubiera noticia de las relaciones ilícitas de Josefina Gómez, mujer legítima de Damián Colmenares, con Vicente Mesa, enfermo de lepra, fue indagada dicha Gómez, quien dijo el nueve de febrero de mil novecientos treinta y uno, que hacía quince días que su marido se había ido para el campo de El Cerro a trabajar como peón, y la víspera de la declaración le había oído decir a un policía que habían encontrado a Damián muerto en el campo, y que creía que el muerto fuera su esposo, porque no volvió a saber de él, y que sospechaba que le hubiera dado muerte Vicente Mesa, por celos que tenía su esposo con Mesa desde hacía unos seis meses.

"Mi esposo Damián Colmenares—dice la indagada—el día veintiséis, martes, de enero último, llevaba pantalones de manta negra sin lista, pantaloncillos de lienzo, camisa de lienzo, sombrero de jipa en regular estado de uso, ruana de lana oscura, alpargatas de fique; portaba una peinilla y un cuchillo al cinto, en cubiertas viejonas, por cinturón una correa angosta de vaqueta, y que son las mismas cubiertas y correa que se ponen de presente (el Secretario certifica la presentación), observando que la cubierta grande que tenía un ramal que le bajaba a la punta, está

trozada; la otra cubierta pequeña, que lleva unas chapetitas de lata en la parte superior y la correa que tiene ojaletes de metal, reconozco que son los mismos que portaba mi esposo Damián Colmenares...."

Preguntada: "¿Su esposo Damián Colmenares había tenido por los caños (sic) algunas amenazas, habían reñido?" Contestó: "Sí señor, mi esposo en mi presencia dijo que si se encontraba de manos a boca con Vicente Mesa no se dejaba matar, y Vicente Mesa también le dijo que era tanto lo que lo amenazaba Damián que le aguantaba, pero que últimamente tendría que hacerle contrahombre (sic); riñas no tuvieron de obra pero sí de voces una sola vez, en casa del mismo Vicente, en El Cerro, hará unos cuatro meses.... presumo, como ya lo he dicho, que el autor de la muerte de mi esposo haya sido Vicente Mesa; cómplices, auxiliadores y encubridores de tal hecho no sospecho quiénes puedan ser: no sé yo dónde lo hayan matado ni cómo haya quedado el cadáver ni cuándo..... Hace un año que tengo relaciones con Vicente Mesa...."

Marcos Ortega (folas 8 vuelta), Francisco Pimpaná y varios otros testigos vieron a Damián Colmenares hasta el veintinueve de enero de mil novecientos treinta y uno, y algunos de ellos lo vieron con las ropas y cubiertas de cuchillos reconocidos por Joselina Gómez, como los que llevaba consigo Damián Colmenares el día en que desapareció. Así pues, no queda duda de que tales vestidos y cubiertas eran los de Colmenares, lo que constituye indicio vehemente de que el cadáver encontrado con esos vestidos y objetos, fue el de Damián Colmenares, indicio que se suma al del desaparecimiento de este individuo.

Inocencio Mesa (folas 19) expone que él conoció a Damián Colmenares y también a Joselina Gómez, esposa de Damián; que el viernes treinta de enero último (1931), cuando Carlos Amaya lo encontró con Arturo Duarte (Arturo Duarte a folas 20 vuelta dice que su propio nombre y apellido son Pedro Jaimes, hijo de Benicio Cáseres y Verónica Jaime) en el camino que conduce a La Piedra, le estaba refiriendo Arturo Duarte (o sea Pedro Jaimes) que él había "jodido a ese perro del Damián Colmenares, la víspera, como a las cinco de la tarde, haciéndolo entrar al potrero de don Ignacio Arias, en donde lo mató y lo arrastró al monte"; que Jaimes le agregó, "caminá me ayudas a taparlo porque me cogió la noche y no lo rajé"; que el deponente inocentemente fue con Pedro al monte, y a la orilla de éste vio el cadáver de Damián Colmenares, que al momento lo reconoció; que vio que el cadáver estaba como acurrucado; le vio únicamente heridas en la cabeza, pero como con golpes de palo, porque no eran hechas con arma cortante; que entre Pedro y el deponente lo estiraron, dejándolo boca arriba, y lo taparon con troncos y palos podridos y hojas secas, y vio que Pedro o Arturo le sacó los cuchillos que tenía en las cubiertas y los enterró por ahí cerca al cadáver; dice Mesa que él puede muy bien ir a sacarlos, y que las cubiertas que se le ponen de presente son las mismas que vio que tenía el cadáver de Damián Colmenares, y que Arturo, o mejor dicho Pedro, le decía que había matado a Damián Colmenares porque Joselina, refiriéndose a la mujer de éste, le había rogado mucho que lo matara; el deponente no le vio a Arturo o Pedro cuchillo ni puñal sino únicamente el palo o garrote con rejo que se le pone de presente, y supone que fue con ese palo con el que mató a Damián, según las heridas que le vio al cadáver en la cabeza; que ese palo o garrote se lo vio al referido Arturo o Pedro en la tarde del veintinueve de enero (1931), cuando el deponente fue a llamarlo a la casa de Tomás Rondón, en donde ese día se hallaba descansando. El deponente oyó el treinta de enero que Arturo, o mejor dicho Pedro, le dijo a Vicente Mesa: "don Vicente, yo maté ayer a Damián Colmenares." Vicente Mesa, sorprendido, le contestó: "¿Para qué fue a hacer eso?" A lo que respondió Arturo, o mejor dicho Pedro: "Hora ya qué hacemos, ya me tocó."

Pedro Jaimes, que, como ya se ha dicho, también se llamaba Arturo Duarte Jaimes, indagado, a folas 20 vuelta dice:

"Como en la primera semana de enero último que vine yo de El Cerro, de esta jurisdicción, a la casa de Joselina Gómez, sita en el barrio de La Victoria de este poblado (Contratación), Joselina me manifestó que no quería a Damián Colmenares, que al que sí quería era a Vicente Mesa, y me propuso que hiciera el deber (sic) si lo mataba con Vicente Mesa; después de esta propuesta, Vicente Mesa también me propuso que me daba diez pesos y que matara a Damián Colmenares, y al efecto me alcanzó a dar ocho pesos; yo para cumplir con el compromiso de Vicente Mesa, al encontrarnos con Damián Colmenares, el día sábado veinticuatro de enero último, en este poblado, le manifesté que yo estaba disgustado con Vicente Mesa, porque me debía unos cinco pesos y no me los quería pagar, y que tenía plique y quería hasta joderlo; entonces Damián me dijo: 'Si sabe usted dónde está trabajando, ponemos cita y vamos a joderlo'; como yo le manifestara a Damián que Vicente estaba trabajando por La Piedra, pero que salía el jueves de la semana siguiente, Colmenares me dijo: 'Bueno, yo salgo donde don Quiterio a sacar fique y de allá yo salgo al bongueron, por donde ha de salir Vicente, y nos encontramos'; el día miércoles veintiocho de enero último estuve yo donde Quiterio Rueda, en El Cerro, como a las siete de la mañana, y volviendo a tratar con Damián Colmenares sobre la cita para encontrarme con Vicente Mesa, me dijo: 'Mañana a las cinco de la tarde me espera usted en el talanquero de don Ignacio Vargas, y de allí seguimos'; yo me devolví a la casa de Tomás Rondón y le referí a Vicente Mesa del plan que teníamos con Damián Colmenares, pues ya le había referido también a Mesa lo que habíamos hablado con Colmenares, el sábado anterior; en-

tonces entre Vicente Mesa y yo formámos el plan cómo debíamos engañar a Damián Colmenares para que cuando saliera al talanquero de Arias, haciéndolo bajar hacia la orilla del monte, y convinimos pues en que yo le diría a Colmenares que en el monte tenía un pollero, que fuéramos a sacarlo, y que si todavía Vicente Mesa no había llegado allí en donde yo lo estaba esperando, que saliamos para el alto; el día jueves veintinueve de enero último, como de las cinco a las seis de la tarde, llevé Damián Colmenares al talanquero de Arias, en donde yo lo estaba esperando, y allí le dije a Damián Colmenares: vamos allá abajo a la orilla del monte, traemos un pollero, y si todavía no está Vicente por ahí, que quedó de llegar a pagarme los cinco pesos, salimos para el alto; una vez que Damián Colmenares estuvo a la orilla del monte, lado de acá por el camino como a una media cuadra, con un machete que me había alquilado Juan Crisóstomo Rondón, le dí a Damián un machetazo por la nuca que cayó al suelo, y al tratar Damián de levantarse le dí otro golpe de machete por la nuca, del cual cayó de medio lado y ya no pudo volver a levantarse y al momento murió, pues no dio gritos ni ayes: convencido yo de que estaba muerto, convidé a Inocencio Mesa, que se hallaba conmigo, quien me estaba esperando un poco abajo del camino, en el potrero de Arias, como a media cuadra, viendo a qué horas entraba al monte yo con Damián, Inocencio se acercó allí, sin tomar parte activa en el ataque que yo le hacía a Damián Colmenares, pues confieso también que después de haberle dado dos machetazos a Damián, le dí también dos golpes con el garrote que se me pone de presente, y de esa manera fue que el rejo de tal palo se manchó de sangre.... al día siguiente, ... nos levantámos Vicente Mesa, Inocencio Mesa y yo con el fin de ir a tapar el cadáver de Damián Colmenares, por exigencia de Vicente Mesa, pero éste no fue a ayudar a tal operación; el cadáver lo tapámos entre Inocencio Mesa y yo con palos y troncos podridos y hojas secas.... Los cuchillos que cargaba Damián Colmenares al cinto, ese día viernes dicho, se los saqué yo de sus cubiertas y fuí y los enterré un poquito arriba del cadáver."

El indagado reconoció los cuchillos que se le pusieron de presente como los mismos que cargaba Damián Colmenares el día en que lo ultimó. Refiere el indagado que el treinta y uno de enero fue con Vicente Mesa a casa de Josefina Gómez, a quien Vicente le dio la noticia de la muerte de Damián, y entonces ella le dijo al indagado: "Vaya y pida lo que tenga donde Quiterio, dígale que eso lo vendió también a usted, que fue que me echó una tanda y se fue para afuera." El indagado aclara que no había cambiado el nombre de Pedro por Arturo, porque lo perseguía un enemigo de Macaravita, y lo tenían en lista para el sorteo, y juró los cargos contra Josefina Gómez y Vicente Mesa de haber sido éstos los que lo comprometieron y pagaron la muerte a Damián Colmenares.

A folios 46 vuelta el mismo Pedro Jaimes, indagado, dice que el veintinueve de enero último (1931) los mandó Vicente Mesa a él y a Inocencio Mesa a que fueran a matar a Damián Colmenares, y que Josefina Gómez también le dijo que matara a su esposo Damián Colmenares, y que ella le había dicho a Vicente Mesa que lo matara o buscara a otro que lo matara, y que Vicente Mesa y Josefina Gómez le dijeron por varias veces que tenía que matar a Damián Colmenares y que Vicente Mesa le pagaba y éste le dio ocho pesos y un revólver, y relata luégo de idéntica manera a la de su anterior declaración-indagatoria cómo le dio la muerte a Damián Colmenares.

Existen pues para comprobar de una manera evidente que Damián Colmenares murió violentamente el veintinueve de enero de mil novecientos treinta y uno, a manos de Pedro Jaimes, instigado por Josefina Gómez y por Vicente Mesa, vistas las disposiciones legales arriba citadas, los indicios vehementes que resultan de la desaparición de Damián Colmenares, de la identificación de las ropas, cinturón y cubiertas de cuchillo que fueron encontrados en el cadáver hallado en el punto de El Cerro, como cosas que llevaba consigo Colmenares el día de su desaparecimiento; la declaración-indagatoria de Inocencio Mesa, quien vio y reconoció el cadáver de Damián Colmenares y juró los cargos que hizo contra Pedro Jaimes y la confesión de Pedro Jaimes de haber dado él muerte a golpes de machete y de garrote a Damián Colmenares con circunstancias de asesinato confesadas también por el mismo Pedro Jaimes. Están pues comprobados los elementos constitutivos del asesinato cometido en la persona de Damián Colmenares, y por tanto hay plena comprobación del cuerpo del delito. Si no hay partida de defunción de Damián Colmenares, ni reconocimiento del cadáver por peritos, se debe a que el estado de putrefacción en que encontraron tal cadáver obligó a la inhumación inmediata, lo que dificultó el examen pericial; pero esto no obsta para que no resulte suficientemente comprobado, como lo está, el cuerpo del delito de homicidio con circunstancias de asesinato, en la persona de Damián Colmenares.

Así pues, resulta infundada la causal tercera alegada por la recurrente de ser la sentencia que se estudia violatoria de la ley por error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito.

El Jurado respondió al interrogatorio que le formuló el Juez segundo Superior de San Gil, acerca de si la acusada es responsable de haber dado muerte voluntaria y premeditadamente a Damián Colmenares, diciendo que "sí es responsable como instigadora."

Contra Josefina Gómez, mujer legítima de Damián Colmenares, existen los siguientes elementos de comprobación de su responsabilidad en el homicidio de su marido:

Sus relaciones ilícitas con Vicente Mesa, cuyo juicio pasó al conocimiento del Juez del Circuito del Lazareto de Contratación, por ser leproso (artículo 12, Ley 20 de 1927), relaciones confe-

sadas por la misma Josefina; los cargos que le formula bajo juramento el reo Pedro Jaimes; una carta dirigida por Josefina a Vicente Mesa, carta que figura a folios 28, y acerca de la cual declara la Gómez, a fojas 24, que ella fue quien la mandó a escribir, y en la cual veinte días antes de cometerse el asesinato le da aviso a Vicente Mesa de "que Damián salió," y por esa noticia le aconseja que consiga pieza; que quizás ella misma podría asistirlo tanto en la ropa como en los alimentos, y le ruega que vaya pronto a ella y que si va no vaya solo, "atentos a la sospecha que tienen, aunque le dicen que no está cerca" (¿Damián?) y en la que habla, refiriéndose sin duda a Damián, del odio que le tenía; de que Dios lo guarde dondequiera que esté; que siquiera ahora "queda tranquila por esa vida tan buena que él le daba." Todo eso siempre que él (Vicente) le cumpla lo que había hablado; que ella queda recta a su confianza y que está a su sombra, desistiendo hasta de pedirle (¿a Damián?) por consejo de la mamá hecho para el niño, y que ella, Josefina, lo piensa. Esa carta le fue encontrada a Vicente Mesa (folio 28), y la analiza muy bien el Tribunal Superior de San Gil.

El señor Juez segundo Superior de San Gil, ante la respuesta del Jurado de que la Gómez era responsable del homicidio de Colmenares, como instigadora, la consideró como auxiliadora, y el Tribunal Superior de San Gil estimó que el Jurado no la había considerado como auxiliadora sino como cómplice, y como tal la condenó.

La reo dice que la sentencia es violatoria de la ley penal por cuanto la consideró como cómplice del delito en vez de ser tenida como auxiliadora, y en ello funda la causal primera de casación que alega.

Al declarar el Jurado que Josefina Gómez es responsable como instigadora, declaró de acuerdo con el cargo jurado que le hace Pedro Jaimes en las dos declaraciones de fojas 20 vuelta y 46 vuelta, según las cuales Josefina le propuso y le dijo que matara a Damián Colmenares, lo que se lo dijo por varias veces, sin que valga en contra lo dicho por el mismo Jaimes en la audiencia, que a él no le hizo Josefina Gómez promesa ni ofrecimiento alguno para que le diera muerte a Colmenares, aunque únicamente le dijo que "tenía que joder" a Colmenares, porque ella quería irse con Vicente Mesa; pues esto ratifica y no rectifica las anteriores declaraciones del mismo Jaimes, quien expresamente dijo en la propia audiencia, que se ratificaba en los cargos que había hecho a Vicente Mesa y a Josefina Gómez.

Fue pues una provocación directa la que hizo Josefina a Jaimes para que éste cometiera el delito. Para que pudiera considerarse a la recurrente como auxiliadora se requeriría que la provocación no hubiera sido directa (numeral 4º del artículo 21 del Código Penal). En cambio la participación de Josefina Gómez en el delito encaja perfectamente en el numeral 3º del artículo 23 de dicho Código, artículo que es el aplicado en la sentencia recurrida.

"Instigar es incitar, provocar o inducir a uno a que haga una cosa, y eso se realiza —dice el señor Procurador— por medio de discursos, sugestiones, consejos o instrucciones." No cabe duda de que en esa forma Josefina Gómez provocó o incitó a cometer el delito, y así debe ser tenida como cómplice.

No está pues fundada la causal tercera de casación alegada por la recurrente.

La última invocada por ésta es la de ser la sentencia violatoria de la ley, por haberse dictado sobre un veredicto viciado de injusticia notoria, y alega que indefectiblemente se verificó el previo debate en las instancias al apelarse de la sentencia de primera instancia, ya que no es obligatorio sustentar los recursos: basta con interponerlos.

"Errada está la recurrente en esta apreciación —anota el señor Procurador— y por lo mismo no puede discutirse y menos prosperar la causal: la ley en que se apoya exige para su admisión que el vicio de injusticia notoria haya sido debatido previamente en las instancias (numeral 5º, artículo 3º, Ley 118 de 1931). Y la simple apelación de la sentencia no puede considerarse como un debate previo de la injusticia notoria del veredicto. Si fuera así, sobraría la excepción establecida por el legislador."

Además, para ampliar el concepto del señor Procurador, debe anotarse que el debate acerca de la declaración de injusticia notoria del veredicto, cuando las resoluciones del Jurado son, a juicio del Juez, contrarios a la evidencia, si las partes no lo han planteado, se verifica entre el Juez Superior y el Tribunal Superior respectivo, con el que el Juez debe consultar su determinación, la que sólo tendrá efecto si el Tribunal la confirmare (artículo 50 de la Ley 169 de 1896). Y cuando el Juez de la causa no declara notoriamente injusto el veredicto del Jurado en los casos en que puede y debe hacerlo, el Tribunal hará tal declaración, de oficio, o a solicitud de parte, siempre que el proceso se halle a su conocimiento por recurso legalmente interpuesto (artículo 51 ibidem). Así, pues, en este caso, cuando de oficio no declara el Tribunal notoriamente injusto el veredicto, se requiere solicitud de parte para hacer esa declaración y no consta en el proceso que tal solicitud fuera hecha por la recurrente o por su defensor ni por el Fiscal, y menos existe en los autos debate acerca de la cuestión de injusticia notoria.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

PEDRO ALEJO RODRIGUEZ—José Domingo Rojas—Francisco de P. Santander—Alberto Mala Baños, Secretario en propiedad.

ACTAS DE VISITA

En Bogotá, a 3 de junio de 1935, se presentó en la Sala de Casación en lo Criminal de la Corte Suprema de Justicia el señor Magistrado Presidente de la misma, doctor Pedro Alejo Rodríguez, con el fin de practicar la visita correspondiente al mes de mayo último.

Examinados los libros que se llevan en la oficina, en los cuales no se encontraron correcciones qué hacer, se obtuvo el siguiente resultado:

Existencia del mes anterior	120
Entrados en el mes	34
Total	154

Estos negocios se hallan:

Devueltos a los Tribunales	15
En comisión	9
Archivados	2
En poder del Procurador	4
Al estudio	11
En actuación	113
Total	154
De este total se deducen 15 devueltos a los Tribunales y 2 archivados	17
Quedan pendientes	137

En el tiempo a que se contrae la visita se dictaron 4 sentencias y 13 autos interlocutorios.

En el mismo tiempo los señores Magistrados presentaron proyectos para registrar, así: el doctor Pedro Alejo Rodríguez, 7; el doctor José Domingo Rojas, 7; el doctor Francisco de P. Santander, 7.

Sin observaciones, y sin haber encontrado demoras en el Despacho de los señores Magistrados ni en la Secretaría, se dio por terminada esta diligencia, que se firma por los que en ella intervinieron.

El Magistrado Presidente, PEDRO ALEJO RODRIGUEZ—El Secretario, **Alberto Malo B.**

En Bogotá, a 1º de julio de 1935, se presentó en la Sala de Casación en lo Criminal de la Corte Suprema de Justicia el señor Magistrado Presidente de la misma, doctor Pedro Alejo Rodríguez, con el fin de practicar la visita correspondiente al mes de junio último.

Examinados los libros que se llevan en la oficina, en los cuales no se encontraron correcciones qué hacer, se obtuvo el siguiente resultado:

Existencia del mes anterior	137
Entrados en el mes	34
Total	171

Estos negocios se hallan:

Devueltos a las oficinas de origen	21
En comisión	9
En poder del Procurador	23
Con proyecto	10
Al estudio	28
En actuación	80
Total	171
De este total se deducen 21 devueltos a las oficinas de origen	21
Quedan pendientes	150

En el tiempo a que se contrae la visita se dictaron 6 sentencias y 7 autos interlocutorios.

En el mismo tiempo los señores Magistrados presentaron proyectos para registrar, así: el doctor Bravo, 4; el doctor Montalvo, 6; el doctor Rodríguez, 9.

Sin observaciones, y sin haber encontrado demoras en el Despacho de los señores Magistrados ni en la Secretaría, se dio por terminada esta diligencia, que se firma por los que en ella intervinieron.

El Magistrado Presidente, PEDRO ALEJO RODRIGUEZ—El Secretario, Alberto Malo B.

NO DEBE TRAMITARSE EL RECURSO DE REVISION INTENTADO SIN LOS REQUISITOS DE FORMA Y DE FONDO—PERO SI SE TRAMITA, LO PROCEDENTE ES LA DECLARATORIA DE QUE NO HAY MATERIA SOBRE QUE FALLAR—COMO LA REVISION NO PUEDE INTENTARSE SINO POR UNA SOLA VEZ, EN TALES CONDICIONES RESULTARIA INJUSTO PROFERIR LA NEGATIVA DEL RECURSO.

Declara la Corte que no hay materia sobre qué fallar.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA—SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL—BOGOTA, JULIO TRES DE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO

(Magistrado ponente, doctor Pedro Alejo Rodríguez).

Como recurso de revisión, por la circunstancia de denominarlo así el interesado, no obstante alegar violaciones de la ley penal y pedir una sentencia absolutoria en sustitución de aquellas en las cuales los Jueces del Municipio y del Circuito del Líbano lo condenaron por estafa, ante esta Sala hubo de tramitarse un memorial de Roberto Echeverri Antía, fechado en Bogotá el catorce de febrero del corriente año, y dirigido al Departamento de Justicia del Ministerio de Gobierno.

Como fundamentos de su petición, el interesado invoca los que siguen:

"El veintiuno del mes de abril de mil novecientos treinta y tres fuí llamado a juicio por el Juzgado Municipal del Circuito del Líbano, por el delito de estafa, que castiga y define el capítulo V, Título III, del Libro III del Código Penal. Se fundó el Juez para dictar ese auto, en el hecho de que el día seis de agosto del año de mil novecientos treinta y dos, se presentó un individuo desconocido a las pesebreras del señor Maximiliano Parra, portando una orden para que se entregara una montura con sus respectivos aperos, y las cuales fueron entregados por el señor Luis Felipe Delgadillo, encargado éste de las pesebreras del señor Parra, hecho éste que sucedió en presencia de los señores Luis Carlos Delgadillo (hijo), Eva Delgadillo (esposa de Luis Felipe), y el señor Maximiliano Parra, dueño de las mencionadas pesebreras. En la orden para que fueran entregados los objetos mencionados, se falsifica la firma del señor Milciades Prieto, dueño de los objetos.

"Como este antecedente fue causa para que se me sindicara como autor del delito, sirviendo como fundamento las declaraciones arriba mencionadas y las cuales el señor Juez a quo toma como mayor fuerza en el auto de proceder, olvidándose que los testigos declarantes no me conocían, como lo comprueba el hecho de que el día del reconocimiento, el señor Secretario de la Inspección, encargado de la instrucción del sumario, hubo de mostrarme, hecho que estaba demostrando no ser el autor del delito, si se tiene en cuenta—y la misma razón natural estaba indicándolo—de que si esos señores me entregaron personalmente los objetos robados, no tenían porqué esperar indicaciones e insinuaciones de nadie para haberme reconocido. Aparece en las diligencias sumarias habérsele encontrado los objetos que se dicen ser del señor Milciades Prieto, a la señora Justiniana Henao, dueña de una cantina, y quien aseveró haber sido yo la persona que se los diera, sin que hubiera podido comprobarlo.

"Como se observará, no existe como prueba especial ninguna que exprese mi culpabilidad, como lo determina el artículo 1656 del Código Judicial, que a la letra dice:

'Para condenar es necesario que haya prueba plena o completa de la existencia de un hecho punible por la ley, y de la criminalidad o culpabilidad del procesado.'

"'Y mi culpabilidad no está demostrada, porque no se me encontró cuerpo del delito, y porque si aparecen declarantes, como los arriba mencionados, previene determinar y repetir que ellos no me conocieron, y porque, además, precisa adelantar que no pueden ser testigos, por estar en contra de lo prescrito por el artículo 589 del Código Judicial.

"Ahora bien: aceptando mi culpabilidad en el delito, circunstancia ésta que es inaceptable, desde el momento que no existe fundamento de sustanciación legal, la pena impuesta no corresponde al valor de los objetos, como voy a demostrarlo. El artículo 785 del Código Penal dice:

'Que a las penas contra la propiedad, se agregará de uno a dos meses de presidio por cada veinticinco pesos del valor de lo sustraído.' (Sic).

"Pero como aquí no se trata de un delito de robo ni de hurto, sino de estafa, la pena, según el concepto del señor Juez, es un mes de grado mínimo, como lo dispone el artículo 124 del Código Penal. Pero el señor Juez, dándole aplicación a los incisos 2º y 3º de la misma obra, comete un error, aplicándome una reincidencia por una pena que todavía estoy sufriendo, y por otras que si es cierto que dan reincidencia, ella fue impuesta por las autoridades del Poder Judicial de Manizales en la mencionada pena que, como queda dicho, estoy sufriendo todavía. Aún más: el señor Juez del conocimiento, para poder aplicar la pena, se basa para ello en agravantes, que en ningún caso se pueden tener como tales, y también haciendo alusión a la reincidencia allí aplicada. En el caso de que me ocupo existen, sí es verdad, algunas agravantes, también atenuantes, cuales son mi extremada pobreza, mi falta de ilustración, y tener comprobada mi extremada pobreza, por cuanto ni siquiera he tenido cómo pagar la defensa.

"Así, pues, he dejado explicado someramente mi asidero sobre que no hay fundamento legal alguno para conjeturar siquiera que yo haya sido el responsable del delito, cuando está también demostrado por las mismas autoridades judiciales de Manizales que yo soy analfabeta, y quien llevó la orden para obtener los objetos, sería quien sabe leer y escribir, cuando escribió haciendo uso pedido."

Agotadas las ritualidades propias del recurso de revisión, se pasa a decidir lo que es pertinente, previas las consideraciones que en seguida se expresan:

Con su escrito solamente acompañó Echeverri copia de las sentencias de los Juzgados del Municipio y del Circuito del Líbano, proferidas en el año de mil novecientos treinta y tres, en donde se le condenó a siete años, un mes de reclusión, y a las penas accesorias, por el delito de estafa, reagravado con reincidencias.

Nada produjo el interesado dentro del término de prueba.

En esas condiciones, y desde que los reparos que formula Echeverri contra las sentencias que lo condenaron, ninguno es motivo de revisión, al tenor de las Leyes 33 de 1909 y 68 de 1926, se halla la Sala ante una actuación descaminada, que a la verdad no ha debido surtirse, y que no puede culminar en la negativa del recurso, siendo así que éste no aparece revestido de la plenitud de sus requisitos de forma ni de fondo.

Tal solución llevaría al extremo de cerrar el camino a Echeverri para una revisión que se incoara con la plenitud de las fórmulas que le son propias, ya que, según el artículo 3º de la Ley 33 de 1909, el recurso no cabe sino por una sola vez; pero lo natural es entender que la limitación no tiene efecto sino cuando la revisión se ha interpuesto en realidad.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, oído el concepto del señor Procurador, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que en este caso no hay materia sobre qué fallar.

Cópiese, notifíquese, hágase saber al peticionario y devuélvansele los documentos presentados.

PEDRO ALEJO RODRIGUEZ—**José Antonio Montalvo**—**M. Antonio Bravo**—**Alberto Malo B.**, Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

TRANSITO DE LA ANTIGUA A LA NUEVA LEY—INTERPRETACION DEL ARTICULO 1228 DEL NUEVO CODIGO JUDICIAL—ARTICULO 40 DE LA LEY 153 DE 1887—OBJETO DE LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES O DE LAS LEYES DE PROCEDIMIENTO—DIFERENCIA ENTRE LOS FACTORES "ORGANO, FUNCION Y PROCEDIMIENTO"

Declara el auto que habiendo conocido el Tribunal de Bogotá del incidente de excepciones en juicio ejecutivo seguido por jurisdicción coactiva, antes de la vigencia del nuevo Código Judicial, debe seguir conociendo de conformidad con el artículo 1228 de este Código.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA—SALA DE NEGOCIOS GENERALES—BOGOTA, MAYO TRECE DE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO

(Magistrado sustanciador, doctor Serna).

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por auto de fecha treinta de marzo de mil novecientos treinta y dos, ordenó el envío a este Despacho, "por ser de su competencia," del incidente de excepciones que Eduardo de Heredia propuso en el juicio ejecutivo que con jurisdicción coactiva por suma de pesos adelanta a él y a otros el Juez 3º Nacional de Ejecuciones Fiscales en nombre de la Nación.

El auto fue proferido en atención a que la Ley 105 de 1931 (Código Judicial) entró a regir el primero de enero de mil novecientos treinta y dos, y fue fundamentado en que el numeral 5º del artículo 36 de ella sometió al conocimiento privativo de la Sala de Negocios Generales de la Corte los incidentes de excepciones y tercerías en los juicios que se sigan por los Jueces Fiscales Nacionales investidos de jurisdicción coactiva, y en que el artículo 1228 de la misma Ley manda que sus disposiciones les sean aplicables a los juicios pendientes en el momento en que empezara a regir.

Argumenta así el Tribunal:

"La segunda parte del mencionado artículo 1228 introduce una excepción a la regla general de la primera parte; pero los incidentes introducidos se rigen por la ley aplicable al tiempo en que se promovió el incidente. ¿Cuál es el sentido y alcance de esta disposición? Para el Tribunal la excepción de que se trata no se refiere sino a aquellos incidentes previstos y reglamentados en la antigua ley procesal y que la nueva no previó ni reglamentó en cuanto a su sustanciación o a aquellos que la nueva ley reglamentó de manera diferente a la antigua. Por ejemplo, el incidente sobre prestación de fianza de costas, pendiente el 1º de enero de este año, se rige por la antigua ley porque la nueva no lo admite ni establece su tramitación; el incidente de impedimento del Juez o Magistrado, pendiente en la misma fecha, continúa sustanciándose conforme a la ley antigua, porque la nueva lo reglamenta de otro modo. Es ésta la única manera de entender y aplicar lógica y jurídicamente la excepción y de evitar consecuencias absurdas y funestas en la administración de justicia.

"Como este incidente de excepciones no es de aquellos a que se refiere, según lo dicho, la segunda parte del artículo 1228, porque está previsto y reglamentado en la nueva ley, aunque haya sido promovido y aun sustanciado hasta cierto punto bajo el imperio de la antigua ley de competencia y procedimiento, hoy no se rige por ella sino por las nuevas reglas de competencia y procedimiento, según la primera parte del mismo artículo."

La Corte, para resolver, considera:

La Comisión que redactó el proyecto que se convirtió en la Ley 105 de 1931, dijo en su exposición de motivos que el artículo 1228 "declara expresamente la misma doctrina del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, pero empleando una terminología más jurídica." Dicho artículo 1228 está concebido 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 o 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 el 40 de la Ley 153 dispone 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."

Tanto este artículo 40 como el 1228 contienen una misma regla general y también una misma excepción. En el principio general se establece que las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad prevalecerán sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir, y que, por tanto, la Ley 105 habría de aplicarse a los juicios pendientes en el instante en que entrase en vigencia. Conforme a esta regla, inmediatamente que entra a regir la nueva ley procesal, todos los procedimientos quedan afectados por ella, cualesquiera que sean las consecuencias jurídicas a que conduzca la innovación: todas las sustanciaciones y ritualidades de los juicios se acomodarán sin dilación a la nueva norma establecida.

Pero el principio general tiene una excepción que instituye que las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, los términos no vencidos, los recursos interpuestos, y las tercerías o incidentes introducidos, se rigen por la ley aplicable al tiempo de su iniciación o en que empezó el término, se interpuso el recurso, o se promovió la tercería o el incidente.

Para el establecimiento de esta excepción la Comisión redactora del proyecto, que es la Ley 105, dijo que las viejas normas no deberían sobrevivir "sino en aquello que verdaderamente constituye un derecho adquirido."

Sobre esta base, el establecimiento del principio general se justifica, porque si el objeto de los procedimientos es la regulación de las formas con que se proponen, discuten y resuelven las cuestiones deducidas ante los Tribunales, el cambio que en ellas se verifique no puede afectar el derecho mismo, porque debe presumirse que las leyes nuevas son mejores que las que ellas reemplazan.

No todos los preceptos del derecho procesal son arbitrarios, y por consiguiente transitorios. Si estos preceptos—que comprenden la organización judicial y el procedimiento propiamente dicho—tienen como fin reconocer y hacer efectivo el derecho que consagra la ley sustantiva, respetando las situaciones jurídicas establecidas, es indudable que encierran en sí dos objetos diferentes: el uno principal, que mira al derecho disputado, que es su objeto final; secundario el otro, que se refiere a la reglamentación. Por el objeto principal el fin de tales leyes es el reconocimiento del derecho y su garantía, lo cual no podría vulnerarse por una ley procesal, porque se atentaría contra el derecho sustantivo mismo; por el secundario, estas leyes dicen referencia al procedimiento adjetivo acerca del cual el legislador puede fijar las normas que estime mejores, para que se apliquen inmediatamente.

Dentro de esta diferenciación, las leyes procedimentales producen efectos distintos, porque si su aplicación afecta el derecho en su fin último o puede llevar consigo la pérdida de los medios para el reconocimiento del derecho que se discute, es claro que debe regir la ley antigua, pues de otro modo se vulneraría el derecho sustantivo mismo; en tanto que si la nueva ley rechaza un procedimiento anterior por innecesario o inconducente y que dificultaba por sus defectos el último fin del procedimiento, es natural que deba ser aplicada inmediatamente.

De modo que dentro de la equidad y la lógica jurídica la excepción contenida en los mencionados artículos 40 y 1228, debe quedar encerrada en los límites de las actuaciones y diligencias iniciadas, los términos no vencidos, los incidentes introducidos, etc., cuya modificación vendría a afectar la defensa de los derechos de las partes en su último resultado.

Y así como la ley adjetiva procedimental respeta la situación jurídica establecida, es claro que con razón más razón una ley sustantiva de organización judicial debe respetar una situación de esa misma naturaleza. Semejante doctrina no es una innovación. Ya la Corte, en el Acuerdo número 7, de 25 de mayo de 1926, estudiando el alcance del artículo 40, había dicho 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 competencia no miran propiamente con la sustanciación y ritualidad en 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 tenga ese Juez para decidir, para sentenciar, la fijación del

territorio dentro del cual ejerce su jurisdicción, no pertenecen, no pueden pertenecer a lo que se conoce con el nombre de sustanciación y ritualidad de los juicios. . . ."

También la Ley 40 de 1907, no obstante el artículo 43 de la Ley 153, había dispuesto que "los juicios civiles iniciados y causas criminales abiertas cuando principie a regir la presente ley seguirán su curso ante los mismos Jueces que aprehendieron el conocimiento de ellos."

Además, la Corte, Sala de Negocios Generales, en providencia de treinta y uno de marzo de mil novecientos treinta y dos, estudiando un caso semejante al que ahora se analiza, dijo, defendiendo la misma tesis que hoy se sustenta en este auto:

"Y si de acuerdo con los distintos grados de jurisdicción, en un caso dado, el ciudadano goza de varias instancias en vez de una, es claro que la ley que establece las primeras garantiza más eficazmente su derecho, que aquella que establece la instancia única, y en ese caso, la ley que instituye con posterioridad no debe tener efecto retroactivo menoscabando el derecho adquirido a las varias instancias en un juicio, ya iniciado bajo el imperio de la ley más protectora.

"Y no es porque en los casos de tránsito de la antigua a la nueva ley pueda ocurrir que un Juez antes de la vigencia de la nueva ley pueda perder la jurisdicción de ese mismo juicio o de alguno de sus incidentes: nó. Es en virtud de principios fundamentales que precisamente fundan la excepción para estos casos, excepción que tiende a conservar la jurisdicción respecto de los juicios ya iniciados y con ella el ejercicio de todos los derechos procedimentales sustantivos que amparan el patrimonio y realizan de esta manera el orden social."

En realidad de verdad, 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. Hay diferencia entre los tres factores, **órgano, función y procedimiento**; y las leyes que instituyen los dos primeros no son enteramente adjetivas, como sí lo son las que establecen los procedimientos, pues algunas de aquéllas tienen un carácter sustantivo, porque no se refieren a la sustanciación y ritualidad de los juicios sino más bien a la fijación de un territorio dentro del cual un Juez ejerce jurisdicción, a la determinación de las atribuciones de los Jueces en cada orden y en cada grado en atención a la clase de negocios y a la clase de acción que se ejercita, que es lo que les da facultad para decidir, para sentenciar, cosas que no pueden pertenecer a lo determinado con el nombre de sustanciación y ritualidad de los juicios.

De todo lo expuesto se concluye que una ley nueva que cambie la competencia debe respetar los derechos adquiridos, las situaciones establecidas, para evitar la vulneración del derecho sustantivo mismo. De aquí se deduce que habiendo conocido del incidente de excepciones el Tribunal de Cundinamarca antes de regir la Ley 105 de 1931, debe continuar en ese conocimiento hasta agotar la actuación del incidente, del cual hace parte la diligencia de notificación del fallo.

Si se estima que el artículo 1228 sustituyó al 40 transcrito, comprendiendo en sus términos no sólo las disposiciones de procedimiento sino también las de organización judicial, hay que considerar que en este negocio el incidente de excepciones se había introducido ante el Tribunal y aun se había dictado el fallo, que no se notificó.

En cuanto al conocimiento de este incidente, interpretando el artículo 1228 del Código Judicial con tanta latitud, hay que tener en cuenta que él manda que los incidentes introducidos se rijan por la ley aplicable al tiempo en que se promovieron. Y como el artículo 391 del Código Judicial define los incidentes como las controversias o cuestiones accidentales que la ley permite discutir en el curso del juicio y que requieren una decisión especial, es claro que las excepciones son incidentes, no solamente porque así lo denomina el inciso 2º del artículo 1025, sino también porque al tenor del inciso 2º del artículo 1030, ellas deben ser decididas por sentencia de previo y especial pronunciamiento. De modo que atendiendo a las voces mismas de la ley, el incidente de excepciones una vez recibido o admitido, corresponde decidirlo a la entidad que conocía del asunto en el momento en que fue introducido.

La notificación del fallo, que no es otra cosa que la promulgación de éste para las partes, debe hacerse ante el mismo Tribunal que hizo la pronunciación de él. Lo contrario sería romper la continencia del proceso sin una razón fundamental de lógica.

Para el Tribunal la excepción del artículo 1228 sólo se refiere a incidentes previstos y reglamentados en la antigua ley, y que no lo han sido en la nueva o "a aquellos que la nueva ley reglamentó de manera diferente a la antigua." La conclusión ha debido ser que este incidente de excepciones sí estaba comprendido en la excepción porque está reglamentado en la nueva ley de manera diferente a la antigua, para lo cual es más que suficiente recordar que el traslado para alegar en la antigua era de tres días, y en la nueva, lo fija el juzgador de acuerdo con el artículo 467.

Aunque la Corte había proferido en el negocio algunas providencias tendientes a ordenar que por la Secretaría de la Sala de Negocios Generales se notificara la sentencia del Tribunal, dichas providencias tienen apenas el carácter de autos económicos, que no se notifican y que no pasan por esta circunstancia al estado de ejecutoria. Son meras órdenes dadas a la Secretaría, no siendo, por tanto, necesaria una declaración previa de nulidad para disponer en contrario.

En consecuencia de lo expuesto, el conocimiento de este negocio en primera instancia corresponde al Tribunal Superior del Distrito Judicial

de Bogotá, de conformidad con el artículo 1228 del Código Judicial y el 2º de la Ley 50 de 1917, relacionados con el ordinal 2º del artículo 73 del Código Judicial derogado, y con el ordinal 1º del artículo 7º de la Ley 169 de 1896, el inciso 2º del artículo 5º de la Ley 56 de 1914, vigentes al tiempo en que se promovió el incidente de excepciones. Por tanto, devuélvase el negocio al Tribunal de origen para los fines correspondientes.

Cópiese, notifíquese personalmente. Insértese en la **Gaceta Judicial**.

ELEUTERIO SERNA R.—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO

Se declaran inadmisibles por extemporáneas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA—SALA DE NEGOCIOS GENERALES—BOGOTA, DIEZ Y SIETE DE MAYO DE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO

(Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo).

El Juzgado de Rentas Nacionales del Atlántico libró mandamiento ejecutivo contra el señor Manuel Piedrahita D., del comercio de Medellín, por la cantidad de $ 54. por los intereses legales y por las costas de la ejecución. Adelantado el juicio, el ejecutado propuso excepciones, las cuales remitió el Juzgado con el juicio correspondiente, a la honorable Corte Suprema de Justicia, para que fueran falladas por esta Sala, conforme a la ley.

Para resolver, se considera:

En el folio 12 del cuaderno principal hay la constancia dejada por el señor Secretario del Juzgado, de que se ejecutorió el auto en que se citó para sentencia de pregón y remate, sin que el ejecutado hubiera hecho uso del derecho de excepcionar. Esa constancia tiene fecha diez de julio de mil novecientos treinta y cuatro.

Con fecha del mismo día, el Juzgado dictó sentencia de pregón y remate, la cual fue notificada legalmente.

El memorial de excepciones fue presentado por el señor Pidrahita el catorce de julio de mil novecientos treinta y cuatro, ante los señores Juez 2º Civil del Circuito de Medellín y su Secretario, y fue recibido en la Secretaría del Juzgado de Rentas Nacionales del Atlántico, en Barranquilla, el diez y seis del mismo mes.

El artículo 1025 del Código Judicial dice que el término dentro del cual puede el ejecutado proponer excepciones, es desde la notificación del mandamiento ejecutivo hasta que se ejecutorie el auto de citación para sentencia de pregón y remate. Por consiguiente, la presentación del memorial de excepciones en este juicio fue extemporánea, y no es procedente tomar en consideración tales excepciones, por haberse introducido fuera del término legal. El señor Procurador General de la Nación pide que así se resuelva este negocio, fundándose en las razones apuntadas.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara inadmisibles las excepciones propuestas por el señor Manuel Piedrahita D. en el juicio ejecutivo que le adelanta el Juzgado de Rentas Nacionales del Atlántico, por haberse introducido la petición fuera del término legal, y ordena, en consecuencia, la devolución del expediente al Juzgado de origen para que el juicio siga su curso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

PEDRO A. GOMEZ NARANJO—Eleuterio Serna R.—Aníbal Cardoso Gaitán—Pedro Sanz Rivera, Secretario.

NULIDAD POR FALTA DE JURISDICCION—COMPETENCIA PARA CONOCER EN SEGUNDA INSTANCIA EN LOS JUICIOS SEGUIDOS POR JURISDICCION COACTIVA

Se declara nula, por incompetencia de jurisdicción, la actuación del señor Juez 1º del Circuito de Bucaramanga.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA—SALA DE NEGOCIOS GENERALES—BOGOTA, DIEZ Y SIETE DE MAYO DE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO.

(Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo).

En el juicio ejecutivo que el Recaudor de Hacienda Nacional de Rionegro (S.), sigue con jurisdicción coactiva contra el señor Roberto Leal para obtener el pago de una multa, el ejecutado interpuso recurso de apelación contra el mandamiento de pago, el cual fue concedido para ante el señor Juez 1º del Circuito de Bucaramanga. El Juzgado, con fecha veinticuatro de febrero de mil novecientos treinta y cuatro, con aplicación del artículo 353 del Código Judicial, declaró ejecutoriada la providencia.

En tiempo hábil Leal propuso excepciones, las que han venido tramitándose en esta Sala de la Corte; empero, como el apoderado del ejecutado, doctor Constantino Barco, apoyado en los artículos 27, ordinal 2º; 448 y 456 del Código Judicial, solicita que

antes de tomar en consideración las excepciones, se decrete la nulidad de lo actuado por el Juez 1º del Circuito de Bucaramanga, a virtud de la apelación que contra el auto ejecutivo interpuso la parte ejecutada, se procede a decidir acerca de los fundamentos del incidente, que fue tramitado con intervención del señor Procurador General de la Nación.

Según el artículo 87, ordinal 2º, del Código Judicial, a esta Sala de la Corte le corresponde conocer en segunda instancia de los recursos de apelación y de las consultas de los autos dictados por funcionarios nacionales, investidos de jurisdicción coactiva. Y como el auto de que se trata es de los aquí mencionados, hay que concluir que el recurso de apelación del mismo le está atribuído a dicha Sala, y que, por consiguiente, es nula, por incompetencia de jurisdicción, la actuación del señor Juez 1º del Circuito de Bucaramanga. Así debe resolverse.

El señor Procurador, en vista de veinte de marzo pasado, estima que la Corte, antes de resolver las excepciones, debe remitir el juicio al funcionario de donde procede, para que decida sobre la nulidad propuesta. La Sala, apartándose de la muy ilustrada opinión del señor Procurador, considera que la Corte tiene jurisdicción para resolver sobre la nulidad pedida, de conformidad con el inciso 2º del artículo 455 del Código Judicial.

En mérito de lo expuesto, se declara nulo lo actuado desde el auto de fecha veinte de diciembre de mil novecientos treinta y tres, proferido en este juicio por el Recaudador de Hacienda Nacional de Ríonegro (S.), y como consecuencia, debe retrotraerse el negocio al estado de conceder el recurso de apelación interpuesto para ante la autoridad a quien corresponda conocer de él, según lo expuesto en esta providencia.

Dése cumplimiento al artículo 351 del Código Judicial.

Notifíquese, cópiese y oportunamente devuélvase el expediente.

PEDRO A. GOMEZ NARANJO—Eleuterio Serna R.—Aníbal Cardoso Gaitán—Pedro Sanz Rivera, Secretario.

PRESCRIPCION CONTRA LA NACION—TACITA IDEA DEL CODIGO FISCAL DE 1873—APLICACION DE LOS ARTICULOS 2517 Y 2536 DEL CODIGO CIVIL SOBRE PRESCRIPCION AUN CONTRA LA NACION—LEY 61 DE 1905—ARTICULO 257 DEL ACTUAL CODIGO FISCAL, DEROGADO POR EL ARTICULO 81 DE LA LEY 42 DE 1923.

Se declara probada la excepción de prescripción de la acción ejecutiva por el transcurso de diez años.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA—SALA DE NEGOCIOS GENERALES—BOGOTA, MAYO VEINTE DE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO.

(Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R.).

En juicio ejecutivo que en nombre de la Nación adelanta el Juez 1º Nacional de Ejecuciones Fiscales contra el señor Esteban L. Pedrosa, vecino de Bogotá, como fiador de Francisco J. Vidal por suma de pesos, valor de unos sueldos que se le anticiparon a Vidal como Jefe del Resguardo de la Aduana de Buenaventura, el ejecutado propuso la excepción de prescripción, en memorial de fecha diez y ocho de septiembre de mil novecientos treinta y cuatro, dirigido al señor Juez del conocimiento.

Remitido el asunto a la Corte, de conformidad con las prescripciones legales, se le ha dado al asunto la tramitación correspondiente, hasta llegar al estado de recibir fallo, a lo cual se procede, previas las siguientes consideraciones:

El documento que sirvió de recaudo ejecutivo fue firmado el quince de mayo de mil novecientos tres, y era exigible en ese mismo año; sólo fue reconocido por el ejecutado Pedrosa en marzo de mil novecientos veintiuno. El auto ejecutivo se profirió el día diez y siete de julio de mil novecientos treinta y cuatro.

En el memorial respectivo dijo el excepcionante que proponía "la excepción de prescripción extintiva de la acción, que se deduce del texto claro del artículo 2536 del Código Civil," y alegó que la acción se había promovido pasados los diez años desde que se hizo exigible.

Para resolver, se tiene en cuenta:

El Código Fiscal de 1873 nada disponía sobre la extinción de los créditos de la Hacienda Nacional contra sus deudores por medio de la prescripción, y la negaba tácitamente, en los términos de su artículo 1250, que decía:

"Los créditos del Tesoro contra sus deudores se extinguen:

"1º Por pago del deudor.

"2º Por sentencia judicial definitiva, que lo declare absuelto de la deuda.

"3º Por falta de persona o cosa responsable."

Pero unificada la legislación nacional por la Ley 57 de 1887, pudieron los deudores de dicha Hacienda haber comenzado a obtener la prescripción como medio de extinción de sus obligaciones, merced a que el Código Civil, que tiene una preferente aplicación al Fiscal, de conformidad con el artículo 5º de la misma Ley 57, dispone en su artículo 2517 que "las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente en favor y en contra de la Nación.....," y en el 2536, que "la acción ejecutiva se prescribe por diez años, y la ordinaria por veinte."

Pero la Ley 61 de 1905 revivió expresamente el copiado artículo 1250 del Código Fiscal, estableciendo en su artículo 30 los mismos modos de extinción de los créditos activos de la Hacienda Nacional, que el 1250 instituía; de manera que esa Ley tácitamente excluyó el modo de la prescripción que para esa cla-

se de créditos existía desde la unificación de la legislación nacional en 1867, porque siendo especialísima, y determinando taxativamente los modos de extinción, de los cuales quedó excluida la prescripción, ésta no podía verificarse bajo su vigencia.

Vino luégo la Ley 110 de 1912, actual Código Fiscal, que dispuso en su artículo 257 que podía verificarse la extinción de los créditos activos del Tesoro por la prescripción de treinta años. Este artículo fue derogado expresamente por el 81 de la Ley 42 de 1923; de modo que se volvió a entrar en el derecho común en cuanto a la extinción de los créditos activos del Tesoro Nacional por medio de la prescripción, o sea que a ellos les es aplicable lo dispuesto en los artículos 2517 y 2536 del Código Civil. Por consiguiente, hoy esos créditos prescriben por el lapso de diez años en cuanto a la acción ejecutiva, y en veinte en cuanto a la ordinaria.

El excepcionante no dijo de un modo expreso en su memorial de excepciones, que se acogía a la ley nueva ni a la antigua, para los efectos de la aplicación de lo dispuesto por el artículo 41 de la Ley 153 de 1887. Mas hay que aceptar que se acogió de modo expreso a la última ley, por la siguiente razón:

El señor Procurador General de la Nación expresó, en su vista, que el artículo 257 del actual Código Fiscal quedó derogado por el artículo 81 de la Ley 42 de 1923, que entró a regir el primero de septiembre de ese año: y agrega:

"A partir de esa fecha vino a quedar en vigor para los créditos activos del Tesoro, la disposición general del artículo 2536 del Código Civil, conforme a la cual, la acción ejecutiva prescribe por el transcurso de diez años. (Véase artículo 2517 del Código Civil). De acuerdo con lo anterior, el primero de septiembre de mil novecientos treinta y tres, fecha en que dejó de regir el artículo 257 del Código Fiscal, no se había consumado aún la prescripción de treinta años que consagraba esta disposición. Esto hace aplicable al caso actual lo establecido en el artículo 41 de la Ley 153 de 1887."

De modo que el señor Procurador expresamente acoge la prescripción establecida en la última Ley, o sea la 42 de 1923. Y como el excepcionante, una vez conocido el transcrito concepto, se acogió a él expresamente por memorial de dos de marzo de este año, es necesario concluir que expresamente también eligió la susodicha Ley 42. Por consiguiente, contando el término de la prescripción desde el primero de septiembre de mil novecientos veintitrés hasta el diez y siete de julio de mil novecientos treinta y cuatro, fecha en que se libró la orden de pago, la acción ejecutiva está prescrita, por el transcurso de más de diez años.

Por esto, sin más consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara probada la excepción de prescripción de la acción ejecutiva. En consecuencia, se ordena cesar el juicio ejecutivo, y se decreta el desembargo de los bienes embargados.

Sin costas.

Estampíllese, publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

PEDRO A. GOMEZ NARANJO—Eleuterio Serna R.—Aníbal Cardoso Gaitán—Pedro Sanz Rivera, Secretario.

PENSION

Se decreta una pensión en favor de una maestra de escuela.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA—SALA DE NEGOCIOS GENERALES—BOGOTA, VEINTITRES DE MAYO DE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO

(Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo).

Para resolver la solicitud de pensión vitalicia de jubilación que hace la señorita Flor de María Olivella, por sus servicios en el magisterio, se hacen las siguientes consideraciones:

Los señores Sabas Socarrás y Vicente Dávila, en declaraciones rendidas ante el señor Juez del Circuito de Valledupar, con intervención del Ministerio Público, dicen que la peticionaria es persona bien reputada, por cuanto ha observado siempre una conducta intachable, tanto en público como en privado, y que carece de bienes de fortuna, y ha vivido dedicada al magisterio.

El señor Director de Educación Pública del Magdalena, en certificación de quince de enero de mil novecientos treinta y cuatro, hace una relación de los servicios prestados por la señorita Flor de María Olivella a la instrucción primaria. Según el certificado mencionado, la señorita Olivella sirvió como maestra de escuela en distintos lugares del Departamento del Magdalena, durante veintiún años, con honradez y consagración.

Para comprobar la edad, la peticionaria no presentó, como ha debido hacerlo, la copia correspondiente de la partida de bautismo. Pero acompañó las declaraciones de los médicos doctores Ciro Pupo M. y Marcelino Ferreira, recibidas por el Juez del Circuito de Valledupar, sobre que la señorita Olivella es mayor de sesenta años, según el examen que de ella practicaron. Los testigos mencionados, de quienes dice el Juez que son personas honorables y médicos graduados, que ejercen la profesión con buen éxito, se refieren también a la buena conducta observada por la peticionaria, y a su pobreza.

Los testimonios presentados, para comprobar la edad son aceptables, si se tiene en cuenta que están corroborados por otra prueba importante, como es

la circunstancia de que en el año de mil ochocientos ochenta y siete, la señorita Olivella ejerció la dirección de la escuela de Fonseca, lo que hace suponer que tenía en ese año una edad suficiente para dedicarse a las labores de la enseñanza.

De la certificación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se desprende que la señorita Olivella no ha recibido pensión ni recompensa del Tesoro Nacional.

Las pruebas relacionadas son suficientes para acreditar las condiciones que exige la Ley 114 de 1913, y demás que la adicionan y reforman, y es procedente, por tanto, resolver de conformidad la solicitud de pensión que hace la señorita Flor de María Olivella.

La cuantía de la pensión debe ser la de veintidós pesos con cincuenta centavos ($ 22-50), o sea la mitad del promedio de los sueldos devengados por la peticionaria en los dos últimos años de servicio.

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, decreta a favor de la señorita Flor de María Olivella, vecina del Municipio de Villanueva, Departamento del Magdalena, una pensión mensual vitalicia de veintidós pesos con cincuenta centavos ($ 22-50), que le será pagada del Tesoro Nacional, desde el día siete de marzo del corriente año, fecha en que presentó la correspondiente solicitud.

Esta pensión está sujeta a las condiciones de suspensión y pérdida establecidas por la ley.

Reconócese al doctor Rafael Campo A. como apoderado de la señorita Flor de María Olivella, en los términos del memorial-poder que obra en autos.

Copia de esta sentencia será enviada a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Educación Nacional y a la Contraloría General de la República.

Estampíllese, cópiese, notifíquese y publíquese.

Oportunamente se archivará el expediente.

PEDRO A. GOMEZ NARANJO—**Eleuterio Serna R.—Aníbal Cardoso Gaitán—Pedro Sanz Rivera**, Secretario.

—o—

PENSION

Se decreta una pensión en favor de una maestra de escuela.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA—SALA DE NEGOCIOS GENERALES—BOGOTA, MAYO TREINTA Y UNO DE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO.

(Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo).

Con fecha veintiséis de diciembre de mil novecientos treinta y cuatro, la señorita Magdalena Alvarez R., vecina del Carmen del Viboral, Departamento de Antioquia, solicitó pensión vitalicia de jubilación como maestra de escuela primaria oficial.

Para resolver, se hacen las siguientes consideraciones:

El señor Ministro de Educación Nacional emitió el concepto de que trata la Ley 114 de 1913, el cual es favorable a la solicitud, y por otra parte, la peticionaria ha cumplido con las condiciones que exige la Ley mencionada y las demás que la adicionan y reforman, como se verá a continuación.

El señor Director de Educación Pública del Departamento de Antioquia certifica que la señorita Magdalena Alvarez R. regentó escuelas primarias oficiales, en diversos lugares de ese Departamento, durante veinticuatro años y siete meses, y que los puestos fueron desempeñados con honradez y consagración. Agrega el referido funcionario, que los sueldos mensuales devengados por la interesada en los dos últimos años de servicio (mil novecientos treinta y tres y mil novecientos treinta y cuatro), fueron $ 22-50 y $ 30, respectivamente.

La peticionaria presentó la partida de bautismo, expedida por el señor Cura párroco, interino, de El Carmen, en la cual consta que nació en el año de mil ochocientos ochenta y dos. Tiene actualmente, por lo tanto, más de cincuenta años de edad.

Los señores Jesús Gómez, Jesús María Urrea S. y J. Martín Duque, en declaraciones rendidas ante el señor Juez 1º del Circuito de Marinilla, con intervención del Agente del Ministerio Público, dicen que la señorita Alvarez R. ha observado una conducta moral y social intachable; que es pobre, pues carece de medios de subsistencia distintos del sueldo que ha devengado como maestra.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público certifica que la señorita Magdalena Alvarez R. no es ni ha sido pensionada por el Tesoro Nacional, ni ha recibido recompensa alguna de fondos del Erario Público.

La cuantía de la pensión debe ser la de trece pesos con ochenta y siete centavos ($ 13-87) mensuales, o sea la mitad del promedio de los sueldos devengados por la peticionaria en los dos últimos años de servicio, como lo establece el artículo 2º de la Ley 114 de 1913.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, decreta a favor de la señorita Magdalena Alvarez R., vecina del Carmen de Viboral, Departamento de Antioquia, una pensión mensual vitalicia de jubilación, de trece pesos con ochenta y siete centavos ($ 13-87), que le será pagada por el Tesoro Nacional, desde el día veintiséis de diciembre del

año pasado, fecha en que fue presentada la correspondiente documentación.

Esta pensión queda sujeta a las condiciones de suspensión y pérdida, establecidas por las leyes.

Copia de esta sentencia será enviada a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Educación Nacional, y al señor Contralor General de la República.

Estampíllese, cópiese, notifíquese y publíquese. Oportunamente archívense las diligencias.

PEDRO A. GOMEZ NARANJO—**Eleuterio Serna R.—Aníbal Cordoso Gaitán—Pedro Sanz Rivera**, Secretario.

—o—

PENSION

Se decreta una pensión en favor de un maestro de escuela.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA—SALA DE NEGOCIOS GENERALES—BOGOTA, MAYO TREINTA Y UNO DE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO.

(Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo).

Con fecha catorce de marzo último, el señor Aurelio Gil, vecino de Tunja, solicitó pensión vitalicia de jubilación como maestro de escuela primaria oficial.

Para resolver, se hacen las siguientes consideraciones:

El señor Ministro de Educación Nacional emitió el concepto de que trata la Ley 114 de 1913, el cual es favorable a la solicitud, y por otra parte, el peticionario ha cumplido con los requisitos que exige la Ley mencionada y las demás que la adicionan y reforman, como se verá a continuación.

Por certificación del señor Director de Educación Pública del Departamento de Boyacá, de fecha diez de abril de este año, se comprueba que el peticionario regentó, con honradez y consagración, escuelas primarias oficiales, en diversos lugares del Departamento, por espacio de veinte años, y que durante los dos últimos años de servicio (mil novecientos treinta y dos y mil novecientos treinta y tres), el señor Gil devengó un sueldo mensual de cuarenta y cinco pesos ($ 45).

Con la partida de bautismo, expedida por el señor Cura párroco de Corrales, se acredita que la edad del peticionario es mayor de cincuenta años.

Con las declaraciones de los señores Virgilio Suárez y José Antonio Mariño, rendidas ante el señor Juez 3º del Circuito de Tunja, con intervención del señor Agente del Ministerio Público, el peticionario comprueba que ha observado buena conducta, tanto pública como privadamente, y que carece de bienes de fortuna o de renta que alcance a $ 50 mensuales.

El Juez que recibió las declaraciones certifica que los deponentes son personas de reconocida honorabilidad e idoneidad.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público certifica que el señor Aurelio Gil no es ni ha sido pensionado por el Tesoro Nacional, no ha recibido recompensa alguna de fondos del mismo Tesoro. El Administrador de Hacienda Nacional de Boyacá certifica que el peticionario no figura como contribuyente a los impuestos nacionales.

La cuantía de la pensión debe ser la de veintidós pesos con cincuenta centavos ($ 22-50), o sea la mitad del promedio de los sueldos devengados en los dos últimos años de servicio del peticionario, como lo establece el artículo 2º de la Ley 114 de 1913.

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, decreta a favor del señor Aurelio Gil, vecino de Tunja, una pensión vitalicia de jubilación de veintidós pesos con cincuenta centavos ($ 22-50), que le será pagada del Tesoro Nacional, desde el día catorce de marzo del corriente año, fecha en que fue presentada la correspondiente documentación.

Esta pensión queda sujeta a las condiciones de suspensión y pérdida, establecidas por las leyes.

Copia de esta sentencia será enviada a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Educación Nacional, y al señor Contralor General de la República.

Estampíllese, cópiese, notifíquese y publíquese. Oportunamente archívese el expediente.

PEDRO A. GOMEZ NARANJO—**Eleuterio Serna, R.—Aníbal Cordoso Gaitán—Pedro Sanz Rivera**, Secretario.

—o—

APELACION DE UN AUTO EJECUTIVO—RETICION DE REPOSICION—RAZONAMIENTOS DEL TRIBUNAL PARA LA REVOCACION DEL AUTO RECLAMADO — CONSIDERACIONES DE LA CORTE—CONSISTE EL PROBLEMA JURIDICO EN AVERIGUAR SI LA ENTIDAD DENOMINADA "RENTAS DE CUNDINAMARCA," QUE FIRMO EL PAGARE, REPRESENTADA POR EL SECRETARIO DE HACIENDA DEL DEPARTAMENTO, TENIA LA REPRESENTACION LEGAL DE ESTE EN LA CELEBRACION DEL CONTRATO—EL ORGANO NATURAL PARA CELEBRARLOS, EN CUANTO SE REFIERE A LOS DEPARTAMENTOS, ES EL GOBERNADOR—LA AUTORIZACION DEL GOBERNADOR PARA LA CELEBRACION DE ESE CONTRATO NO SE PRESUME, NI ELLA CONSTA DE LOS DOCUMENTOS PRESENTADOS, COMO TAMPOCO QUE HUBIERA DELEGADO SUS ATRIBUCIONES A ESE FIN—NO PROCEDIENDO EL PAGARE DEL DEPARTAMENTO, ASISTIDO DE SU REPRESENTANTE LEGAL, QUE ES EL GOBERNADOR, NI HABIENDO AUTORIZADO ESTE PARA LA CELEBRACION DE ESTE CONTRATO, SE IMPONE LA CONFIRMACION DEL AUTO APELADO

Confirma la Sala de Negocios Generales el auto apelado del Tribunal de Bogotá.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE NEGOCIOS GENERALES.—BOGOTA, MAYO TREINTA Y UNO DE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO.

(Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R.).

El Tribunal Superior de Cundinamarca, por auto fechado el veintiséis de octubre de mil novecientos treinta y cuatro, teniendo en cuenta los artículos 4º de la Ley 46 de 1923 y 982 del Código Judicial, libró orden de pago a favor del Banco de Bogotá y contra el Departamento de Cundinamarca por la suma de $ 34,037-17 oro colombiano acuñado, o su equivalente en moneda legal y por los intereses de esa suma al ocho por ciento anual.

El doctor Parmenio Cárdenas, obrando como mandatario judicial del Departamento, según poder a él conferido por el señor Gobernador y el Fiscal del Tribunal, pidió reposición de la providencia e interpuso en subsidio apelación de ella, dando entre otras razones las siguientes:

"En el presente caso el Tribunal afirma, de acuerdo con el actor, que el deudor obligado es el Departamento de Cundinamarca, cuando es lo cierto que tal cosa no aparece del pagaré que se ha presentado, pues allí sólo figuran suscribiéndolo los señores Antonio Mallarino Pardo y Alberto Pergusson, que no han desempeñado ni desempeñan el cargo de Gobernador de Cundinamarca, ni tienen constitucional, legal ni jurídicamente su representación...."

Por proveído del seis de marzo del presente año, el Tribunal revocó el auto reclamado, y para ello argumentó así, refutando la tesis del ejecutante:

"La Sala está en un todo de acuerdo con la parte ejecutante, en cuanto sostiene que la entidad **Rentas de Cundinamarca** es una dependencia del Departamento de Cundinamarca; que no tiene personería jurídica independiente; en que, como dependencia departamental, existe vinculación entre dicha entidad y el **Departamento de Cundinamarca**; y en que los señores que suscribieron el instrumento traído como base de la acción son empleados departamentales.

"Pero no acepta que por virtud de aquella falta de personería jurídica, que legalmente la hace incapaz como sujeto de derechos y para contraer obligaciones; que por virtud de aquella vinculación, y por virtud de ser empleados departamentales las personas mencionadas que suscribieron el instrumento, la obligación que consta en dicho instrumento recaiga sobre el Departamento de Cundinamarca.

"Y para llegar a esta conclusión, la Sala tiene en cuenta que la entidad **Departamento de Cundinamarca**, como persona de derecho privado, es persona jurídica cuyo representante para casos como el que se considera es el respectivo Gobernador, conforme a la Constitución y la ley, según las disposiciones ya citadas.

"Y ninguna circunstancias en manera alguna pueden hacer que se considere a la entidad **Rentas de Cundinamarca** como mandatario de la entidad **Departamento de Cundinamarca**, ni como delegado de su representante—el Gobernador—para dicho acto. Para lo primero, y dejando a un lado la incapacidad civil de la entidad **Rentas de Cundinamarca**, falta en absoluto el título de representación; y considerada la actitud asumida por el Departamento en esta acción, falta la aquiescencia tácita. Y la delegación de funciones no existe, como se verá más ampliamente al considerar los puntos siguientes del escrito de la parte ejecutante, donde se habla de la cuestión concretamente.

"En los puntos II y III sostiene la parte ejecutante que hay una delegación de funciones por parte del Gobernador en el Administrador General de Rentas, hecha con autorización de la Asamblea, o, lo que es lo mismo, que el Gobernador, con autorización de la Asamblea, dio al Administrador facultades suficientes para celebrar contratos como el que consta en el instrumento o pagaré base de la acción. Y esto lo sostiene la parte ejecutante por dos aspectos:

"a) Porque el artículo 93 de la Ordenanza 32 de 1925, autoriza ampliamente a la Gobernación para dictar todos los decretos, resoluciones y actos, ordenados a la reglamentación y cumplimiento de esta Ordenanza o a la dirección y ad-

ministración de las industrias monopolizadas....; y en ejercicio de esta autorización, el artículo 2º del Decreto 1120 del mismo año, dispone que 'la Administración de las rentas de licores, degüello, tabaco, a partir del día y seis de abril del año en curso, se llevará a efecto en la misma forma que la tenía establecida la Compañía Administradora de Rentas de Cundinamarca, salvo las disposiciones y órdenes que posteriormente se hayan dictado y se dicten en contrario'; y

"b) Porque el Gobernador dijo en el Decreto número 172 de 30 de junio del mismo año, que 'en lo relativo a las rentas de tabaco, degüello y licores, se ha procurado mantener el mismo sistema que tuvo implantado la Compañía que últimamente las administraba, pues se quiere que tan sólo un criterio comercial predomine en esta materia....'

"A pesar de la tesis sostenida por la parte ejecutante, magistralmente expuesta en el escrito a que se ha hecho referencia, la Sala considera que las disposiciones citadas no contienen delegación de funciones del Gobernador en la Administración General de Rentas. Dicha delegación no aparece en forma expresa, como es fácil verlo con la sola lectura de las disposiciones citadas. Y delegación tácita—admitiendo que dicha delegación pueda hacerse en esa forma—tampoco existe, pues la circunstancia de que la administración de las rentas judiciales haya de llevarse en la misma forma en que la tenía establecida la Compañía Administradora de Rentas de Cundinamarca (forma ésta que, dicho sea de paso, no consta en los autos), y la de que se haya implantado un criterio comercial en la administración, sólo indican el sistema que en concepto del Gobernador debe adoptarse o fue adoptado para esa administración, mas de ninguna manera implican esas circunstancias delegación de funciones o de facultades que sólo corresponden al Gobernador, como es la de celebrar contratos en representación del Departamento.

"Otro tanto puede decirse de la aceptación tácita por parte del Gobernador, a que se refiere el punto IV del escrito presentado por el ejecutante: no es posible deducir tal aceptación del hecho consistente en que el pagaré o instrumento esté suscrito por el señor Secretario de Hacienda del Departamento de Cundinamarca, siendo éste un inmediato colaborador del Gobernador. El Secretario de Hacienda no está autorizado constitucional ni legalmente para representar al Departamento, en materias como la tratada en este asunto. Y sus actos, sean legales o ilegales, deben considerarse como actos suyos propios, no como actos del Gobernador, a pesar de ser un colaborador cercano de éste; por el hecho de ser un inmediato colaborador, su actuación no sustituye la del Gobernador, menos tratándose de atribuciones que precisamente corresponden a este último. Y cosa bien distinta a la representación del Departamento por el Secretario de Hacienda, a juicio de la Sala, es la disposición del artículo 22 de la Ordenanza 47 de 1925, 'sobre Contaduría y Fiscalización departamentales,' en que se autoriza a la Secretaría de Hacienda 'para determinar la manera y forma como deben rendirse las cuentas.'"

De esta última providencia apeló el apoderado de la parte actora ante esta Superioridad, a donde llegó el negocio, al cual se le hubo la tramitación debida hasta ponerlo en estado de fallo, a lo cual se procede, considerando:

La base de la ejecución es un pagaré en el cual "Rentas de Cundinamarca, entidad oficial domiciliada en Bogotá," que aparece representada en el acto por el Secretario de Hacienda del Departamento y por el Administrador General de Rentas, contrajo con el Banco de Bogotá la obligación de pagar la cantidad de dinero por que se ejecuta.

La esencia del problema jurídico que debe debatirse radica en saber si quienes suscribieron dicho pagaré tenían la representación del Departamento en la celebración del contrato.

Podría decirse que los más genuinos representantes del Departamento son las Asambleas; pero como estas corporaciones no ejecutan las normas que dictan, ni por sí mismas celebran contratos, es preciso que tengan un órgano ejecutivo. Por eso el artículo 59 del Acto legislativo número 3 de 1910 expresa que es función constitucional del Gobernador dirigir la acción administrativa departamental, lo que realiza: nombrando o removiendo libremente sus agentes; reformando, revocando o confirmando los actos de éstos, o dictando las providencias necesarias en todos los ramos de la Administración, lo que naturalmente comprende la celebración de contratos con este fin. El numeral 3º del mismo artículo confiere al Gobernador la representación del Departamento no sólo en lo político sino también en lo administrativo.

La Ley 4ª de 1913 (Código Político y Municipal), en los numerales 3º y 4º del artículo 127, le asigna las mismas funciones.

Todavía más: tanto el Acto legislativo prenombrado como la dicha Ley 4ª de 1913 (artículos 59, numeral 8º, y el 97, numeral 4º), dan a las Asambleas las atribuciones o funciones que las leyes les señalen. En armonía con estas disposiciones, la Ley 6ª de 1928 estableció que en ciertas circunstancias las Asambleas podían autorizar empréstitos tanto internos como externos.

Un autorizado comentarista de la Constitución, hablando de las facultades del Gobernador en la Carta de 1886, cuyas disposiciones en este punto no discrepan de las consagradas en el Acto legislativo número 3 de 1910, se expresaba así:

"Sin estas atribuciones mal podría el Gobernador administrar cumplidamente los intereses del Departamento, y cabe extender a él por analogía, con las necesarias limitaciones, las facultades que, como hemos visto, son necesarias en el Jefe del Poder Ejecutivo Nacional."

Y en verdad, estas facultades tienen cierta similitud con las que la Constitución da al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa (artículos 76, numeral 9º, y 120, numeral 18, de la Constitución).

Todo lo hasta aquí expuesto se hace con el único fin de demostrar cómo el órgano natural para celebrar los contratos, en lo que respecta a los Departamentos, es el Gobernador.

Ahora bien: el Tribunal, al proferir el auto reclamado, tuvo en cuenta los documentos que se acompañaron a la demanda, y sobre éstos fijará la atención la Corte, pues las comprobaciones posteriores no pueden ser objeto de estudio, ya que el artículo 502 del Código Judicial, que trata de la tramitación de las apelaciones de estos autos interlocutorios, dispone que "vencido el término de fijación en lista, dentro del cual puedan las partes presentar sus alegatos, el superior decide," lo cual quiere decir que no hay término probatorio. De modo que las documentaciones que aduzca alguna de las partes ante el superior no pueden tenerse en cuenta y debe decidirse por lo actuado, porque esas nuevas documentaciones, traídas irregularmente, no pueden perjudicar a la parte contraria, pues sería tanto como condenar a ésta sin haberla oído.

El actor acompañó a la demanda los siguientes documentos:

a) Certificado de la Superintendencia Bancaria, sobre la existencia de la entidad demandante.

b) Un tomo contentivo de las Ordenanzas expedidas por la Asamblea de Cundinamarca en el año de 1925.

c) Los números 5120 y 5129 de la Gaceta de Cundinamarca, debidamente autenticados, en que aparecen los Decretos de nombramiento de Antonio Mallarino Pardo, de la Secretaría de Hacienda, y de Alberto Fergusson, como Administrador General de Rentas del Departamento.

d) Certificado del señor Gobernador del Departamento de Cundinamarca, sobre la calidad de empleados de dichos señores en la fecha del contrato.

e) Un pagaré suscrito por los señores citados como representantes de la entidad llamada Rentas de Cundinamarca a favor del Banco de Bogotá, en el cual dijeron obrar "con las debidas autorizaciones legales," y que se obligaban solidariamente con la entidad acreedora.

En dicho pagaré no aparece la firma del señor Gobernador ni consta en los documentos presentados que él hubiera dado expresa aprobación a la operación efectuada. En cuanto a la delegación o autorización del Ejecutivo Departamental, no se dio ni prestó expresamente con antelación al acto—pues por ahora, al menos, no aparece de los documentos presentados,—y ella no puede presumirse, porque tal presunción no ha sido establecida por el legislador; y como todas las presunciones legales tienen su fundamento en una ley expresa, ellas no pueden establecerse por vía de interpretación o de analogía, lo que quiere decir que como excepciones que son deben ser interpretadas restrictivamente.

Es verdad que el artículo 32 de la Ley 46 de 1923, que ha sido citado por el apoderado de la parte actora para presumir la autorización del Gobernador a los firmantes, dice:

"La firma de una parte puede ser puesta por un agente suyo debidamente autorizado. No es necesaria para este efecto ninguna forma especial de autorización, y la personería del agente puede acreditarse como para cualquiera otra clase de agencia."

Pero lo que se expresa en este artículo es que la firma de una parte puede ser escrita por otra persona debidamente autorizada; y en el pagaré de que se habla no se trata de esto: el problema es distinto: lo que se quiere saber es si quienes allí figuran tienen o tenían autorización del Gobernador. En él apenas dicen los firmantes que obran legalmente autorizados, sin que esa autorización conste en los documentos que se presentaron, ni con anterioridad al contrato ni con posterioridad a él.

Si como se ha dicho antes, el Gobernador es el ejecutor nato de las atribuciones legales que dicen relación a la Administración Departamental, puede aseverarse que a él incumbe ejecutar los actos tendientes a esa Administración, la que debe estar inspirada en las leyes y las ordenanzas y dentro de sus límites. Esto, que es evidente para todos los actos de derecho privado que lleva a efecto el Gobernador en la dirección de la cosa pública, se patentiza más cuando se trata de la celebración de contratos que previamente hayan autorizado las leyes o las ordenanzas, porque entonces el Gobernador comprometerá a la autoridad departamental que representa cuando obre dentro del radio de sus atribuciones.

Siendo cierto que el Gobernador es el ejecutor y representante del Departamento, al delegar él parte de sus atribuciones a otras personas, lo natural sería que hiciera constar dicha delegación en forma clara y expresa, cosa que no resulta de los documentos que se presentaron con la demanda, y que son los únicos que ahora se pueden tener en cuenta.

Las Asambleas, como representantes legítimos del Departamento, para la mejor marcha de la administración, pueden delegar funciones a otras personas distintas del Gobernador para la ejecución de ciertos actos; y en ese caso, las personas delegadas obligan al Departamento, por mandato de la Asamblea.

Para comprobar la autorización de la Asamblea de Cundinamarca al Gerente de Rentas de Cundinamarca, acompañó a la demanda ejecutiva el personero del actor un tomo que contiene las ordenanzas expedidas por dicha Asamblea en el año de 1925, las cuales tienen que considerarse así como formando parte del recaudo ejecutivo, por lo que es necesario analizarlas para ver si de ellas resulta la autorización de la Asamblea a los firmantes del pagaré.

En la Ordenanza número 25 del mencionado año, se expresa:

"Artículo 1º Autorízase a la Gobernación para que, si fuere necesario, contrate un empréstito en uno de los bancos de la ciudad, a fin de hacer

frente a los gastos iniciales de producción y organización de las rentas de licores, degüello y tabaco.

"Artículo 3º El contrato de empréstito que se celebre no requiere ulterior aprobación de la Asamblea."

En la Ordenanza número 32 se dispone en sus artículos 98 y 100, lo siguiente:

"Artículo 98. La autorización dada a la Gobernación por la Ordenanza número 25 de este año, para contratar un empréstito, se amplía en el sentido de que se pueda conseguir la suma necesaria para liquidar toda cuenta pendiente con la Compañía rematadora.

"Artículo 100. Los empréstitos que contrate la Gobernación necesitarán para su validez de la aprobación de la mayoría de la Junta de Rentas."

Es indudable que cuando la ley habla de Gobernación debe entenderse que se refiere al Gobernador, o sea al ejecutor nato que por la Constitución y las leyes tiene la facultad de cumplir los mandatos legales; de modo que hace referencia al Gobernador y no a otras personas, aunque la Gobernación, genéricamente, tenga distintos órganos para la administración, pues sólo el Gobernador es el que debe ejecutar las órdenes de la ley, por sí mismo, o por delegados a quienes él autorice, de modo legal, para que obren en su representación.

Y aunque el artículo 25 de la Ordenanza 29 de 1925 expresa que "la administración de las rentas estará bajo la dependencia directa de la Secretaría de Hacienda....." esta administración no faculta al Secretario de Hacienda para contratar los empréstitos que las ordenanzas trasuntas autorizan verificar a la Gobernación con la ulterior aprobación de la mayoría de la Junta de Rentas.

Y esto se hace más evidente si se considera, por una parte, que la Secretaría de Hacienda es apenas una sección de la Administración Departamental, y, por otra, que Rentas de Cundinamarca no aparece de los documentos que obran en autos que sea una persona jurídica. De modo que ni el Director de esta entidad ni el Secretario de Hacienda podían obrar obligando al Departamento, conforme a la documentación hasta ahora analizada.

De todo lo hasta aquí expuesto, se ve que de los documentos presentados para impetrar la demanda ejecutiva no resulta que el pagaré que se cobra emane de la persona que se pretende obligada, lo que es absolutamente indispensable para ejercitar esa acción, porque hoy, por el juicio ejecutivo—que ha venido a sustituir a los antiguos procedimientos vejatorios que colocaban al deudor a discreción del acreedor, y que han sido suprimidos la ley, imperando con toda su fuerza, lo previene al deudor que pague sin darle audiencia. Más que un juicio, esto es un modo de cobrar. De ahí el que se requiera que la obligación sea nítida, deslumbradora, expresa y actualmente exigible. Pero no bastan sólo estas condiciones: preciso es también que la obligación esté ya determinada judicialmente o que conste en aquellos instrumentos que por sí mismos constituyen plena prueba contra el demandado y que valgan tanto como una decisión judicial. Por eso dice el artículo 982 del Código Judicial:

"Puede exigirse ejecutivamente toda obligación que conste en acto o documento que provenga del deudor, o de su causante y constituya por sí solo, según la ley, plena prueba contra él, o que emane de una decisión judicial que deba cumplirse.

"Se requiere, además, que del documento o la decisión judicial resulte a cargo del demandado una obligación expresa, clara y actualmente exigible de hacer, o de entregar una especie o cuerpo cierto, o bienes de género, o de pagar una cantidad líquida de dinero."

Este artículo significa que la obligación que puede cobrarse por vía ejecutiva debe constar en acto o documento que reúna las condiciones apuntadas; no sería suficiente el que dicha obligación se acreditase por otros medios distintos.

Ahora bien: según todo lo que se ha venido exponiendo, puede aseverarse que no es constante que el pagaré presentado en la demanda ejecutiva provenga del Departamento, asistido por su legítimo representante, lo cual es suficiente razón para que la Corte confirme el auto apelado.

No se hará condenación en costas, porque el Banco tuvo motivo plausible para apelar: en primer término, el Tribunal al principio dictó auto a su favor, que luego fue repuesto, y en segundo, es explicable que la entidad ejecutante estime que tiene algún derecho a reclamar un dinero que dio en préstamo a una Sección de la Administración Departamental.

Sin que sean necesarias más consideraciones, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, confirma el auto apelado.

Sin costas.

Notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente.

PEDRO A. GOMEZ NARANJO—Eleuterio Serna R.—Aníbal Cardoso Gaitán—Pedro Sanz Rivera, Secretario.

PENSION

Se reforma una sentencia, por no haberse incluído un sobresueldo municipal en la fijación del monto de la pensión demandada.

«CORTE SUPREMA DE JUSTICIA—SALA DE NEGOCIOS GENERALES—BOGOTA, MAYO TREINTA Y UNO DE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO.

(Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo).

Esta Sala, con fecha trece de abril pasado, decretó una pensión de treinta y dos pesos con cincuenta centavos ($ 32-50) a favor de Uldarico Vallejo, por sus servicios en la instrucción primaria oficial. El doctor Leandro Medina, apoderado del señor Vallejo, en memorial presentado el ocho del corriente, pide que se corrija el error aritmético de la sentencia, en el sentido de ordenar que la cuantía de la pensión sea de treinta y siete pesos con cincuenta centavos, y no de treinta y dos pesos con cincuenta centavos, como está decretada.

Para resolver, se considera:

De conformidad con el artículo 683 del Código Judicial la Sala tiene facultad para corregir el error aritmético anotado, si realmente existe.

La Sala tuvo en cuenta para fijar el monto de la pensión solamente el sueldo departamental de sesenta y cinco pesos ($ 65), devengado por el demandante en los dos últimos años de servicio, pero no el sobresueldo de veinte pesos ($ 20) que el señor Vallejo recibió en el penúltimo año, pagado por el Municipio de Cali, como Director de la Escuela nocturna. El doctor Medina funda su petición en que el cómputo debe hacerse incluyendo el sobresueldo.

El señor Director de Educación Pública del Valle del Cauca, en certificado de diez y siete de enero de este año, dice:

"8° Que el señor Vallejo, en su carácter de Director de la Escuela número 8, devengó en los dos últimos años de servicio un sueldo mensual de $ 65. El sobresueldo de la escuela nocturna fue de $ 20 mensuales, en el año escolar de 1932-1933, y en el 1933-1934 no tuvo nocturna, por haberse refundido en una todas las de la ciudad."

Este certificado está corroborado por otras pruebas.

Para la Corte es indudable que el espíritu del artículo 2° de la Ley 114 de 1913, que ordena hacer el promedio de los sueldos de los maestros en los dos últimos años, para señalar la cuantía de la pensión, fue el de incluir la asignación o remuneración total de los servicios en el ramo de instrucción, sin hacer diferencia entre los sueldos pagados por los Departamentos y los sobresueldos de los Municipios. En el caso que se estudia, aparece comprobado que el peticionario dirigió la escuela nocturna para obreros, desde mil novecientos doce hasta mil novecientos treinta y tres, como anexa a las escuelas diurnas, de que fue Director. La remuneración debe computarse en su totalidad, ya que se trata de servicios relacionados íntimamente. Por consiguiente, la cuantía de la pensión del señor Vallejo debe fijarse teniendo como base los sueldos de $ 65 y $ 65 devengados en los dos últimos años de servicio.

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, reforma la sentencia de fecha trece de abril de este año, dictada en estas diligencias, en el sentido de fijar en treinta y siete pesos con cincuenta centavos ($ 37-50) mensuales la cuantía de la pensión correspondiente al señor Uldarico Vallejo, por sus servicios en la instrucción primaria oficial.

Dése cuenta a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Educación Nacional, y al señor Contralor General de la República.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese.

PEDRO A. GOMEZ NARANJO—Eleuterio Serna R.—Aníbal Cardoso Gaitán—Pedro Sanz Rivera, Secretario.

EXCEPCION DE COBRO DE LO NO DEBIDO O INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION—LA FIANZA ES GARANTIA ACCESORIA QUE NO SE PRESUME NI PUEDE EXTENDERSE A MAS DE LO QUE EN ELLA SE EXPRESA—SE DECLARA PROBADA LA EXCEPCION PROPUESTA.

La Sala de Negocios Generales de la Corte declara probada la excepción de cobro de lo no debido o inexistencia de la obligación demandada contra el excepcionante en juicio ejecutivo, porque si es verdad que se constituyó fiador del Telegrafista de Arauca, posteriormente se le agregó a éste otro cargo con manejo de dineros, el cual no fue afianzado, y no puede presumirse que la fianza para el primero se extendía al segundo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA—SALA DE NEGOCIOS GENERALES—BOGOTA, JUNIO PRIMERO DE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO.

(Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R.).

El señor Pedro I. Marín R. fue nombrado Jefe de la Oficina Telegráfica de Arauca, por Decreto número 1982 de 5 de diciembre de 1929, y para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones prestó una fianza de trescientos pesos, que fue la cuantía asignada, y dio como fiador mancomunado y solidario al doctor Julio Pérez Hoyos, vecino de Arauca, según documento que se firmó el veinte de diciembre del mismo año.

Posteriormente, por Decreto número 2173, de 30 del mismo mes de diciembre, Marín R. fue nombrado Telegrafista Administrador de Correos de las Oficinas de Arauca, las cuales habrían de funcionar como mixtas desde el primero de enero de mil novecientos treinta. A la Oficina de Correos le quedó asignada la función del Servicio de Giros Postales.

La cuenta de esta última Oficina, correspondiente al mes de marzo de mil novecientos treinta y dos, fue fenecida con un alcance de mil ochenta y cuatro pesos con veinte centavos ($ 1.084-20), a cargo del responsable Marín R., y por esa cantidad se libró ejecución, por el Juez 1º Nacional de Ejecuciones Fiscales, contra aquél y Julio Pérez Hoyos, según auto de ocho de mayo de mil novecientos treinta y cuatro, el cual se les notificó a los ejecutados, habiendo denunciado bienes el doctor Pérez Hoyos, los que se embargaron.

Más tarde, el día diez y nueve de diciembre de mil novecientos treinta y dos, fue fenecida la cuenta de la mencionada Oficina, correspondiente al mes de abril de mil novecientos treinta y dos, con alcance a cargo de Marín R., por la suma de novecientos treinta y siete pesos con ochenta centavos ($ 937-80), y también por esta cantidad libró el mismo Juez, en auto de trece de septiembre de mil novecientos treinta y cuatro, ejecución contra Marín R., la que se dirigió, por auto de diez y siete de dicho mes, contra el doctor Pérez Hoyos. Los dos juicios fueron acumulados por providencia de seis de diciembre de mil novecientos treinta y cuatro.

El ejecutado Pérez Hoyos, por medio de apoderado, propuso la excepción de "cobro de lo no debido o inexistencia de la obligación," la cual fue fundamentada en la razón de que el excepcionante se constituyó fiador únicamente para responder del empleo de Telegrafista de su fiado, y no para otros.

Los autos fueron remitidos a la Corte, donde se ha verificado su tramitación legal; y estando ya el negocio para ser decidido en el fondo, a ello se procede, teniendo en cuenta:

De modo pleno aparecen comprobadas las siguientes circunstancias:

a) Que el excepcionante sólo se constituyó fiador de Marín R. para responder de que éste cumpliría las obligaciones que había contraído en su calidad de Telegrafista, fianza que se extendió el día veinte de diciembre de mil novecientos veintinueve.

b) Que con posterioridad a esa fecha fue nombrado Marín R. Telegrafista y Administrador de Correos, y que a esta última oficina le estaba asignada la función del Servicio de Giros Postales.

c) Que la efectividad que se persigue en el presente juicio se refiere a alcances ocurridos en la dicha Oficina de Giros Postales.

Se ve, por tanto, que la responsabilidad del doctor Pérez Hoyos estaba limitada únicamente al desempeño de las funciones de Telegrafista, para que había sido nombrado Marín R., que fue para lo que prestó la fianza, responsabilidad que no podía extenderse al empleo de Administrador de Correos, al cual no le estaba adscrito el Servicio de la Oficina de Giros Postales, no sólo porque este empleo se le dio al fiado Marín R. con posterioridad a la constitución de la fianza, sino también porque ésta quedó restringida al empleo de Telegrafista. Y esto es así, porque la fianza es una garantía accesoria que no se presume, ni puede extenderse a más de lo que en ella se expresa, según el artículo 2378 del Código Civil. De modo que pretender hacer extensiva la fianza prestada por el excepcionante para responder de empleos distintos, recibidos con posterioridad a su otorgamiento, sería tanto como presumir una declaración de voluntad que no se ha hecho, lo que contravendría expresamente a la mencionada disposición. De todo lo expuesto se deduce con entera claridad que la obligación por que se persigue al excepcionante, no existe.

En consecuencia, de acuerdo con el concepto del señor Procurador de la Nación, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara probada la excepción de inexistencia de la obligación, que fue propuesta, ordena cesar la ejecución, y decreta el desembargo de los bienes.

Sin costas.

Estampillese, publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente.

PEDRO A. GOMEZ NARANJO—Eleuterio Serna R.—Aníbal Cardoso Gaitán—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

MULTA COBRADA POR LA VIA EJECUTIVA

Se declara probada la excepción perentoria de carencia de causa, por no haber nacido aún la obligación.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA—SALA DE NEGOCIOS GENERALES. BOGOTA, JUNIO TRES DE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO.

(Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R.).

La Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales dictó la Resolución número 1072, de 28 de diciembre de 1932, por la cual confirmó la número 10, de 24 de noviembre del mismo año, proferida por el Inspector General de Rentas Nacionales de Sogamoso, pero reformándola en el sentido de que la multa de $ 10, impuesta a cada uno de los multados, señores Augusto Rosselli y Salustiano Chaparro, se elevaba a la suma de $ 50, y se ordenó en la misma pasar copia de ella al Recaudador de Hacienda Nacional del Círculo de Sogamoso para que hiciera efectivas las multas por la vía ejecutiva. Con ese recaudo, dicho funcionario libró orden de pago por auto de fecha veintidós de febrero de mil novecientos treinta y tres.

Los ejecutados opusieron las siguientes excepciones:

"Carencia de causa para la imposición de las multas que motivan el mandamiento ejecutivo, e ilegitimidad de las resoluciones en que se impusieron dichas multas."

Tramitado el negocio en la Corte, y agotadas las ritualidades legales, se procede a fallarlo.

El Procurador de la Nación, al descorrer el traslado, conceptuó así:

"El suscrito Procurador estima que realmente aquellas resoluciones son ilegales, por los siguientes motivos:

"a) La escritura número 268 que motivó las multas, trata de unas **ventas**, no de **donaciones entre vivos** (folios 4 a 11, cuaderno 2). El Inspector de Rentas quiso entender que allí se trataba de donaciones, pero es el caso que dicho funcionario mal podía declarar sobre simulaciones, ni exigir que los otorgantes digan en la escritura lo que ellos no quieren. Con el mismo criterio podía el Inspector multar a un Notario, porque no había estimado como donación un contrato de mutuo.

"b) El Jefe de Rentas que revisó la multa impuesta por el Inspector, procedió, a mi entender, ilegalmente, al hacer más onerosa la multa impuesta por el inferior. Los recursos sólo se entienden interpuestos en lo desfavorable.

"c) En cuanto al Registrador, es manifiesto que él no tiene porqué responder, a causa de qué el Notario hubiera percibido mal los impuestos, como dijo para otra ocasión análoga el Ministerio de Hacienda, en Resolución número 744 de 1933, que figura en autos (folios 4 y 5, cuaderno 4).

"Parece, por tanto, cierto, que la multa impuesta en la Resolución número 1072, que se está ejecutando, no es aceptable, y aún es ilegal; pero es el caso que actualmente no se está revisando la legalidad de tal Resolución, ni a la Corte Suprema corresponde, en grado de apelación, revisar dichas providencias.

"La apelación contra ellas corresponde decidirla a la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda, en donde aparece que el señor Rosselli tiene pendiente la apelación que interpuso contra la Resolución número 1072, que trata de ejecutarse en este juicio. El señor Chaparro también interpuso apelación contra ella (folio 10 vuelto, cuaderno 4).

"Si la Corte dijera que aquella Resolución es ilegal, vendría en definitiva a decidir el recurso, que está pendiente ante el Ministerio.

"Pero estando pendiente tal recurso, estimo que el Juez ejecutor no debe dictar la sentencia de pregón y remate, mientras no sea resuelto por la Jefatura de Rentas.

"Por las razones dichas, y no obstante el fundamento que tienen las excepciones propuestas, estimo que la honorable Corte Suprema debe declararlas no probadas, y hacer, en consecuencia, las declaraciones consiguientes."

Es cierto que de la Resolución número 1072 apelaron los multados, hoy ejecutados: hay constancia de ello en los autos. Por lo que manifestó el señor Procurador en el anterior concepto, la Corte dictó, para mejor proveer, el auto de nueve de abril de este año (folio 12, cuaderno 3), ordenando solicitar del Ministerio de Hacienda lo que se hubiera resuelto sobre la apelación, y el Ministerio informó que nada se ha dicho todavía respecto a la multa de Rosselli. Con referencia a la de Chaparro, hay copia de la Resolución número 744, de 30 de diciembre de 1933, por la cual se revoca la número 1072 mencionada. Aunque sobre esta prueba no hay constancia de que fuera allegada a los autos legalmente, habiendo sido expedida por el funcionario competente, previa solicitud de parte, tiene, por lo menos, una fuerza moral suficiente para hacer presumir que la Resolución apelada pudo ser revocada.

No puede la Corte entrar a considerar si la multa impuesta fue legal o nó, porque ello es de competencia de una autoridad distinta; pero lo que sí está bajo su jurisdicción es la apreciación de que la Resolución número 1072, impositiva de la multa, todavía está en tela de juicio, lo que quiere decir que la causa para cobrar no existe aún. Y aunque es verdad que la excepción propuesta por los ejecutados parece dirigida a pedir que por la Corte se declare que no había causa para multar, con un sentido no demasiado estricto, lo que no se opone a la ley, debe entenderse que esa excepción se dirige a solicitar que se declare la falta o carencia de causa de la obligación que se cobra, interpretación ésta que no riñe con los preceptos legales, porque la interpretación de los actos jurídicos debe hacerse en el sentido que mejor cuadre con la razón y espíritu de ellos.

Haber errado en la denominación precisa de una excepción pertinente, no puede ser obstáculo para que ella se tome en consideración y se reconozca si verdaderamente existe.

Si la resolución por la cual se impuso la multa no está en firme todavía; si ella puede ser revocada, la causa de la obligación no existe por ahora, y no existiendo actualmente, es más ajustado a la justicia y a la ley declararlo así, que ordenar, como lo insinúa el señor Procurador, que vuelva el negocio al Juez ejecutor para que se abstenga de dictar sentencia de pregón y remate hasta tanto sea resuelta por el Ministerio de Hacienda la apelación que está pendiente.

Por lo dicho, oído el concepto del señor Procurador de la Nación, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara probada la excepción de carencia de causa, por no haber nacido aún la obligación, y, en consecuencia, dispone que cese la ejecución y que se levante el embargo que se haya decretado.

Estampíllese, publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

PEDRO A. GOMEZ NARANJO — Eleuterio Serna R. — Aníbal Cardoso Gaitán — Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

APELACION DE UN AUTO EJECUTIVO

Se abstiene la Corte de revisar el auto ejecutivo apelado, mientras no sea notificado legalmente a todos los ejecutados, por no producir efecto ese auto sin la notificación, conforme al artículo 327 del Código Judicial.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA—SALA DE NEGOCIOS GENERALES — BOGOTA, JUNIO TRES DE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO.

(Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R.).

El cuatro de marzo de mil novecientos treinta y tres, la Recaudación de Hacienda Nacional de Girardot libró mandamiento ejecutivo contra los herederos de Eliseo Acosta, según el reconocimiento número 33, emanado de la Recaudación Nacional.

La ejecución se avanzó contra Eliseo Acosta (hijo), quien apeló de la providencia de veintitrés de junio de mil novecientos treinta y tres. Habiendo llegado los autos a la Corte, se dio al caso la tramitación legal hasta agotarla.

El Procurador de la Nación concepuó así:

"El mandamiento se notificó al señor Eliseo Acosta C., en calidad de heredero, pero es el caso que dicho señor comprobó, con copia registrada de la escritura número 570, del nueve de julio de mil novecientos veinte, otorgada en la Notaría de Girardot, que desde entonces transfirió a título de venta al señor Andrés Acosta, la universalidad de los derechos y acciones que le correspondieran como heredero de Eliseo Acosta.

"Es cierto que la calidad misma de heredero y las obligaciones consiguientes no se enajenan, pero como en el caso actual se persigue el impuesto por la renta de mil novecientos veintiuno, es decir, del año siguiente a la enajenación, y como tal impuesto se causa por la renta, y la renta la producen los bienes que formaban la herencia enajenada, síguese que no resulta procedente perseguir la efectividad de dicha renta del heredero que enajenó sus derechos con anterioridad a la época a que se refiere la demanda."

La Corte considera:

Se observa que el auto ejecutivo fue proferido contra varias personas: los herederos de Joaquín Acosta, y que el auto de veintitrés de junio de mil novecientos treinta y tres, y en el cual se concedió la apelación, no fueron notificados a todas las personas que componen la parte. Ni siquiera consta que el auto ejecutivo dictado contra los herederos de Acosta se hubiera hecho saber a las demás personas ejecutadas.

Dice el artículo 327 del Código Judicial:

"Por regla general, ninguna resolución produce efecto antes de haberse notificado legalmente a las partes."

En este juicio la parte no está formada por una sola persona, sino por varias, como se deduce de las piezas del proceso.

No produciendo efecto, como lo dice el artículo transcrito, la resolución en que se concedió la apelación, por no haberse notificado a todas las partes, la Corte no puede aprehender el conocimiento del asunto. El funcionario de primera instancia debe llenar estas omisiones, para que la parte completa haga valer sus derechos o acepte el perjuicio si omite su defensa.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, se abstiene de revisar la providencia apelada, mientras no se conceda el recurso, después de verificadas todas las notificaciones.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

PEDRO A. GOMEZ NARANJO — Eleuterio Serna R. — Aníbal Cardoso Gaitán — Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

IMPEDIMENTO

Se declara que es legal el impedimento manifestado por el doctor Eleuterio Serna R.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA—SALA DE NEGOCIOS GENERALES—BOGOTA, JUNIO SEIS DE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO.

(Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

El señor Magistrado doctor Eleuterio Serna R., a quien le correspondió en reparto el conocimiento de este asunto, se declaró impedido, por auto de fecha ocho de mayo del año en curso.

Fundamenta su decisión en el hecho de ser pariente, en segundo grado de consanguinidad, del doctor Eduardo Serna R., quien actuó en este negocio como apoderado del solicitante, sustituyendo después el poder en el doctor Luis Alfredo Núñez, y que por tal motivo se halla en el caso contemplado por el numeral 3º del artículo 435 del Código Judicial.

Los términos del citado numeral llevan a la conclusión de que el impedimento sólo rige respecto de los apoderados que actualmente llevan la voz de la parte, y no en relación con los que han tenido una intervención anterior en el negocio. Y así habría que resolver que el Magistrado doctor Serna no tiene impedimento para conocer de este pleito, por no aparecer ya como abogado en él su hermano el doctor Eduardo Serna R.

Sin embargo, estima la Corte que el impedimento rige desde otro punto de vista, no del contemplado en la regla 2ª, sino en la 3ª, del artículo mencionado, la cual es de este tenor:

"Artículo 435. Son causas legítimas de impedimento y recusación:

. . . . . .

"3ª Tener interés en el pleito el Juez, o alguno de sus parientes expresados en el numeral 1º"

Efectivamente: el abogado que hace una gestión en un pleito, presta un servicio a la parte que lo busca, y ese servicio le debe ser retribuído o pagado. Si tal sucede, lógicamente debe pensarse que el abogado tiene interés en que la gestión que ha hecho resulte favorable a su mandante, así siga o nó al frente del negocio; y si al separarse de él recibe el completo pago de sus honorarios devengados, le queda entonces un interés moral para que la gestión por él encaminada llegue a su fin, y no sea baldía.

Y hasta que el pariente del Juez tenga interés en el pleito, para que éste no pueda seguir conociendo del negocio. La ley no distingue la clase de interés que ha de tenerse en cuenta en este caso, y no haciéndose tal distinción, el interés moral queda comprendido en la causal de impedimento.

La razón de ser de los impedimentos que establece la ley, está precisamente en asegurar la independencia del Juez, desde un punto de vista moral, en relación con el negocio de que va a conocer, y a él, en definitiva, convergen todos los impedimentos detallados en el Código.

Y tratándose del interés, la hipótesis tiene tanta significación, que hace que el impedimento no pueda ser allanado, en virtud de lo dispuesto por el artículo 439 del Código de Procedimiento Civil.

En tal virtud, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, decide que es legal el impedimento manifestado por el doctor Eleuterio Serna R. para conocer del presente negocio, y en consecuencia, lo declara separado de él.

Señálase la hora de las diez a. m. del próximo martes once de los corrientes, para el sorteo de Conjuez.

Cópiese, y notifíquese.

PEDRO A. GOMEZ NARANJO—**Aníbal Cardoso Gaitán**—**Pedro Sanz Rivera**, Secretario.

EXCEPCIONES EN UN JUICIO EJECUTIVO POR JURISDICCION COACTIVA.

Se declaran no probadas las excepciones de fuerza mayor o caso fortuito, ineficacia de la diligencia de fianza como título ejecutivo y la proveniente de la muerte del procesado y condenado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA—SALA DE NEGOCIOS GENERALES—BOGOTA, JUNIO SIETE DE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO.

(Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R.).

En el juicio ejecutivo que con jurisdicción coactiva adelanta el señor Juez 1º Nacional de Ejecuciones Fiscales a nombre de la Nación contra Manuel Antonio Borrero C., por suma de pesos, éste adujo las siguientes excepciones:

"1º Fuerza mayor o caso fortuito.

"2ª Ineficacia de la diligencia de fianza como título ejecutivo.

"3ª La proveniente de la muerte del procesado y condenado, señor Jesús Antonio Pérez, mi fiado."

El negocio se remitió, por competencia, a este Despacho, donde se ha tramitado convenientemente; y encontrándose ya en estado de recibir fallo, se procede a decidir lo que sea del caso sobre el mérito de las dichas excepciones, para lo cual se tiene en cuenta:

Sirvió de recaudo ejecutivo una diligencia de fianza de cárcel segura, constituída por el ejecutado ante la Comisaría 1ª Judicial de Cali, el día nueve de septiembre de mil novecientos treinta y uno, en la que se comprometió a presentar al sindicado por el delito de heridas, Jesús Antonio Pérez, a una oficina o a otra

cualquiera que se lo solicitara, inmediatamente después de ser notificado; y agregó: "en caso de que Pérez se oculte, y la autoridad tenga necesidad de hacerlo capturar, todos los gastos serán por mi cuenta.

"En caso de que en el plazo que me fije la autoridad que me solicite mi fiado, señor Jesús Antonio Pérez, no lo pueda presentar, pagaré, sin lugar a reclamo, la suma de **trescientos pesos** moneda colombiana al Tesoro Nacional, que consignaré inmediatamente por vía de multa."

Habiendo sido condenado Pérez por el delito de heridas, se le exigió al fiador que lo presentara; éste solicitó un plazo, que le fue concedido, para presentarlo, lo que no hizo dentro del que le señaló el Juez del conocimiento de la causa contra Pérez, que lo fue el 4o del Circuito de Cali, por lo que éste profirió auto el veintinueve de agosto de mil novecientos treinta y tres, declarando al fiador incurso en la multa de los trescientos pesos a favor de la Nación, y ordenó pasar las diligencias al Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales, para que hiciera efectiva la multa. Dicha providencia fue confirmada por el Tribunal Superior de Cali, por proveído de veintiséis de abril de mil novecientos treinta y cuatro.

Las excepciones primera y tercera, o sean las de "fuerza mayor o caso fortuito" y "la proveniente de la muerte del procesado," las funda el excepcionante, en primer lugar, en el artículo 1º de la Ley 95 de 1890, que define la **fuerza mayor** o caso **fortuito**, diciendo que es el imprevisto, a que no es posible resistir; y sostiene el ejecutado—para justificar su apoyo en esta disposición—que aun cuando se comprometió a presentar a su fiado, esa obligación era para el caso de que éste sobreviviera, y que, faltando, necesariamente tiene que cesar la obligación, por la circunstancia de la fuerza mayor consistente en la muerte del fiado, que es un hecho imprevisto, al cual no era posible resistir; y en segundo lugar, las fundamenta en el artículo 92 del Código Penal, que dispone que muerto el reo, cesa el derecho a imponerle pena, por lo que, existiendo la circunstancia de la muerte del fiado, ha cesado la obligación de presentarlo.

Para comprobar la muerte de su fiado Pérez, el ejecutado adujo las declaraciones de tres testigos, que dicen que desapareció hace algún tiempo de Cali, ignorándose su paradero: pero ninguno de ellos afirma que Pérez haya muerto. Ahora: como la prueba de la defunción de una persona no puede resultar de simples suposiciones, sino que es necesario acompañar la partida correspondiente u otra prueba bastante, de conformidad con la ley, no puede aceptarse que el fiado Pérez, por el hecho de haber desaparecido por algún tiempo del lugar de su residencia, haya muerto.

La segunda excepción, o sea "la de ineficacia de la diligencia de fianza como título ejecutivo," la fundamenta el excepcionante en que el fiado Pérez era sumamente pobre en el tiempo en que la fianza se otorgó, y que en esas condiciones pudo ser eximido de la caución, al tenor de lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 82 de 1916. Alega también que, de conformidad con el artículo 44 de la Ley 153 de 1887, que dispone que en materia penal la ley favorable prefiere a la odiosa o restrictiva, aunque sea posterior al tiempo en que se cometió el delito, y existiendo el artículo 1º de la Ley 60 de 1923, que manda que la cuantía de la fianza para los procesados pobres no excederá de **cien pesos**, esta disposición debe ser aplicable, en atención al dicho artículo 44 de la Ley 153 de 1887.

Se observa:

La primera alegación no es pertinente ahora: ella pudo ser discutida por el sumariado o procesado al tiempo de la fijación de la cuantía de la fianza, ante el funcionario del conocimiento, que era el que estaba en capacidad de resolver sobre el asunto, merced a las cuestiones de hecho que se hubieran presentado y discutido en esa oportunidad.

En cuanto a la segunda razón, tampoco es pertinente, porque no se trata en este negocio de la aplicación de la pena al sentenciado, sino de un asunto enteramente extraño a él, que no tiene relación con la condena a que estuvo sujeto por motivo del juicio que se le adelantó. Es cierto que la ley favorable, en materia penal, prefiere a la desfavorable, no sólo para los individuos no sentenciados (que eso es lo que quiere decir la expresión "prefiere en los juicios," que usa el artículo 44 en mención), sino también para los sentenciados; pero ese beneficio únicamente puede entenderse aplicable en lo que se refiere a la pena imponible o impuesta al reo, y no a otras circunstancias, que pueden considerarse como absolutamente ajenas a ella. Y como es evidente que la obligación del fiador es cosa completamente extraña a la pena impuesta en la sentencia, por ser una cuestión de carácter puramente civil, es natural que aquella obligación no puede quedar amparada con la gracia que para la condena en materia penal concede la ley.

Sin otras consideraciones, oído el concepto del señor Procurador de la Nación, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara no probadas las excepciones propuestas, y ordena que siga la ejecución tal como se decretó.

Se condena en costas al excepcionante. Tásense.

Estampillese, publíquese, cópiese, notifíquese, devuélvase oportunamente el expediente a la oficina de origen.

PEDRO A. GOMEZ NARANJO — Eleuterio Serna R. — Aníbal Cardoso Gaitán — Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

CEDIJUSTICIA

EXCEPCION DE PAGO

La Corte no puede entrar a analizar documentos o descargos que debieron presentarse en la Contraloría—Para reparar los errores de ésta, el Consejo de Estado es el órgano autorizado por la ley—La Sala de Negocios Generales de la Corte declara no probada la excepción propuesta ante el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE NEGOCIOS GENERALES — BOGOTA, JUNIO OCHO DE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO.

(Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R.).

El Juzgado 2º Nacional de Ejecuciones Fiscales libró ejecución a favor de la Nación y contra Luis Alfredo Ortiz R., vecino del Municipio de Arauca, por la suma de doscientos diez y nueve pesos treinta centavos ($ 219-30), con sus intereses, a partir del veintisiete de septiembre de mil novecientos treinta y tres. Base de la ejecución fue el alcance deducido contra Ortiz R., por el auto de fenecimiento número 4967, de veintidós de octubre de mil novecientos veintinueve, declarado ejecutoriado por la providencia número 861, de veintidós de septiembre de mil novecientos treinta y uno.

En el término legal propuso el ejecutado la excepción de pago, fundándola en que el alcance líquido, decretado por el señor Contralor, se debió a no haber recibido éste oportunamente algunos comprobantes referentes a las cuentas de febrero y marzo de mil novecientos veintinueve, y al error sufrido por el Departamento de Contraloría, al cargarle el valor de la venta de algunas botellas de licor, siendo así que este producto quedó en existencia para el mes de abril.

Para establecer la excepción, el ejecutado presentó copias del acta de entrega de la Administración de Tame hecha por Jesús Ochoa a Joselín Castañeda, empleado que reemplazó a aquél, y una declaración de Víctor Murzi, que no fue ratificada. Pero es el caso que de las pruebas presentadas no se deduce por ningún aspecto la de la excepción tramitada, y por este motivo es jurídica la conclusión a que llegó el señor Procurador, al pedir la desestimación de aquélla.

No es el caso de entrar siquiera a analizar la prueba con la cual se ha querido demostrar el pago, porque si ella es una de aquellas que en la Contraloría pudo servir para descargarlo de la obligación, no pasa lo mismo en la Corte, que no puede entrar a analizar documentos o descargos que debieron presentarse en aquella entidad, pues fácilmente podría convertirse la Corte en revisora de las providencias de la Contraloría. Y menos pueden apreciarse las copias acompañadas, cuando la Contraloría tuvo en cuenta en su providencia número 861, citada, la explicación de que "la suma de doscientos diez y nueve pesos fue entregada por los empleados de los Círculos al señor Héctor Mujica, Jefe en ese tiempo de la Oficina de Rentas, por haberlo ordenado así el señor Inspector de Rentas.

En el fenecimiento número 4967, dijo la Contraloría que "mientras no se explique la irregularidad del no ingreso correspondiente a la venta de licores efectuada en los Círculos de Tame y Cravo, se deja a cargo del responsable el valor de tales ventas, que aproximadamente se calcula en la suma de $ 219-30."

No es en este juicio donde puede tener valor la documentación presentada. Pero todavía, si no es que ya tales elementos probatorios surtieron sus efectos en la Contraloría, es allí en donde, mediante una revisión con nuevo acopio de datos, podría presentarse el ejecutado. Ya se dijo que la misión de la Corte no es la de examinar las providencias de la Contraloría, y ver si ésta incurrió o nó en omisiones. Para reparar los errores de ésta, el Consejo de Estado es el órgano autorizado por la ley.

Sin necesidad de más consideraciones, y de acuerdo con el señor Procurador de la Nación, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara no probada la excepción propuesta, ordena llevar adelante la ejecución y condena en costas al ejecutado. Téngase.

Estampíllese, cópiese, publíquese y notifíquese. Oportunamente devuélvase el expediente.

PEDRO A. GOMEZ NARANJO—Eleuterio Serna R.—Aníbal Cardoso Gaitán—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

—o—

OBJECION A UN DICTAMEN PERICIAL, POR ERROR — CONSIDERACIONES SOBRE EL PUNTO.

No hay lugar a declarar infundada o nó la objeción propuesta al dictamen pericial en el estado actual del juicio, sino a que los peritos funden su dictamen.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE NEGOCIOS GENERALES BOGOTA, JUNIO DOCE DE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO.

(Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

I. Se ha llegado la oportunidad de resolver el incidente sobre error, propuesto por el señor Procurador General de la Nación, con ocasión de la prueba pericial practicada en esta instancia para determinar los perjuicios que se demandan a la Nación, motivados por el accidente automovilario a que se refiere el juicio.

El señor Procurador, en el escrito respectivo, tacha los dictámenes periciales de los doctores Jaramillo Arango y Gutiérrez Ferreira, y señala como primer motivo el siguiente: que los peritos incurrieron en error grave, al fijar los perjuicios materiales

sufridos por la demandante señora Castro de Olarte, con motivo de la muerte de su hija, la señorita Julia Olarte Castro, al considerar que ésta ganaba una suma de $ 70 mensuales, los cuales invertía de la siguiente manera: $ 50, que entregaba a la señora Castro de Olarte, y $ 20, que invertía en sus gastos personales; pues al efecto: basta considerar que la señorita Olarte Castro, según los demandantes, desempeñaba un puesto en una de las principales casas de comercio de la ciudad de Cartagena, y no es posible que con la expresada suma pudiera ella atender al pago de habitación, vestuario y manutención, dado el costo de la vida en aquella ciudad, lo cual se hace menos posible, si se atiende a la circunstancia de que la citada señorita Julia Olarte Castro atendía también al sostenimiento de unos parientes menores suyos, por lo que no es presumible que pudiera gastar menos de $ 50 del sueldo que devengaba, y, por lo tanto, no le quedaría disponible para atender a su señora madre sino la suma de $ 20 mensuales.

Durante el término probatorio del incidente, el señor Procurador pidió, e hizo practicar algunas pruebas en apoyo de la tacha propuesta, y así se tomaron los testimonios de los señores Julio Uribe Granjales, Enrique Otero D'Acosta y Eduardo L. Gerlein, quienes hablan sobre el costo de la vida en las ciudades de Cartagena y Barranquilla en el año de mil novecientos veintinueve, y después de algunas consideraciones, llegan a la deducción de que una persona empleada en una casa de comercio no podía vivir y atender a sus gastos personales con una suma inferior a la cantidad de $ 50 mensuales.

Por el aspecto que presenta la tacha, el señor Procurador, parece que se halla demostrado que el cálculo que tuvieron en cuenta los peritos puede hacerse a la inversa, para deducir lo que la señorita Julia Olarte podía retirar cómodamente de su sueldo en favor de su señora madre, pues se halla muy fundada en razón la consideración que hacen los testigos en apoyo de su aserto, porque si los datos en que toman pie son exactos, como es de presumirse, la conclusión de que con $ 20 no podía la señorita Julia Olarte Castro atender a los gastos de alimentación—que eran mayores—según los testigos, tiene todo el apoyo suficiente.

Otro de los peritos, el doctor Nicolás García Zamudio, se aparta del dictamen de los peritos Jaramillo Arango y Gutiérrez Ferreira, en el punto que se viene estudiando, y hace una apreciación muy aproximada a la que presentan los testigos.

Pero por el momento lo que interesa para resolver el incidente sobre error, es saber si realmente se ha incurrido en él por parte de los peritos Jaramillo Arango y Gutiérrez Ferreira, porque si tal cosa ha sucedido, será el caso de verificar nueva diligencia sobre este punto.

La prueba pericial tiene que ser estudiada precisamente por el Juez o Magistrado que conoce del negocio, y la misma ley le da facultades expresas al juzgador para apartarse de esos dictámenes, que al fin no vienen a ser sino una base que se le presenta al Juez para hacer la apreciación definitiva.

Como ya se vio, sobre el punto discutido, uno de los peritos opina de distinta manera a los otros dos, de modo que en la integridad del dictamen pericial no hay propiamente error, pues la Corte podría acoger, llegado el caso, el dictamen del perito doctor García Zamudio, y prescindir de los otros; y porque tampoco se podría decir de una manera absoluta, que los peritos Jaramillo Arango y Gutiérrez Ferreira incurrieron en error al hacer el avalúo por causa de la muerte de la señorita Julia. Cuando ellos dieron esa apreciación no figuraban en el juicio los testimonios de los señores arriba nombrados, y sobre ese particular verificaron una estimación personal; y así, desde ese punto de vista en que ellos se situaron, no es completamente imposible que la señorita Julia hubiera podido vivir y atender a sus demás gastos con sólo la suma de $ 20 mensuales. Pudo, por tanto, la señorita necesitar solamente $ 20 para sus gastos, pero eso en una hipótesis de excepción, no de regla general. De ahí al error, que es concepto o juicio falso sobre una cosa, hay mucha distancia, y por eso la afirmación de que él existe, en el caso que se analiza, no puede ser acogida por la Corte.

De manera que en cuanto a la integridad del dictamen pericial, no está comprobado el error; y en cuanto a la apreciación que sobre el punto discutido hacen los peritos Jaramillo Arango y Gutiérrez Ferreira, la tacha es simplemente relativa y no absoluta. Por tanto, no estando acreditado el error, el dictamen no tiene porqué reponerse, y a su debido tiempo, al proferirse la sentencia, la Corte hará la apreciación definitiva respecto de los perjuicios causados por la muerte de la señorita Julia Olarte Castro, y teniendo en consideración no sólo los dictámenes emitidos, sino todas las demás pruebas que obran en el pleito.

II. Otro punto que también considera erróneo el señor Procurador General de la Nación, respecto de los dictámenes de los doctores Jaramillo Arango y Gutiérrez Ferreira, es el siguiente: que los peritos confundieron las sumas que el señor Luis Olarte de Castro gastaba en el sostenimiento de toda su familia, con la suma que gastaba o podía haber gastado en el niño Luis Olarte Borda, y de esa conclusión llegaron a determinar como perjuicios sufridos por el menor, una suma que de ninguna manera puede constituír los perjuicios realmente sufridos por el referido menor. Y a esta observación agrega el señor Procurador la de que los peritos no tuvieron en cuenta ni analizaron en forma alguna, el hecho comprobado en autos, de que el menor Luis Olarte Borda falleció dos días después de la muerte de su padre, señor Luis Olarte de Castro, y en consecuencia, no existe razón ni fundamento alguno sobre qué basar la determinación de los referidos perjuicios.

Los perjuicios que se dice sufrió el menor Luis Olarte Borda con la muerte de sus padres, fueron estimados por los peritos Jaramillo Arango y Gutiérrez Ferreira en la cantidad de $ 19,000, y por el perito doctor García Zamudio, en la cantidad de $ 10,000.

De las observaciones que hace el señor Procurador para resaltar la tacha sobre error, es la de más significación la relativa a la circunstancia de que el

menor falleció dos días después de la muerte de sus padres.

A la Corte le parece realmente desproporcionada la apreciación que hacen, no sólo los peritos Jaramillo Arango y Gutiérrez Ferreira, sino también la que da el perito doctor García Zamudio. Por el momento no se podrá decir que esas apreciaciones sean erróneas, y será del caso solicitar de todos los tres peritos, que fundan mejor el concepto que rindan para determinar los perjuicios ocasionados al menor. Los peritos parten de la base de que hay perjuicios, premisa que probablemente no necesita mayor demostración; pero en cuanto al monto de esos perjuicios, en la forma en que han sido liquidados, los dictámenes no tienen fundamentos explicativos, a lo menos de una manera suficiente, y como la apreciación que se ha hecho es de tanta trascendencia en este pleito, bien vale la pena darles oportunidad a los peritos para que expliquen mejor sus dictámenes.

Ha dicho la Corte que no encuentra suficientemente razonados los dictámenes periciales. Para ponerlo de presente, hasta considerar que, a pesar de que el menor Luis Olarte Borda falleció dos días después de sus padres, los señores peritos imaginan prolongada la existencia de dicho menor por el tiempo de veintidós años más, y sobre esa base hacen el cálculo de los perjuicios, sin tener en cuenta tampoco en esa hipótesis, que el dicho menor podía no ser hijo único, ya que los padres estaban jóvenes y en capacidad de traer otros hijos al matrimonio, y porque tampoco se hizo consideración a los gastos que el padre habría de hacer para sostener a la madre de ese menor durante los veintidós años de vida que los peritos le suponen.

Es interesante conocer las razones que tengan los peritos para considerar prolongada la vida del menor, al propio tiempo que la del padre, para basar en esa consideración la indemnización correspondiente. Parece que el perjuicio que se trata de fijar por los peritos es el que pudo sufrir el menor por la muerte de su padre, si el niño viviese aún y careciese del apoyo de aquél. Si otro es el pensamiento de los peritos en este punto, que los lleva a apartarse de la realidad en cuanto al fallecimiento del menor, para hacer la hipótesis de que habría de vivir veintidós años más, es conveniente que los señores peritos expongan con claridad las bases en que apoyan su dictamen.

En definitiva, antes que considerarse errónea la apreciación de los señores peritos, debe solicitarse la explicación que la Corte desea.

III. El señor Procurador General de la Nación tacha también por error las apreciaciones de los peritos al fijar los perjuicios, tanto desde un punto de vista material como desde un punto de vista moral, ocasionados a los demandantes, señora Cleofe de Castro de Olarte y el señor Alfredo Borda. El objetante afirma que, de acuerdo con nuestra legislación, no es posible aceptar la existencia de perjuicios morales desvinculados de un daño patrimonial, y en que los peritos están de acuerdo en que los demandantes, si bien sufrieron una pena aflictiva con la muerte de sus parientes, esta muerte no tuvo ninguna repercusión de su patrimonio, quedando, por tanto, totalmente desvinculada de un daño patrimonial, y que, de consiguiente, avaluar en dinero la pena aflictiva en sí misma, sin repercusión alguna en el patrimonio, constituye un grave error.

La observación que hace el señor Procurador no prueba precisamente el error en que dice incurrieron los peritos, por cuanto la misma naturaleza de los daños causados que se supone son morales descarta la posibilidad de percibir objetiva y materialmente las repercusiones en el patrimonio de las personas afectadas con los daños morales. La observación del objetante tiene su importancia como base para calcular la posibilidad de los perjuicios morales, pero no para desechar la estimación verificada por los peritos.

A su debido tiempo, en la sentencia, la Corte sabrá darle valor a la observación que hace el señor Procurador General de la Nación para determinar en dinero la cuantía de los perjuicios morales.

Las objeciones que hace el señor Procurador al dictamen del perito doctor García Zamudio, se dejan resueltas de una manera conjunta, al apreciar las tachas formuladas, y de que se ha hablado anteriormente.

En consecuencia, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

En el estado en que se encuentra este negocio no hay lugar a declarar erróneos los dictámenes periciales emitidos para determinar los perjuicios que se cobran en este pleito; pero sí hay lugar, y así se resuelve, a que los señores peritos, doctores Rubén Jaramillo Arango, José A. Gutiérrez Ferreira y Nicolás García Zamudio fundan los dictámenes que han rendido en relación con la apreciación que han hecho de los perjuicios sufridos por el menor Luis Olarte Borda, y teniendo en consideración las observaciones que sobre el particular deja hechas la Corte.

Esta ampliación del dictamen la harán dentro del término de seis días.

Cópiese y notifíquese.

ANIBAL CARDOSO GAITAN—Pedro Sanz Rivera, Secretario.

OBJECIONES A UN DICTAMEN PERICIAL—ANALISIS DE LAS ALEGACIONES DEL OBJETANTE

Se declaran no probadas las objeciones.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA—SALA DE NEGOCIOS GENERALES—BOGOTA, JUNIO DOCE DE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO.

(Magistrado sustanciador, doctor Cardoso Gaitán).

Entre las pruebas pedidas por parte de la Nación en el juicio ordinario que sobre indemnización de perjuicios adelantan la señora Cleofe de Castro de Olarte y el señor Alfredo Borda, el señor Procurador General de la Nación solicitó la práctica de una diligencia de inspección ocular con peritos, para aclarar varios puntos relacionados con el accidente automovilario que dio base a la demanda.

La diligencia se llevó a efecto el día once de agosto próximo pasado, en presencia de las partes, con intervención de los peritos principales señores Sixto Barriga Villalba y Bernardo Vanegas Vargas, y el tercero, señor Víctor Martínez Rivas. Los peritos rindieron informe escrito con posterioridad al acto de la diligencia, y separadamente el perito Vanegas Vargas. El perito tercero también conceptuó por separado, acogiendo el dictamen del perito principal, Barriga Villalba.

Los dictámenes fueron puestos en conocimiento de las partes en oportunidad, y con tal motivo el doctor Rafael Ruiz Manrique, apoderado de la parte actora, en escrito visible a folios 35 a 40 del cuaderno número 8, objeta los dictámenes del perito de la Nación y el tercero. Sustanciado como se encuentra ya el incidente sobre error en los dictámenes enunciados, es el caso de resolver lo que fuere legal.

El primer motivo de error que se anota a los dictámenes de los peritos Martínez Rivas y Barriga Villalba, se hace consistir en que no es exacta la afirmación que hacen los peritos cuando deducen que una persona colocada en el sitio que ocupaba la línea férrea en la carrera 14, y en el punto que la atraviesa la calle 48, al estar colocada en el centro de la vía, o sobre el riel oriental, mirando hacia el sur, puede perfectamente divisar una locomotora con su tren correspondiente, a una distancia de unos 1.500 metros, poco más o menos; y el objetante dice que ello no es posible, porque viéndose de frente una locomotora que arrastra un convoy, y siendo recta la línea, el volumen de la locomotora intercepta la vista del convoy, y porque de la calle 43 hacia el norte la línea tiene un descenso que no permite ver hacia atrás, o sea hacia el sur del convoy del tren.

La segunda razón en que se apoya el objetante, lejos de favorecer la afirmación que hace, la desvirtúa, por cuanto la pendiente de que habla en la línea férrea puede dar oportunidad a que se domine con la vista más fácilmente el convoy del tren.

El error que anota el objetante no aparece comprobado, porque en apoyo de la idea que sostiene no se ha verificado prueba alguna a efecto de establecer si realmente se produce el fenómeno en la forma que lo pinta el objetante. Y mientras esa prueba no exista en los autos, la objeción por error tiene que desecharse, sin que ello quiera decir tampoco que el juzgador esté obligado a darle completo asentimiento a la conclusión objetada de los señores peritos. Al proferirse la sentencia, la Corte tendrá que volver nuevamente sobre este punto, y adoptará las soluciones que mejor se conformen con la realidad de las cosas.

El segundo motivo de error se anota así por el doctor Ruiz Manrique:

"En cuanto al punto c) del interrogatorio, el perito Martínez Rivas no lo contesta. Esta circunstancia lo hizo incurrir en el error grave al afirmar que el chofer del automóvil número 845 tenía que ver el peligro, y darse cuenta exacta de frenar o de detener el automóvil o acelerar la marcha y atravesar la carrilera, ya que tenía tiempo y **espacio suficiente** para evitar el accidente. Si el perito Martínez Rivas no sabe ni conoce la distancia entre el paramento del costado oriental de la carrera 14 y la carrilera, mal puede afirmar que el chofer tenía espacio suficiente para frenar."

La sustentación de este punto por parte del objetante le impone el deber de demostrar que el perito equivocado no se dio cuenta de la distancia que media entre el paramento del costado oriental de la carrera 14 y la carrilera; pero es de lógica presumir que habiéndose practicado con su intervención una diligencia de inspección ocular, el perito pudo darse cuenta de la distancia que dejó de anotar al dar contestación al punto c) de la cuestión propuesta por el señor Procurador. Esa distancia está anotada en los dictámenes de los otros dos peritos, de modo que integralmente no hay el vacío que anota el objetante. La cuestión de la distancia es fundamental en la diligencia pericial, y ha debido tomarse nota de ella por el propio Magistrado que intervino en aquel acto. De manera que el punto no ofrece error, sino simplemente una deficiencia enteramente accidental en la diligencia pericial.

La irregularidad anotada se podría subsanar haciendo que el perito Martínez Rivas exprese la distancia que dejó de anotar y que fue materia del interrogatorio expresamente formulado por el señor Procurador, pero como el perito terminó adhiriéndose en un todo al dictamen del perito Barriga Villalba, la deficiencia está prácticamente llenada.

También se hace objeción a la contestación que dan los peritos al punto d) del formulario del señor Procurador, que dice:

"d) Si dadas las anteriores condiciones en el cruzamiento de la calle 48 con la carrera 14, un chofer hábil, manejando un carro que estuviera en condiciones adecuadas de servicio, al pretender cruzar esa carrera en la dirección Oriente-Occidente, ¿podía localizar una locomotora que marchara de Sur a Norte, y tenía tiempo y espacio suficientes para frenar el carro, o para darse cuenta de que podía atravesar la carrilera, sin peligro alguno para el conductor, el carro y sus ocupantes?"

Esta pregunta la contestan afirmativamente los peritos Barriga Villalba y Martínez Rivas, y el doctor Ruiz Manrique, para demostrar que han incurrido en error, hace largas consideraciones, que al fin las sintetiza así:

"Concretando esta objeción, tenemos que no conociéndose por los peritos la distancia de los vehículos, ni la velocidad de ellos, no pueden afirmar que el chofer haya tenido tiempo suficiente para atravesar la carrilera."

Aquí tampoco se ha puesto de presente el error que anota al objetante. Los peritos dieron respuesta a la cuestión formulada por el señor Procurador, teniendo en consideración las mismas bases que se exponen en la pregunta. Cabe anotar que el señor Procurador no se refirió en su cuestionario marcado con la letra d) al caso del siniestro automovilario verificado en el cruzamiento de la calle 48 con la carrera 14, sino que simplemente propuso un caso concreto, y al cual dieron contestación los peritos. Los peritos no tenían porqué tomar en consideración detalles como el de la velocidad a que iban el tren y el automóvil el día del siniestro, detalles no incluídos en la pregunta.

Señálase como error grave el haber afirmado los peritos, al hablar del automóvil objeto del accidente, que no se encontraba en buenas condiciones, afirmación que los peritos no hacen de una manera categórica, sino sobre una base de posibilidad.

Para demostrar el error en que incurrieron los peritos en este punto, hacaba al objetante dar la prueba, que sería la de que el carro sí estaba en buenas condiciones de servicio, pero esa demostración no se trajo a los autos.

Anótase también como errónea la afirmación que hace el perito Barriga Villalba, cuando dice:

"Teniendo en cuenta el sitio en que se efectuó el accidente, las condiciones del terreno, el amplio campo de visibilidad, etc., en mi concepto, los ocupantes del vehículo habían tenido tiempo suficiente para descender de él y ponerse a salvo del choque con el tren."

Y el error se pretende poner de presente por parte del doctor Ruiz Manrique, con la observación de que no se ha podido conocer la distancia a que venía el tren cuando el automóvil desembocó sobre la carrera 14; pero debe tenerse presente que esa afirmación la hace el perito al dar contestación al punto c) del cuestionario del señor Procurador, que tiene como base la indagatoria rendida por el chofer Llanos, de modo que la conclusión del perito tiene como norma el relato del chofer, que le dio base al perito para dar la contestación que aparece, y que se estimará a su debido tiempo.

También se hace objeto de tacha la afirmación de los peritos, cuando dicen que el accidente no pudo ocurrir por fuerza mayor o caso fortuito, y que él se debió exclusivamente a impericia, falta de destreza o imprevisión de su conductor, señor don Luis Alfonso Llanos. Esta objeción imponía también al objetante el deber de dar la prueba de sus asertos, y además entraña una petición de principio, acerca, precisamente, del problema capital sobre que rueda este pleito, como es el de saber de parte de quién estuvo la culpabilidad en el accidente desgraciado de la calle 48.

Idéntica cosa se puede decir de la objeción a que se refiere el punto séptimo del memorial de objeciones del doctor Ruiz Manrique. Todas las conjeturas que hacen los peritos al dar contestación al cuestionario propuesto por el señor Procurador, sirven para ilustrar el punto fundamental discutido en este negocio, y hasta las mismas consideraciones que hace el doctor Ruiz Manrique ayudan a esclarecer los hechos que se han investigado. No son propiamente objeciones, sino observaciones, las que hace últimamente el objetante, y a ellas se les procurará dar a su debido tiempo todo el valor que merecen.

Por lo tanto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

No se han demostrado las tachas sobre error propuestas por el apoderado de la parte actora en relación con los dictámenes rendidos por los peritos, señores Sixto Barriga Villalba y Víctor Martínez Rivas.

Cópiese y notifíquese.

ANIBAL CARDOSO GAITAN.—**Pedro Sanz Rivera**, Secretario.

DEMANDA EJECUTIVA POR PERJUICIOS—ARTICULO 982 DEL CODIGO JUDICIAL—APRECIACION DEL TRIBUNAL SOBRE OBLIGACION DE "NO HACER," QUE NO ACOGE LA CORTE POR ESTIMAR QUE FUERON DE "HACER" LAS OBLIGACIONES CONTRAIDAS POR EL DEPARTAMENTO. LA OBLIGACION DE HACER, PARA QUE SEA EJECUTABLE, DEBE SER ACTUALMENTE EXIGIBLE—NO ES ACTUALMENTE EXIGIBLE LA OBLIGACION DEMANDADA.

Se confirma el auto del Tribunal que negó la ejecución demandada.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA—SALA DE NEGOCIOS GENERALES—BOGOTA, JUNIO TRECE DE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO.

(Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

En demanda llevada al Tribunal Superior de Cundinamarca el veintiuno de junio de mil novecientos treinta y cuatro, se hace la siguiente petición:

"Yo, José Antonio Barbosa, mayor y vecino de Bogotá, obrando en nombre y representación del señor Senén Rodríguez, también mayor de edad y de mi misma vecindad, y de la sociedad anónima denominada 'Consorcio de Fermentadas, S. A.,' con domicilio en Bogotá, solicito atentamente libréis mandamiento ejecutivo a favor de mis representados (el señor Senén Rodríguez y el Consorcio de Bebidas

Fermentadas, S. A.), y en contra del Departamento de Cundinamarca, representado por el señor Fiscal de ese Superior Tribunal, por la suma de trescientos sesenta mil pesos ($ 360,000) moneda corriente, en que bajo juramento estimo los perjuicios causados por el Departamento ya citado, con motivo de la infracción del contrato firmado el veintitrés de marzo de mil novecientos treinta y tres, y aprobado con algunas modificaciones por la Gobernación de Cundinamarca el día treinta del mismo mes."

Como causa o razón de la demanda se expusieron los hechos siguientes:

"Entre el Departamento de Cundinamarca y mis representantes, se celebró y firmó el contrato ya citado, en el cual se establecieron prestaciones mutuas. El señor Senén Rodríguez y el Consorcio de Bebidas Fermentadas, S. A., han cumplido el contrato en su totalidad, y se han allanado a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.

"En cambio, el Departamento ha infringido el contrato, violando especialmente las cláusulas **décima** y **décimasexta**, que dicen así:

'Décimo. El Gobierno mantendrá al Consorcio en el goce de este contrato por el término de dos años y medio (2½), siempre y cuando que se ciña a las cláusulas que contiene.'

'Décimosexto. El Gobierno prestará al Consorcio el apoyo indispensable para la ejecución de este contrato, dentro de las bases estipuladas en el mismo.'"

A la demanda acompañó el actor el documento privado contentivo del contrato, el cual aparece reconocido ante el Notario 4º de este Circuito, por quienes lo suscribieron, o sean el Gobernador del Departamento, Liborio Cuéllar Durán; su Secretario de Hacienda, Rafael Abello Salcedo; Manuel Antonio Torres, en su carácter de Administrador General de las Rentas Departamentales de Cundinamarca, y Senén Rodríguez, en la condición antes expresada; el número de la **Gaceta de Cundinamarca** en que fue publicado el contrato; copia del extracto registrado en la Cámara de Comercio, que acredita la formación de la Compañía demandante, y el nombramiento de Senén Rodríguez como Gerente; los poderes respectivos para la presentación de la demanda; tres cheques girados por el Consorcio por sumas de dinero, dos de ellos a favor del Recaudador de Bebidas Fermentadas, y el otro para Guillermo Correal, con copia de la nota de envío de los cheques, y las de devolución de la Visitaduría de Rentas; la carta del Administrador General de Rentas, de veinte de abril de mil novecientos treinta y cuatro, en que pregunta al Gerente del Consorcio si acepta una terminación amistosa, pura y simple del contrato, en vista de que su estudio arroja la conclusión de que es ilegal, y que el Departamento, por tanto, no lo puede seguir cumpliendo; y, por último, los documentos que acreditan la condición oficial en que obraron las personas que intervinieron en la celebración del contrato.

Con fecha diez y seis de julio del año último, el Tribunal Superior de Cundinamarca negó la ejecución pedida, y a virtud del recurso que oportunamente se interpuso contra esa providencia, vinieron los autos a la Corte, donde se oyó ya el concepto del Procurador General de la Nación y se recibieron los alegatos que las partes tuvieron a bien presentar.

El documento que ha traído la parte actora para exigir ejecutivamente el pago de la suma de $ 360.000, en que estimó, bajo juramento, el valor en que aprecia los perjuicios que el Consorcio de Fermentadas ha sufrido con motivo de no haber cumplido el Departamento de Cundinamarca el contrato celebrado, debe examinarse desde el punto de vista por el cual se quiere pedir la indemnización de perjuicios estimada en dinero. Entre otras disposiciones citadas en la demanda, se encuentra el artículo 982 del Código de Procedimiento, que dice:

"Puede exigirse ejecutivamente toda obligación que conste en acto o documento que provenga del deudor o de su causante, y constituya por sí solo, según la ley, plena prueba contra él, o que emane de una decisión judicial que deba cumplirse. Se requiere, además, que del documento o la decisión judicial resulte a cargo del demandado una obligación expresa, clara y actualmente exigible de hacer, o de entregar una especie o cuerpo cierto, o bienes de género, o de pagar una cantidad líquida de dinero."

Al hacer el estudio del contrato, el Tribunal observa que hay obligaciones recíprocas para ambas partes, en lo cual está cierto, siendo una de las obligaciones de la Compañía la de pagar al Departamento $ 1.300 diarios, y con derecho a un abono o compensación, de que allí se habla; a su turno, y esto es lo esencial, desde el punto de vista de la demanda, el Departamento se obligó a mantener al Consorcio en el goce del contrato por el término de dos años y medio (2½), permitiéndole a esta entidad el recaudo de la renta, "de acuerdo con la facultad que le transfiere la Gobernación en virtud de la autorización dada en la Ordenanza 29 de 1925, en su artículo 40."

Haciendo la interpretación del contrato, el Tribunal, dice que en el fondo lo que realmente se pactó fue un renunciamiento al derecho que tenía el Departamento para administrar directamente la renta de licores, es decir, que se impuso al Departamento una obligación de **no hacer** en favor del Consorcio, y sentada esta base, el Tribunal observa que como entre las obligaciones que prestan mérito ejecutivo no está enumerada la de **no hacer** por el artículo 982 del Código Judicial, no tiene, por consiguiente, el actor el amparo ejecutivo que allí se establece.

No comparte la Corte el concepto anterior, porque hecho el contrato, y habiéndose estipulado en él que el Gobierno mantendría al Consorcio en el goce de dicho convenio, se sentó una base de carácter naturalmente positivo, como objeto de la obligación, que fue el goce del contrato mismo que le dio derecho al Consorcio para hacer el recaudo de la renta. El Departamento se obligó por el contrato a establecer y mantener un estado de cosas tal, que le permitiera al contratista el ejercicio de su derecho principal, el de cobrar el impuesto sobre las bebidas. Y para la realización de sus fines, el Consorcio obtuvo del Departamento el compromiso, por parte de éste, de prestarle a aquél el apoyo indispensable para la ejecución del contrato, dentro de las bases estipuladas en el mismo. El Departamento contrajo,

pues, obligaciones de hacer respecto del contratista, como son las que resultan al poner en relación las cláusulas décima y décimasexta del contrato.

Pero de que se trate de obligaciones de hacer no se deduce necesariamente que ellas tengan mérito ejecutivo. La obligación de hacer, para que sea ejecutable, debe ser **actualmente exigible**, según los términos del artículo 982 del Código Judicial.

El contrato entre el Departamento de Cundinamarca y el Consorcio tiene una cláusula del siguiente tenor:

"10. El Gobierno mantendrá al Consorcio en el goce de este contrato, por el término de dos años y medio, **siempre y cuando que se ciña a las cláusulas que contiene.**" (Subraya la Corte).

Así, pues; las obligaciones del Departamento, para que sean exigibles por el Consorcio, requieren que éste cumpla, por su parte, con las que le impone el contrato. Hay obligaciones para ambas partes, simultáneas o coexistentes, y además, obligaciones que deben ser cumplidas previamente por el Consorcio, en relación con las del Departamento. Este se comprometió a mantener al Consorcio en el goce del contrato por el término de dos años y medio, y a prestarle el apoyo necesario para la realización de los fines del mismo; pero al propio tiempo que estas obligaciones nacían para el Departamento, con el sólo perfeccionamiento del contrato, también surgían para el Consorcio otras varias, cuyo cumplimiento lo obligaba desde la iniciación del convenio. Es decir, que para que el Consorcio pudiera exigir del Departamento el cumplimiento de sus compromisos, entre ellos el de mantenerlo en el goce del contrato, debía acreditar que él había cumplido hasta el momento de la demanda las obligaciones que el contrato le imponía. La expresión del convenio "siempre y cuando que se ciña a las cláusulas que contiene," dejó al contratista sujeto a la carga de la prueba del cumplimiento oportuno y permanente de sus obligaciones.

Para el demandante no ha pasado por alto este aspecto esencialísimo del problema, y así dice que el Consorcio ha cumplido con todas las obligaciones que le impone el contrato, y que está dispuesto a cumplirlas, y a ese fin obedece, sin duda alguna, la presentación de los tres cheques que no le fueron aceptados por los empleados del Departamento. Con ello ha manifestado el contratista su propósito de cumplir las obligaciones en **dinero** a que lo obliga el contrato, pero ha guardado silencio sobre la manera como ha cumplido el resto de las obligaciones que emanan de aquella convención, y que están expresamente estipuladas en el documento que se ofrece como base de la ejecución.

En efecto: el punto primero del contrato es del siguiente tenor:

"El Consorcio se compromete a adoptar las medidas y providencias necesarias para que la chicha (sic) se produzca en Bogotá, se ofrezca al público en las mejores condiciones de higiene y libre de ptomaínas, de tal modo que antes de un año tal bebida se esté dando al consumo en esas condiciones."

Y en el décimoquinto se estipuló lo siguiente:

"En la interpretación y cumplimiento de este contrato se tendrá como norma el que su objeto es el de sustituir las actuales bebidas fermentadas, prohibidas por la ley, por chicha que reúna las condiciones de higiene, y tanto el Gobierno como el Consorcio harán cuanto fuere legalmente necesario para la realización de esos fines."

Como se ve, en el contrato se eleva a objetivo principal el deber en que está el contratista, y también el Departamento, de adoptar las medidas y providencias necesarias para producir una chicha en las mejores condiciones de higiene; llegándose hasta explicar que en la fecha en que se hizo el contrato se estaba dando al consumo del público una chicha tan nociva, que estaba prohibida por la ley, y que debía ser sustituída en el término de un año por otra de condiciones aceptables.

Con la demanda no se trajo ninguna comprobación respecto de los fines esenciales que se tuvieron en mira para la celebración del contrato, en relación con la calidad de la chicha, y como esa obligación corresponde también al Consorcio, no se puede concluir que éste haya cumplido todas sus obligaciones, como se afirma en la demanda, dando al consumo del público una chicha que no merezca reparo alguno por la Dirección de Higiene, que indudablemente será la entidad indicada para hablar sobre el particular.

Y además de la señalada, se pueden indicar otras obligaciones a cargo del Consorcio, respecto de las cuales tampoco aparece demostrado su cumplimiento.

No es, por tanto **actualmente exigible** la obligación que se demanda, ya que no aparece acreditado que el Consorcio haya cumplido con las obligaciones que el contrato le impone.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, de acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **confirma** la providencia apelada.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

PEDRO A. GOMEZ NARANJO.—**Aníbal Cardoso Gaitán.—Eleuterio Serna R.—Mario Cajiao,** Oficial Mayor.

EXCEPCIONES DE EXTINCION DE LA OBLIGACIÓN, INSUFICIENCIA DEL TITULO EJECUTIVO, ERROR DE CUENTA Y DOLO—RENUNCIACION DE UNA FIANZA.

Se declara: que si la fianza para asegurar el manejo de un empleado de Rentas es ilimitada, se extiende a todo el alcance que se deduzca al fiado; que la fianza no se extingue por la renunciación que haga el fiador, si ella no es aceptada por el acreedor, pues las obligaciones no se extinguen sino por los medios legales, y la renunciación no es uno de éstos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA—SALA DE NEGOCIOS GENERALES—BOGOTA, JUNIO QUINCE DE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO.

(Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna E.).

El veintiséis de agosto de mil novecientos treinta y dos, el señor Tesorero del Departamento de Nariño libró ejecución a favor de ese Departamento y contra los señores Juan Reyes V. y Guillermo L. Zarama, por la suma de seiscientos noventa pesos cuarenta y tres centavos ($ 690-43) y sus intereses respectivos.

Después de muchos incidentes acaecidos en la actuación, ha pedido llegar éste de excepciones, al estado de resolución definitiva.

Propuso el ejecutado Reyes V., y después adhirió a ellas el otro demandado, señor Zarama, las excepciones de extinción de la obligación; otra que denominó "sustracción del título jurídico que pudiera servir de base para que el mandamiento de pago tuviera eficacia firme y valedera," aclarada más tarde por Zarama, en el sentido de que tal excepción consiste en la carencia o insuficiencia del título ejecutivo; y las de error de cuenta y de dolo.

Para que el asunto se vea claro, la Corte reproduce lo siguiente, relacionado con la excepción de extinción de la obligación. Dice el Tribunal de Nariño:

"Para sostener dicha excepción alega el señor Reyes V. lo que se transcribe:

"a) La perentoria de la extinción de la obligación, como fiador que fuí de Guillermo Zarama, la fundamento en que a los pocos días de haber contraído dicha obligación, la renuncié expresamente; y entonces el Administrador de las Rentas Departamentales, en la Sección de la Provincia de Pasto, no admitió la renuncia, por lo menos implícitamente, sin que hasta la hora aquella mi fiado hubiera tenido alcance alguno, según rezan los autos, y cuyas copias, que son las pertinentes, las presentaré al Tribunal Superior cuando se rituen las excepciones.

"Después de la renuncia que hice del cargo de fiador del citado Zarama, fueron nombrados cuatro Agentes para que desempeñasen tal empleo en el Corregimiento de Nariño: el primero fue don Absalón Rodríguez, quien le recibió a Zarama el puesto de Agente del precitado Corregimiento, el catorce de diciembre de mil novecientos treinta, sin que del inventario que se formó resultara alcance de ninguna especie; pero después de Absalón Rodríguez fueron designados como segundo, tercero y cuarto, otros individuos, y como ninguno de ellos aceptara, fue reelegido Guillermo Zarama, y por tal ocurrencia, el Administrador de Rentas, don Rodolfo Rosero, **ad libitum**, sin consultar mi voluntad, he sabido que en el decreto de nombramiento se dijo que en esta segunda etapa continuara desempeñando el empleo bajo la garantía del demandante.

"Por cuanto los hechos que se afirman en los apartes transcritos no concuerdan con la realidad, se hace preciso exponer sintéticamente la historia de lo sucedido, según aparece de las probanzas que contiene el proceso, para fundar en hechos verdaderos las decisiones de la Sala.

"Por Decreto número 267, de 21 de abril de 1930, el señor Guillermo L. Zarama fue nombrado Agente de Rentas del Corregimiento de Nariño. Para desempeñar tal cargo presentó como fiador personal y solidario al señor Juan Reyes V., quien, por documento de tres de mayo del propio año, se obligó como tal para garantizar ante el Gobierno y el Tesoro Departamental el cumplimiento fiel de todas las obligaciones inherentes al empleo de manejo, para el que había sido nombrado Zarama, con quien se comprometió mancomunada y solidariamente a responder, no sólo de la suma de quinientos pesos oro, cuantía de la fianza, sino también por cualquiera otra suma que se deduzca a cargo de su fiado durante todo el tiempo del manejo de éste, bien sea que éntre a funcionar por nuevo nombramiento en propiedad, o bien como interino, o bien con nueva denominación del cargo, si sustancialmente era el mismo empleo que se aseguraba. Asimismo declaró expresamente que aceptaba como incorporadas al documento de fianza todas las disposiciones de leyes, ordenanzas y decretos expedidos y que se expidan en relación con el manejo de rentas.

"Así las cosas, habiendo entrado Zarama a ejercer el referido cargo, don Juan Reyes V., por escrito de veintiuno de mayo de mil novecientos treinta, dirigido al señor Administrador de Rentas, manifestó que por circunstancias particulares se veía en el caso de levantar la fianza que había prestado en favor de aquél, y que esperaba se sirviera declararlo así, solicitud que fue decretada por el empleado a quien fue dirigida, en el sentido de 'no aceptar lo pedido.'

"Se comprende que en razón de la actitud del fiador señor Reyes V., el empleado Zarama renunció el cargo, y según Decreto número 375, de 12 de junio de 1930, dicha renuncia fue aceptada, y nombrado en lugar de Zarama el señor Luis T. Gálvez, quien, después de haber rendido fianza, no entró a ejercer el empleo. Por tal motivo, esto es, por cuanto Gálvez dejó transcurrir el tiempo legal sin posesionarse, por Decreto número 445, de 18 de julio del año tántas veces citado (1930), se declaró vacante dicho empleo, y se reelegió a Guillermo Zarama, quien aún se hallaba ejerciendo el cargo, y se ve que éste

ni rindió nueva fianza, ni tomó nueva posesión, pues estos actos que serían decisivos en el asunto, no se han acreditado, y ni siquiera se han afirmado. Y así, Zarama continuó, sin interrupción alguna, en el ejercicio del cargo de Agente de Rentas del Corregimiento de Nariño, hasta el seis de enero de mil novecientos treinta y uno, en que fue reemplazado por el señor Absalón Rodríguez."

Sobre estas bases, el Tribunal profirió su sentencia de doce de junio de mil novecientos treinta y cuatro, declarando no probadas las excepciones propuestas, la que fue apelada por el ejecutado Reyes V.

Para resolver, la Corte considera:

La manera como el Tribunal aprecia lo sucedido en lo que queda copiado, está de acuerdo con la verdad del proceso. La ofuscación que ha traído al expediente Reyes V. con el criterio errado, consiste en que él estima que por su renuncia a continuar sirviendo de fiador de Zarama, y por habérse nombrado en seguida varios reemplazos a éste, sus obligaciones de fiador se extinguieron. Perdió él de vista lo esencial en este debate: demostrar que alguno de los nombrados ejerció el cargo, y que si Zarama volvió al puesto, fue por nuevo nombramiento recaído en él, después de haber estado separado del empleo. Mas los autos dicen otra cosa, y están pregonando que Zarama sirvió su empleo sin interrupción, hasta que fue reemplazado por Absalón Rodríguez.

No basta el simple nombramiento para poderse decir que se ha ejercido un empleo. Antes del ejercicio está la posesión, y para que ésta se efectúe, es necesario el lleno de las formalidades previstas en la ley. Ahora, quien sirve un empleo no puede abandonarlo mientras el sustituto no entre a desempeñar el cargo, so pena de hacerse responsable a sanciones legales. Venía desempeñando el cargo de Agente de Rentas del Corregimiento de Nariño el señor Guillermo L. Zarama, bajo la fianza de Reyes V. Renunció éste—para usar sus propios términos—la fianza, y se nombró en su reemplazo a Luis T. Gálvez, el cual no se posesionó del cargo, porque dejó transcurrir el término legal que tenía para hacerlo, y se nombró de nuevo a Zarama, quien venía desempeñando el empleo en virtud del primitivo nombramiento. Por último, se nombró a Rodríguez, y éste sí aceptó y se posesionó.

Mientras todos los incidentes anotados pasaban, Zarama desempeñaba el empleo bajo la responsabilidad de Reyes V., porque con ésta entró a ejercer el cargo, y de éste sólo vino a retirarse cuando le hizo entrega de él a Rodríguez. E importa poco que Reyes V. hubiera hecho renuncia del cargo de fiador, pues las obligaciones no se extinguen sino por los medios legales, y no es la renuncia uno de ellos, a menos que por renuncia quisiera entender Reyes V. la existencia de una convención, en que las partes interesadas consintieran en darla por nula. Pero ni aun así podría exonerarse en el presente caso de sus obligaciones de fiador, porque no aparece por parte alguna del expediente el acuerdo de voluntades entre Reyes V. y el empleado autorizado, que hubiera aceptado la fianza. Los avisos que se daban al señor Zarama, diciéndole que su fiador no lo quería fiar más, no eran el relevo de la fianza: eran apenas la notificación que se le hacía para que reemplazara al fiador, si a bien lo tenía.

La fianza que contiene el documento suscrito por Reyes V., es de una claridad deslumbradora, y para ver hasta dónde se obligó voluntariamente, basta reproducir las letras b) y c) del documento, que dicen:

"b) La fianza que se constituye por este documento se extiende a todo el tiempo de mi manejo, servicio y responsabilidad, bien sea que entre a funcionar por nuevo nombramiento en propiedad, o bien como interino, o bien con nueva denominación del cargo, si sustancialmente es el mismo empleo que actualmente se asegura.

"c) Las obligaciones que contrae mi fiador para con el Tesoro del Departamento, no se extinguirán sino en virtud de la cancelación de esta fianza, que se obtenga en debida y legal forma, mediante el cumplimiento de los requisitos prevenidos en el capítulo 17 del Decreto-Ordenanza número 500 de 1911."

Lo dicho basta para fundar el rechazo a la excepción examinada; y la copia de las estipulaciones contenidas en las letras b) y c) del documento, están demostrando que la fianza no se ha extendido a más de lo que el fiador quiso obligarse, como parece insinuarlo el excepcionante Reyes V. en su alegato ante la Corte.

Las otras excepciones carecen de todo fundamento:

El **dolo** no se presume, y los actores no ensayaron demostrarlo.

El título ejecutivo es suficiente, porque se basa en un alcance definitivo, deducido por quien tiene autoridad para hacerlo, y en una fianza que, como se vio, tiene toda su fuerza legal. La obligación que garantiza la fianza es válida, y ésta fue contraída por persona capaz de obligarse como fiadora: aunque sea incierta la cantidad que se obligó a pagar el fiador, como fue la que resultara del mal manejo de los efectos o caudales del Departamento puestos bajo el cuidado de su fiado, es lo cierto que del contrato surgen todos los elementos suficientes para poder determinarla, y nadie osaría decir que no se puede afianzar una obligación sin antes determinar su cuantía. De la transcripción de las letras b) y c) del documento, hecha al analizar la primera excepción, se ve que la fianza no se hizo extensiva a más de lo que el fiador quiso, y como ésta era limitada, porque Reyes V. garantizó toda la obligación, sin poner límites a su responsabilidad, es de toda evidencia que el alcance deducido a su fiado lo alcanza también a él como fiador. El actor no pudo destruir la existencia de la fianza, luego tiene que arrostrar las consecuencias de su acto libre y voluntario, en el que se ve la intención clara, expresa e inequívoca respecto de su responsabilidad como fiador.

En cuanto a la excepción de error de cuenta, la Corte ha rastreado en busca de la equivocación que hubiera podido sufrir el empleado respectivo, pero

nada ha encontrado que pueda favorecer a los excepcionantes, y la forma como el Tribunal analizó esta excepción, está acorde con las constancias procesales.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia de doce de junio de mil novecientos treinta y cuatro, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto.

Con costas, las cuales se tasarán.

Estampíllese, publíquese, cópiese y notifíquese. Insértese en la Gaceta Judicial.

PEDRO A. GOMEZ NARANJO — Eleuterio Serna R.—Aníbal Cardoso Gaitán—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

—o—

EL TRIBUNAL A QUO REVOCA UN AUTO EJECUTIVO POR NO ESTAR DEBIDAMENTE ANULADAS LAS ESTAMPILLAS DE LA DEMANDA EJECUTIVA — SE ALEGA UNA IRREGULARIDAD DE PROCEDIMIENTO QUE NO RECONOCE LA CORTE PARA DECLARAR VICIADA DE NULIDAD LA ACTUACION—EL PUNTO TAN DISCUTIDO DE LA ANULACION DE LAS ESTAMPILLAS NO TIENE LA IMPORTANCIA QUE SE PRETENDE.

Se revoca el auto apelado, dejando subsistente el proferido anteriormente por el Tribunal Superior de Santa Marta, que libró ejecución contra el Departamento.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE NEGOCIOS GENERALES—BOGOTA, JUNIO VEINTIDOS DE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO.

(Magistrado ponente, Aníbal Cardoso Gaitán).

Por auto de fecha nueve de abril del año próximo pasado, el Tribunal del Distrito Judicial de Santa Marta libró orden de pago por la vía ejecutiva contra el Departamento del Magdalena, por la cantidad de ciento ochenta mil pesos ($ 180,000) en moneda legal, los intereses de ella, al seis por ciento (6 por 100) anual hasta el día del pago, y las costas del juicio, y a favor del doctor Rodolfo Danies; pago que dijo debía hacerse con los dineros provenientes del arrendamiento del Ferrocarril de Santa Marta. Esta providencia le fue intimada personalmente al señor Fiscal del Departamento del Magdalena, contra quien va dirigida la demanda.

Así las cosas, el señor Gobernador del Departamento, por medio de memorial, visible al folio 28 (cuaderno 1o), constituyó como apoderado al doctor Lázaro Díaz Granados, a quien le fue reconocida la personería, y en esa condición interpuso éste recurso de reposición contra el mandamiento ejecutivo, recurso que fue resuelto favorablemente en providencia de fecha treinta de agosto último.

El motivo principal que se adujo por el señor apoderado del Departamento para solicitar la revocatoria del mandamiento ejecutivo, está en que no fueron anuladas debidamente las estampillas que se le pusieron a la demanda ejecutiva, reparo que se hace consistir en la circunstancia de que apenas se lee allí la palabra **anulada**, vista con "la lente más perspicaz," y que en el sello, mediante el cual se hizo la anulación, no se lee la fecha, la designación del empleado y su nombre, designaciones que se dijo exigen no sólo el Decreto legislativo número 92 de 1932, en su artículo 3º, sino que las exige también el Decreto reglamentario de aquél.

El señor apoderado del Departamento hace notar que no hay completo acuerdo entre los dos decretos, y que el primero exige que la nota de anulación vaya firmada por el empleado que la verifica, y que el segundo decreto no contiene esa exigencia. Al estudiar este punto, el Tribunal encontró que se debía dar preferencia al decreto primeramente mencionado, por ser legislativo, y nó al último, por ser reglamentario de aquél, y sobre esta base halló que la demanda no había sido debidamente presentada, y resolvió lo siguiente:

"En mérito de lo expuesto, el Tribunal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca el auto reclamado; y en consecuencia, de acuerdo con el artículo 6º del Decreto legislativo número 92 de 1932, dispone no admitir la demanda ejecutiva de que se trata, y mantenerla en la Secretaría de este Despacho, mientras el interesado verifica su revalidación."

Contra esta providencia interpuso el apoderado de la parte ejecutante recurso de apelación, y concedido, han venido los autos a la Corte para resolver.

Ya se oyó el concepto del señor Procurador General de la Nación, después de haberse resuelto el incidente sobre impedimento, que para conocer, propuso dicho funcionario.

Antes de pasar al estudio del negocio en el fondo, conviene expresar el pensamiento de la Corte en relación con alguna o algunas irregularidades de procedimiento, anotadas por el señor apoderado del Departamento del Magdalena, y a las cuales se refiere en estos términos:

"El Departamento del Magdalena acreditó como su apoderado, según constancia que obra en el expediente, al doctor Díaz Granados, para que lo representara en el juicio ejecutivo que seguía el doctor Rodolfo Danies. Desde ese mismo momento, el doctor Díaz Granados se constituyó en parte del juicio a que me he referido, y parte del juicio seguía siendo, en tanto el poder que se le había conferido, no fuera revocado por el Departamento del Magdalena.

De aquí se desprende claramente que cualquier auto o providencia dictada en el presente juicio, para que produzca efectos, debía y debe ser notificada al doctor Díaz Granados, de acuerdo con lo

que expresamente dice la ley: "por regla general, ninguna resolución produce efectos antes de haberse notificado legalmente a las partes." La notificación debía surtirse en forma personal, si el doctor Díaz Granados se presentaba a la Secretaría de la Sala a notificarse, o en forma de estado si no se presentaba.

Pues bien, señores Magistrados: sin embargo de tener el Departamento del Magdalena constituído su apoderado, las notificaciones se han surtido en una forma **sui generis**, haciéndola en forma personal al doctor Juan Uribe Cualla y al Procurador General de la Nación, prescindiendo por completo del apoderado del Departamento del Magdalena. Ninguna de ellas se ha notificado por estado. Y de esta manera, y solamente de esta manera, se explica que habiendo ido en seis días destinados a la Secretaría a preguntar por el juicio, no se hubiera podido ver, pues siempre estaba en el Despacho del Magistrado o en el Despacho del Procurador General de la Nación. Ignoro, o no se dónde haya podido deducir la Secretaría de la Sala misma que se podía prescindir de los estados, existiendo el apoderado del Departamento del Magdalena.

Las providencias dictadas en la Corte no han sido legalmente notificadas, más aún, puede decirse que ni siquiera han sido notificadas a una de las partes, y al tenor de lo dispuesto en el artículo del Código Judicial que antes me he permitido transcribir, no han producido efectos. Por lo tanto, tengo perfecto derecho para solicitar, como solicito atentamente, del señor Magistrado doctor Becerra, ponente en este asunto, la nulidad de todo lo actuado, desde el día treinta y uno de marzo de mil novecientos treinta y cinco, o la declaración de que ninguna de las providencias dictadas desde el mismo día ha producido efectos, y deben ser legalmente notificadas.

Me doy por expresamente notificado de los autos anteriores a esa fecha, o sea el treinta y uno de marzo de mil novecientos treinta y cinco. Pero como estoy convencido del ningún fundamento legal del auto dictado por el señor Magistrado el día primero de abril de mil novecientos treinta y cinco, en que determinó no admitir el impedimento denunciado por el señor Procurador General de la Nación, pido que se declare el ningún efecto de todo lo actuado desde esa fecha, y que se ordene hacer la notificación correspondiente en forma legal, pues deseo hacer uso de los recursos legales contra dicho auto."

No encuentra la Corte en el procedimiento, irregularidad que deba legalmente producir la nulidad de lo actuado en el juicio, desde el día primero de abril de mil novecientos treinta y cinco, que es lo que solicita el señor apoderado del Departamento del Magdalena.

El auto proferido en esa fecha por la Sala de Negocios Generales, constituída por los Magistrados Julio Luzardo Fortoul, Enrique A. Becerra y Jenaro Cruz, y en el cual se resolvió que no era legal el impedimento manifestado por el señor Procurador General de la Nación, no fue ciertamente notificado por estado, pero ello no era necesario, haciéndose la notificación personal.

La providencia de primero de abril se notificó personalmente a los representantes legales de las partes, que lo eran el señor Procurador General de la Nación, como vocero del Departamento del Magdalena, y el doctor Juan Uribe Cualla, apoderado del ejecutante. Para que se vea cómo el Procurador representaba al Departamento, se copia el artículo 175 del Código Judicial, que dice:

"Artículo 175. Son funciones del Procurador General de la Nación:

. . . . . .

"5ª Defender ante la Corte Suprema de Justicia los intereses de los Departamentos y de los Municipios, cuando el Estado no tenga interés en el asunto, y la respectiva entidad no tenga representante constituído ante la Corte."

El señor Procurador General de la Nación representaba legalmente al Departamento del Magdalena cuando se notificó del auto de primero de abril; pues el doctor Rafael Escallón solamente se presentó como apoderado ante la Corte el día once del mismo mes, y porque no habiéndose hecho presente ante la misma Corte el doctor Lázaro Díaz Granados, primer apoderado constituído en Santa Marta, sino en la fecha en que aparece sustituyéndole el poder al doctor Escallón, es claro que la representación del Departamento la tenía el Procurador General de la Nación, al tenor del artículo 175 del Código Judicial ya citado, por no haber otro apoderado reconocido ante la Corte.

Conviene observar que el primer auto de la Corte en este pleito (folio 3, cuaderno número 3), en que se dispuso correr traslado al señor Procurador General de la Nación, fue notificado por estado, y tuvo, por consiguiente, efectos jurídicos respecto de las partes, no considerándose, por lo mismo, legalmente representado el Departamento del Magdalena por el Procurador General. Y el propio doctor Rafael Escallón aceptó la validez del auto de que ahora se trata, cuando dijo (folio 23, cuaderno número 3): "me doy por expresamente notificado de los autos anteriores a esa fecha, o sea el treinta y uno de marzo de mil novecientos treinta y cinco," y cuando pidió allí mismo que se declarara sin ningún efecto todo lo actuado desde esa fecha (el primero de abril), o se ordenara hacer la notificación correspondiente en forma legal, lo que quiere decir que el doctor Escallón aceptó la validez y firmeza de los autos anteriores, contra los cuales no reclamó, entre ellos el que ordenó el traslado al Procurador.

En cuanto a la legalidad del auto por medio del cual la Corte resolvió que el doctor Miguel Arteaga, Procurador, no estaba impedido para conocer en este juicio, nada puede proveerse en la actualidad, por haber sido el punto materia de una providencia que está ya ejecutoriada. Es de suponerse que sobre este asunto del impedimento del señor Procurador, se habría podido oír al doctor Escallón, si hubiese alegado en oportunidad; pero cuando él presentó su poder, el incidente sobre impedimento estaba ya resuelto.

Así, pues, no hay actuación viciada de nulidad, y procede, por tanto, entrar a resolver el negocio en el fondo.

Por lo que hace a la cuestión principal debatida en el presente recurso, se observa:

Lo sucedido con la anulación de las estampillas de la demanda, consistió en que aquéllas iban puestas cuando la demanda fue presentada personalmente ante el señor Juez 5º de lo Civil de este Circuito, para los fines de la autenticación de la firma del ejecutante. Bien pudo dicho funcionario no anular tales estampillas y dejar su anulación a la entidad a quien iba dirigida la demanda. No sucedía lo mismo con la estampilla de veinte centavos, que también se le puso a la demanda para respaldar la autenticación, anulación que sí quedó formalmente hecha por el Secretario del Juez, ante quien se hizo la presentación de la demanda.

El punto tan discutido de la anulación de las otras estampillas no tiene la trascendencia que se le ha dado.

Lo esencial era la presentación de la demanda con las correspondientes estampillas por valor de un peso, cosa que se cumplió por la parte que tenía esa obligación; lo demás correspondía hacerlo a los funcionarios a quienes se iba a pasar la demanda. El Tribunal no advirtió irregularidad alguna sobre el particular cuando decretó la ejecución, y fue después, cuando se hizo el reclamo por el apoderado del Departamento, cuando halló el vacío que ordenó subsanar.

Pero ya decretada la ejecución, el Tribunal ha debido comprender que no había habido culpa de parte del ejecutante en lo que respecta a la anulación de las estampillas, pues él llenó su cometido, agregándolas a la demanda. Si hubo alguna falta, fue por culpa ajena, no por hecho de que deba responder el ejecutante. De manera que la providencia de la reposición no ha debido proferirse, ni menos disponerse que la revalidación de la irregularidad anotada corriera por cuenta del interesado, como se resolvió por el Tribunal.

Si éste encontró de tánta significación la irregularidad cometida al verificar la anulación de las estampillas, ha debido disponer que se hiciera la corrección por el Secretario del Tribunal, entidad llamada a conocer de la demanda.

Pero, como se ha dicho, el punto de la anulación de las estampillas era apenas de detalle.

Pero, además cabe observar, que el decreto reglamentario del Poder Ejecutivo daba pie para verificar la anulación de las estampillas en la forma que se hizo. Así lo demuestra la siguiente certificación que obra en autos (cuaderno número 1º, folio 32):

"Ministerio de Hacienda y Crédito Público—Jefatura de Rentas Nacionales—Bogotá, mayo dos de mil novecientos treinta y cuatro.

"El suscrito Ministro de Hacienda y Crédito Público, certifica:

"Primero. Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53, inciso 2º, del Decreto número 1696, de 25 de octubre de 1932, una oficina pública cualquiera—un Juzgado de Circuito, por ejemplo—deja legalmente anuladas las estampillas de timbre nacional con la sola formalidad de estampar sobre ellas el correspondiente sello de la oficina anuladora, con la palabra **anulada**.

"Segundo. Que el citado Decreto está en plena vigencia, y no ha sido derogado por el Poder Ejecutivo. El Ministerio no tiene conocimiento de que haya sido declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia o anulado por el Consejo de Estado.

"Por el Ministro, el Secretario,

"(Firmado), Luis Carlos Páez"

En tal virtud, cumple verificar la revocatoria de la providencia apelada, para dejar subsistente el auto de mandamiento ejecutivo del inferior, de fecha 9 de abril del año próximo pasado, por medio del cual se libró la orden de pago por la suma de dinero de que arriba se habló. La subsistencia no comprende la parte relacionada con la obligación de pagar costas por parte del Departamento en este juicio, circunstancia en que están de acuerdo las partes.

Por tanto, la Corte, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca el auto apelado, y deja subsistente el proferido por el Tribunal Superior de Santa Marta, con fecha nueve de abril de mil novecientos treinta y cuatro (1934), menos en cuanto a la condenación en costas al Departamento.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

PEDRO A. GOMEZ NARANJO — Eleuterio Serna R. — Aníbal Cardoso Gaitán — Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

SOLICITUD DE REPOSICION DEL AUTO ANTERIOR—REBATE LA CORTE LOS ARGUMENTOS PRESENTADOS POR EL APODERADO DEL EJECUTANTE—APLICACION DE LAS LEYES NACIONALES Y DE OTRAS QUE NO TIENEN TAL CARACTER—EN LAS APELACIONES DE AUTOS INTERLOCUTORIOS NO HAY VOCACION A PRUEBAS, NI PUEDEN RECIBIRSE, CONFORME AL ARTICULO 502 DEL CODIGO JUDICIAL. NO PODRIA TAMPOCO PROFERIRSE MANDAMIENTO EJECUTIVO BASADO EN LAS NUEVAS PRUEBAS, PORQUE SERIA TANTO COMO PRETERMITIR LA INSTANCIA DE RIGOR.

No se repone el auto anterior.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA—SALA DE NEGOCIOS GENERALES—BOGOTA, JULIO CUATRO DE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO.

(Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R.).

Por memorial de siete de junio último, que se puso a disposición de la parte contraria, solicita el apoderado del Banco de Bogotá reposición del auto de treinta y uno del retropróximo mes de mayo, por el cual esta Sala confirmó el apelado, proferido por el Tribunal Superior de Cundinamarca.

Expresa el memorialista cuatro razones, que se estudiarán por separado, invirtiendo el orden de ellas en atención al método, así:

Primero. La razón que trae bajo el punto tercero, tiene por base la documentación aducida por él ante la Corte, en que figuran, entre otras piezas, unos números de la **Gaceta de Cundinamarca**, en los cuales se encuentra la Ordenanza 21 de 1934, "sobre Presupuesto de rentas y apropiaciones para la vigencia económica de 1o de julio de 1934 a 30 de junio de 1935," y el Decreto número 626, de 30 de junio del mismo año de 1934, sobre liquidación del mismo Presupuesto.

Argumenta así el memorialista:

"Tercera. No puede desestimar la Corte Suprema de Justicia la Ordenanza número 21 de 1934, ni el Decreto de la Gobernación número 626, que es parte integrante de ella, por tratar de la liquidación del Presupuesto, porque las ordenanzas de las Asambleas son obligatorias mientras no sean anuladas por la autoridad competente (artículo 57 de la Constitución), y rigen en el Departamento respectivo treinta días después de su publicación en el periódico oficial.

"De modo, pues, que no puede alegarse la disposición del artículo 502 del Código Judicial, sobre pruebas, porque las disposiciones a que me he referido, repito, son obligatorias, y deben ser conocidas por todos los que administran justicia; al suscrito le había bastado con citarlas únicamente en su alegato."

Se observa:

1º En primer lugar, el Juez de la jurisdicción ordinaria está obligado a conocer las leyes nacionales, y tiene el deber de aplicarlas, si hay relación entre ellas y el hecho invocado y probado, aunque no se citen por la parte interesada, porque ellas son objeto de interpretación, mas no de prueba, es decir, que como actos emanados del Poder Público no hay necesidad de que su texto sea aducido con las formalidades ordinarias que el régimen común de pruebas exige, sino que el Juez debe cumplirlas y ejecutarlas en lo conveniente.

Pero este principio no puede regir cuando se trata de la aplicación de otras reglas legales de carácter no nacional, como leyes extranjeras, resoluciones ministeriales, ordenanzas departamentales, acuerdos municipales, y aun los decretos ejecutivos de carácter no legislativo, y que no hayan sido dictados en virtud de la potestad reglamentaria, conforme a los artículos 11 y 12 de la Ley 153 de 1887, y otros actos similares, porque en estos casos debe comprobarse la existencia de esas reglas legales por la parte que las invoca, sujetándose al régimen común de las pruebas. Atendiendo seguramente a este principio, el memorialista ha tenido el cuidado de traer todos los actos de la Asamblea y de la Gobernación en impresos debidamente autenticados."

2º En segundo lugar, por tratarse de la apelación de un auto interlocutorio, recaído en un juicio en que no hay término de prueba, la Corte ha invocado el artículo 502 del Código Judicial, porque de su mandato se deduce claramente que no son de recibo las pruebas que se aduzcan en la segunda instancia, pues su aceptación atentaría contra el principio de la igualdad de las partes ante el derecho, ya que se encontraría la parte no apelante en una situación desfavorable, si se entrara a fallar sobre lo que no fue materia del debate en la instancia respectiva.

Segundo. En la última razón que aduce el memorialista depreciante, argumenta así:

"..... mi memorial dirigido a la Corte Suprema no es otra cosa que la misma demanda ejecutiva, desde el momento que el mandamiento dictado por el Tribunal no existía, por haber sido revocado por éste, y esas decisiones no fundan la cosa juzgada, y puede reiterarse la solicitud al respecto, como en efecto lo hice, al pedir a ustedes dictaran la orden de pago por la vía ejecutiva contra el Departamento de Cundinamarca y a favor del Banco de Bogotá.

"En consecuencia, deben estimarse por la honorable Corte Suprema de Justicia los documentos que acompañé a mi alegato."

Se considera:

El memorial presentado ante la Corte solicitando la revocatoria de la providencia del Tribunal a quo, no puede estimarse como la demanda ejecutiva, porque la Corte está conociendo como Juez ad quem de una apelación, que es cosa enteramente distinta a la decisión de la demanda ejecutiva, que compete en el presente caso al Tribunal de la primera instancia. Por tal razón, si la Corte hubiera aceptado aquel memorial como la demanda ejecutiva, considerando y resolviendo sobre la prueba en esta segunda ins-

tancia aducida, habría ejercido una jurisdicción que no le corresponde, pretermitiendo la primera instancia de rigor.

Tercero. En la razón señalada como **primera**, sostiene el memorialista que el contrato celebrado por el Secretario de Hacienda y el Administrador General de Rentas sobre la operación de préstamo con el Banco de Bogotá, obliga al Departamento, por haberlo ratificado expresamente la Asamblea Departamental, según la Ordenanza 21 de 1934, como también el Gobernador, en virtud del Decreto número 626, sobre liquidación del Presupuesto, y que también tácitamente ratificó el acto de este mismo empleado, porque fue él quien presentó el proyecto de Presupuesto.

Concluye así su argumentación el memorialista:

"Digo que mediante los actos indicados se llevó a cabo la ratificación de la operación de préstamo celebrada con el Banco de Bogotá, porque en ambos aparece incluida entre los gastos del Departamento, para esa vigencia, la suma de $ 34,017-17, que es exactamente la deuda a favor del Banco, de que habla el pagaré de catorce de febrero de mil novecientos treinta y cuatro. Y no debe perderse de vista que esa apropiación se encuentra en el capítulo de la Secretaría de Hacienda y en el aparte referente a la Administración General de Rentas."

Del siguiente modo contesta el apoderado del Departamento a esa argumentación:

"La ratificación que el señor apoderado del Banco da a lo hecho por el señor Mallarino Pardo y por el señor Fergusson, en virtud de la Ordenanza 21 de 1934 y el Decreto de liquidación del Presupuesto de ese año, no pasa de ser una simple suposición del señor apoderado, que no corresponde con la realidad, pues allí no se dice lo que él hubiera querido que dijera. La simple relación que se hace en esos documentos de una partida para compra de maquinaria, tiene un alcance muy vago y equívoco, sin que nos explique de dónde puede deducirse lo que el peticionario pretende."

Por su parte, la Corte se abstiene de adelantar concepto alguno sobre el problema de la ratificación que queda enunciado, porque no puede entrar a hacer estimación alguna de la prueba aducida en esta instancia, como lo ha dejado establecido en el auto que se revé y en los puntos anteriores del presente.

Cuarto. Es base de la **segunda** razón, el que el Secretario de Hacienda del Departamento ejecutado dirigió el treinta de julio de mil novecientos treinta y cuatro una nota al Banco ejecutante, en la cual reconoce la obligación a cargo del Departamento, y el destino que se le dio al dinero, "que fue para la compra de mercancías con destino a la Fábrica de Licores."

Se dijo en el auto revisado que el Gobernador es el ejecutor y el representante del Departamento, lo que vale aseverar que es él quien puede obligarlo; y si delega sus atribuciones a otras personas, ello debe constar de modo expreso. Por tanto, la nota del Secretario de Hacienda, si pudiera tenerse en cuenta ahora, no demuestra todavía que sea una manifestación propia del Gobernador, quien no aparece delegando expresamente sus atribuciones en el Secretario referido.

En consecuencia de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, no repone el auto revisado.

Cópiese y notifíquese.

PEDRO A. GOMEZ NARANJO—**Eleuterio Serna R.**— **Aníbal Cardoso Gaitán**—**Gustavo Gómez Hernández**, Secretario.

IMPEDIMENTOS DE LOS AGENTES DEL MINISTERIO PUBLICO—INTERPRETACION DEL ARTICULO 166 DEL CODIGO JUDICIAL VIGENTE—INTERES EN SU SIGNIFICACION RESTRICTIVA Y EN SUS DEMAS SIGNIFICACIONES—ARTICULO 749, NUMERAL 18, DEL ANTIGUO CODIGO JUDICIAL Y JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SOBRE EL PARTICULAR—EL INTERES COMO IMPEDIMENTO ALLANABLE E INALLANABLE: ARTICULO 435, NUMERALES 8.° Y 3.° DEL NUEVO CODIGO.

No es el caso de separar del conocimiento al señor Procurador General de la Nación, por cuanto el impedimento manifestado fue allanado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA—SALA DE NEGOCIOS GENERALES—BOGOTA, JULIO CINCO DE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO.

(Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R.).

En el presente juicio ordinario de Domiciano Quiñones contra la Nación, y que ha venido a la Corte por apelación que ante el Tribunal Superior de Cundinamarca, que es el que conoce del asunto en primera instancia, interpuso el señor Fiscal 2° de esa corporación contra la providencia de quince de febrero último, en que se declararon infundadas las objeciones que dicho funcionario hizo a un dictamen pericial, el señor Procurador de la Nación se ha manifestado impedido con la siguiente base:

"Aunque en el juicio se demanda a la Nación, y no a la entidad autónoma denominada Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, la cual administra el Ferrocarril Central del Norte, es lo cierto que el asunto ha sido estudiado en dicho Consejo, del cual, el suscrito Procurador suplente, actualmente en ejercicio, es titularmente abogado consultor.

"En dicho carácter, el suscrito tuvo ocasión de examinar antes de venir a la Procuraduría, el memorial del Fiscal del Tribunal, presentado el quince de octubre último, y que encabeza el incidente de objeciones a un dictamen, de las cuales se trata en el recurso de que conoce actualmente la Corte Suprema.

"En tal virtud el suscrito Procurador estima que

tiene interés en el negocio, y con el objeto de que su actuación no pueda ser censurada, se permite, fundado en el artículo 166 del Código Judicial, poner dicha presunta causal de impedimento en conocimiento de la honorable Corte para los efectos legales."

Puesta esa manifestación de impedimento en conocimiento de la parte a quien interesaba, el apoderado de ésta fue de concepto que no había impedimento, y expuso su argumentación así:

"Creo que no existe causal de impedimento, y que, por lo tanto, así debe declararlo la Sala de Negocios Generales, por las siguientes razones:

"Primera. Las causales de impedimento, por lo mismo que son taxativas, deben tomarse en un sentido restricto y jamás amplio. Por eso no puede decirse que el señor Procurador tenga interés en el asunto, porque él nada tiene qué ver con el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, porque es hoy Procurador General de la Nación, y por lo tanto no puede ser abogado de dicho Consejo.

"Segunda. Porque la demandada en este juicio es la Nación y no el Consejo de Ferrocarriles Nacionales.

"Tercera. Porque el señor Procurador General de la Nación no puede tener ningún interés distinto del de la Nación, toda vez que nada tiene qué ver, ni forma parte del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, ni es dueño de éstos, ni accionista de ninguno.

"Cuarta. Porque de interpretar con amplitud las causales de impedimento, se llegaría al caso de que pudiera suceder que no hubiera ningún funcionario que pudiera conocer de un asunto. Se necesitarían entonces Magistrados, Jueces y Agentes del Ministerio Público que vinieran de un planeta extraño para que no estuvieran ligados a la tierra con nadie ni con nada.

"Quinta. Porque el señor Procurador no puede tener otro interés distinto del de la Nación, lo cual hace ver que no hay incompatibilidad con la causal que presenta, como presunta causal de impedimento.

"Finalmente, es a la parte a quien represento a quien corresponde allanar el supuesto impedimento, y en representación de ella, y dada la alta posición del señor Procurador General de la Nación y sus honrosos antecedentes, por mi parte allano cualquier causal de impedimento."

Para resolver, la Corte considera:

Es verdad que el señor Procurador no puede estar ejerciendo la abogacía del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales; es verdad que la demandada es la Nación y no este Consejo; es verdad que él no forma parte de dicho Consejo, ni es dueño de los Ferrocarriles Nacionales; es verdad también que la enumeración de los impedimentos es taxativa.

Las causales de impedimento establecidas por la ley se fundan en algún interés que pueda tener el juzgador. Ese interés, tomado en sentido estricto, equivale a derecho del Juez en el pleito, bien por sostener en él directamente alguna pretensión, o porque, de acuerdo con la ley, el fallo pueda aprovecharle o perjudicarle.

Tal interés también puede referirse a las personas vinculadas al Juez por parentesco, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. A esta causal y a la anterior, que son inallanables, se refiere el numeral 3º del artículo 435 del Código Judicial.

Si el artículo 166 de este Código toma la palabra **interés** en su significación restricta, no habría problema complicado, porque una vez manifestado el impedimento, sería el caso de declarar separado del asunto al Agente del Ministerio Público. Dentro de esta acepción restringida, la causal manifestada por el señor Procurador de la Nación, en el presente pleito, no sería para él impedimento legal.

Pero el vocablo interés tiene otras significaciones, dándole cierta amplitud: puede provenir de vinculaciones de familia, de asociación en negocios, de lazos de adopción, de afecto íntimo, de enemistad manifiesta o también de amor propio, como sucedería en el evento de haber dictado el Juez el fallo que va a revisarse o haberlo dictado alguna persona ligada a él con cierto parentesco, o haber favorecido a cualquiera de las partes en el negocio o en el pleito, o intervenido en él como perito o testigo.

En el caso actual, el interés que cree tener el señor Procurador, por haber examinado, como abogado, el memorial de objeciones, materia de la apelación, tiene su origen en el amor propio, que puede impulsar al hombre a querer sostener siempre sus opiniones emitidas.

Si, conforme al artículo 166 del Código Judicial, las causales de impedimento no son sólo lo que se entiende por interés, en el sentido en que lo toma el numeral 3º del artículo 435 de la misma obra, sino en una forma más amplia, hay que estudiar la cuestión por este aspecto.

Cuando regía el Código Judicial anterior, en su artículo 749, numeral 16, existía esta causal de impedimento:

"Haber favorecido a alguna de las partes en el negocio que es materia del pleito, o en el mismo pleito como apoderado o patrono."

La Sala de Casación Civil de esta Corte, en fallo de veintiúno de junio de mil novecientos veintitrés (**Gaceta Judicial** número 1549, página 71, columna 1ª), comentando tal numeral, había sentado la doctrina de que bastaba que el Juez o Magistrado hubiera sido consejero de uno de los litigantes en parte sustancial, para que se considerase vinculado profesionalmente al resultado del pleito; y agregaba que el funcionario debía expresar en el auto respectivo los hechos constitutivos del impedimento, para que quien debía calificarlo decidiera si de dicho hecho se podía deducir que el manifestante tenía interés en el fallo. (Aquí está tomada la palabra **interés** en sentido amplio).

El Código Judicial vigente, en su artículo 435, numeral 9º, establece como impedimento de los Jueces el "haber favorecido a cualquiera de las partes en el negocio que es materia del pleito, o en el pleito mismo, o intervenido en éste como Agente del Ministerio Público, perito o testigo." En el caso que el interés derivado del concepto que haya dado el señor Procurador doctor Arteaga, como abogado, no puede ser el mismo interés inallenable del numeral

3º del artículo 435, impedimento que nace de este principio:

"Nadie puede ser Juez en causa propia o en la de ciertas personas unidas a él por vínculo caricheo."

El interés, causa del impedimento manifestado por el señor Procurador, nace de motivos distintos, o sea del amor propio, y encaja mejor en el copiado numeral 8º, porque no puede tratarse de un interés en sentido estricto.

Ya la Corte Plena, en auto de once de junio último, sentó la siguiente doctrina:

"El artículo 166 del Código Judicial dice que 'los Agentes del Ministerio Público están impedidos para intervenir en los negocios cuando ellos, o sus consortes, o sus ascendientes, descendientes o parientes colaterales dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tengan interés.'

"El artículo 183 del antiguo Código Judicial, que establecía las causales de impedimento para los Agentes del Ministerio Público, exigía que concurriera un interés directo. Por lo demás, la disposición está redactada en los mismos términos que el texto vigente.

"Como se ve, el Código nuevo amplió los motivos de impedimento de los referidos Agentes, pues sólo exige que concurra interés por parte de ellos o de sus parientes, y no interés directo, como lo establecía el Código Judicial antiguo.

"Dentro del artículo 166 del Código actual, caben los motivos de impedimento alegados por el doctor Arteaga, porque existe interés de parte de él en que se mantenga el Decreto acusado en todo su vigor, desde luégo que se pronunció en forma concreta sobre su constitucionalidad, en su carácter de Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.....",

Para estar a tono con esta doctrina y no contrariar el espíritu y la letra de las disposiciones generales sobre impedimento, es preciso pensar que la circunstancia del dictamen que, como abogado, dio el señor Procurador, implica un interés en sentido lato, encajable dentro del numeral 8º del artículo 435. Esto quiere decir que tal impedimento, dentro de la jurisprudencia de la Corte actual, debe ser allanable, porque de nó, habría una contradicción absurda en la ley, ya que el que hubiera dictaminado en el negocio, o intervenido en el pleito como perito o testigo, podría ser Juez en el juicio, y en cambio no podría actuar como Agente del Ministerio Público, siendo que esto no es acto tan trascendental como lo es el de proferir el fallo.

Como la ley nada dice sobre el allanamiento de los impedimentos manifestados por los agentes dichos, cuando ellos son allanables, por no tratarse del interés estricto de que habla el numeral 3º del artículo 435, debe llenarse el vacío de ella, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 208 del Código Judicial, que manda que todo vacío en el procedimiento debe llenarse con lo que el mismo Código disponga para casos análogos.

Por lo dicho, se resuelve que habiéndose allanado el impedimento manifestado por el señor Procurador, no es el caso de declarar a éste separado del conocimiento del negocio.

Cópiese y notifíquese.

PEDRO A. GOMEZ NARANJO—Eurípides Serna R.—Aníbal Cardoso Gaitán—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

EXCEPCION DE INEPTA DEMANDA

Se declara probada la excepción dilatoria de inepta demanda, por haberse involucrado en un solo numeral de un hecho varios hechos y también varias cuestiones de derecho.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA—SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA—BOGOTA, JUNIO TRES DE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO.

(Magistrado sustanciador, doctor Serna).

El señor Jorge R. Ortiz C. propuso ante la Corte, en escrito de diez y nueve de diciembre de mil novecientos treinta y cuatro, demanda ordinaria contra la Nación, para que se decida en sentencia definitiva que no hubo motivo legal o causa comprobada para que el Ministerio de Correos y Telégrafos dictara la Resolución número 508, de 10 de marzo de 1934, por la que se declaró caducado un contrato sobre conducción de correos nacionales de las líneas de Oriente, y se impuso una multa; que el Gobierno, por estar en mora de cumplir lo pactado, se hallaba legalmente imposibilitado para dictar dicha Resolución; que la Nación debe reconocer los perjuicios que se le ocasionaron al demandante, los que estima en $ 17,000; y solicita, además, que se hagan otras declaraciones.

Entre los fundamentos de hecho hizo el demandante una relación comprendida en nueve numerales; y si de los aducidos en los siete primeros puede decirse que cada uno comprende un hecho solamente, no así de los expresados en los numerales octavo y noveno, porque el primero de estos contiene dos, por lo menos, y el último, una cantidad grande de hechos, los cuales se presentan confundidos con manifestaciones de derecho, en una extensa y enrevesada exposición.

La demanda fue admitida por auto de veintidós de febrero del corriente año, y de ella se dio traslado al señor Procurador de la Nación, quien, antes de contestarla, y fundado en el artículo 330, en relación con el ordinal 1º del 333, ambos del Código Judicial, propuso la excepción de inepta demanda, por no re-

unir la presentada los requisitos legales. Expuso sus razones así:

"Al examinar el libelo, que ha de sustanciarse por la vía ordinaria, le encuentro los siguientes defectos:

"a) El artículo 737 del Código Judicial dispone que la demanda debe 'expresar los hechos en que ella se apoya, debidamente clasificados y enumerados.'

"De acuerdo con tal disposición, el artículo 225 ibidem, dice:

'El demandado, al contestar la demanda, debe expresar cuáles hechos admite y cuáles rechaza o niega.'

"A la vez, el artículo 205 ibidem, establece que en la demanda deben expresarse 'con claridad y precisión los hechos u omisiones.'

"Si se examina el libelo presentado por el señor Ortiz, se observa que los hechos en que funda la acción no están expresados con claridad, ni precisión, ni debidamente clasificados.

"Hay tal falta de precisión, que el hecho noveno, verbigracia, ocupa más de siete hojas del libelo. El hecho octavo ocupa una página, y en general, en la exposición de los hechos no hay claridad, ni precisión, ni clasificación, y así lo afirmo, porque empecé por tratar de responderlos, y no logré hacerlo, con afirmaciones ni negaciones; pues hay hechos en la demanda que son interminables relaciones, respecto de los cuales no cabe ni afirmación ni negación, como quiere la ley.

"La imposibilidad de contestar los hechos presentados, es lo que me ha convencido de que están imperfecta o ilegalmente redactados.

"b El artículo 205 del Código Judicial establece que el libelo debe indicar 'los fundamentos de derecho en que se apoya.'

"En el libelo no se atendió a dicho requisito."

Admitida la excepción, se dio traslado al demandante, y éste lo descorrió, oponiéndose a ella. Adujo como razones de su oposición, que los hechos sí están "debidamente determinados y numerados, de conformidad con la ley, y si algunos están relatados extensamente—dice—es precisamente para ilustrar, desde el principio, mejor, el criterio de la Corte. Por esta razón, en las conclusiones respectivas de esa demanda, se leen tales hechos, determinados y numerados con claridad meridiana."

Asevera que sí invocó las razones de derecho, y termina afirmando que la demanda sí reúne los requisitos legales, "lo que se evidencia con la sola lectura de esa demanda y del auto de admisión de ella, en el cual no se anotó nada en su contra. Si tal demanda fue admitida, como en realidad lo fue, era porque estaba ajustada a lo que disponen los artículos 737 y 738 del Código Judicial."

Como el asunto es de puro derecho, se procede a decidirlo, previas las siguientes consideraciones, referentes a cada uno de los asuntos propuestos por el excepcionante y el opositor:

I. En primer lugar, en relación con el elemento de hecho o fundamento histórico, que es parte esencial de la demanda, puede decirse que será inepta aquella en que no se expresen los hechos en que ella se funda, pero no—en tesis general—si éstos se presentan en forma desordenada, y, sin embargo, de tal modo que no entrabe en lo sustancial el planteamiento y decisión de la litis, porque en este caso la demanda no es inepta.

No obstante, si una parte de los hechos se enumera y presenta de una manera correcta, y otra parte sin numeración o se formula bajo un solo numeral, no ya uno, sino varios hechos, esta circunstancia constituye un verdadero desorden, no tanto porque impida a la parte demandada conocer las causas precisas de la pretensión adoptada, sino más bien por la dificultad en que se la coloca para dar respuesta a los hechos que queden encerrados bajo ese solo numeral.

Es verdad que podría argumentarse que es cuestión enteramente subjetiva la consideración de si un asunto formulado bajo un solo aparte contiene un mero hecho o varios; pero la discusión apenas sería aceptable cuando la presentación de ese asunto no contradijera la evidencia objetiva que se impone a toda mente sana que proceda con clara razón lógica. Pero en el presente caso sometido á estudio, aun dejando de lado la expresada irregularidad, consistente en que se colocaron bajo un único numeral distintos hechos, si a ello se agrega la circunstancia cierta de que en él se hallan involucradas también cuestiones de derecho, hay que aceptar que este defecto sí viene a constituir, de modo nítido, un desarreglo, que trastorna profundamente la claridad del negocio, afectándolo en su sustancia y consecuencias, lo que produce una verdadera ineptitud de la demanda. Esto es racional, porque aun admitiendo que sea discutible, como meramente subjetiva, la cuestión referente a la apreciación de si un asunto contiene un solo hecho o más de uno, lo que sí no puede discutirse en ninguna forma es la evidencia de la mezcla de las cuestiones de derecho con las de hecho, ya que esto se impone de modo manifiesto al sentido común, formado dentro del criterio de la ley.

Ahora: para la Corte es evidente que lo que se enuncia bajo el numeral noveno de los hechos de la demanda, no es un solo hecho, sino varios, y también que en él quedan envueltos distintos problemas de puro derecho; de modo que lo allí propuesto resulta impreciso y oscuro, no tanto por la extensión de lo narrado únicamente, ni porque se manifiesten varios hechos, sino muy especialmente porque dentro de ellos se exponen las dichas cuestiones de derecho, que estarían bien en otra parte de la demanda, lo que es razón bastante para aceptar que ella está afectada de ineptitud, y que debe prosperar la excepción invocada.

II. En segundo lugar, la Corte, de un modo general, no estima que en todos los casos la falta de la expresión de los fundamentos de derecho en que se apoya la demanda la haga inepta, porque si es verdad que la exposición científica o legal tiene un carácter directivo de la acción invocada—y con ese fin indudablemente exige la ley que en la demanda se cumpla con ese requisito—es lo cierto también que las formalidades o ritos procesales no pueden primar

sobre lo principal, sacrificando el derecho a la norma. Los hechos son los generadores del derecho, y por esta razón ellos deben presentarse de un modo sucinto y claro, y deben ser numerados; y aunque las razones de derecho no se hayan expuesto, habiéndose formulado con precisión la parte petitoria, si los hechos se comprueban, y ellos son pertinentes y no se han hecho ineficaces por la excepción, el derecho debe darse por el Juez, según el principio del Derecho Romano: dame el hecho y te daré el derecho (da mihi factum, dabo tibi jus).

III. La pretensión invocada por el demandante al descorrer el traslado del memorial de excepciones, de que la demanda estaba ajustada a la ley, puesto que fue admitida, no es pertinente, porque si el demandado demuestra la ineptitud de la que se admitió, debe declararse que esa ineptitud existe, pues el auto de admisión de la demanda no inhibe la discusión posterior sobre la misma demanda aceptada.

Por lo que queda expuesto, se declara probada la excepción dilatoria de inepta demanda, propuesta por el señor Procurador de la Nación, y se dispone que el demandante la formule de conformidad con lo expresado en esta providencia.

Cópiese y notifíquese.

ELEUTERIO SERNA R.—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

CONTINUACION DE LAS DECISIONES PROFERIDAS POR LA CORTE EN EL PERIODO ANTERIOR

CORTE PLENA

Bogotá, dos de abril de mil novecientos treinta y cinco.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA—CORTE PLENA.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

Los señores Enrique Soto D., Gabriel Ortiz W., Alberto J. Williamson, José Luis Trujillo Gómez, Enrique Casas, Daniel Sáenz, Juan de Vengoechea y José Camacho Carreño, en su propio nombre y fundados en la disposición del artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910, en demanda de fecha veintiuno de enero de ese año, piden que con audiencia del señor Procurador General de la Nación, y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 39 de la Ley 105 de 1931, se declare que son inexequibles y violatorios de la Constitución "todas las disposiciones que contienen los siguientes Decretos legislativos vigentes hoy:

"Número 3429, del 28 de diciembre de 1934, por el cual se reorganiza la contribución denominada 'cuota militar,' y número 2432, del 29 de diciembre del mismo año, por el cual se reforman las disposiciones vigentes del impuesto sobre la renta, se aumenta la tarifa, y se establece un impuesto adicional."

Acompañan un ejemplar del número 22778 del **Diario Oficial** donde aparecen publicados dichos Decretos, y fundan su acción en los siguientes comentarios:

"Los motivos o causas que invocamos en apoyo del pedimento que hacemos, son los siguientes:

"Enseña el artículo 57 de la Constitución que los poderes públicos son limitados, y que ejercen separadamente sus atribuciones. Esta independencia y limitación de atribuciones, son fundamento de la República.

"Solamente en situaciones especiales y por motivos definidos en la misma Constitución, el Ejecutivo puede asumir atribuciones conferidas a otros poderes, y aun ejercerlas con mayor amplitud, tal como acontece en los casos previstos por el artículo 33 del Acto legislativo número 3 de 1910, en los cuales el Ejecutivo está en capacidad de dictar leyes con mayor libertad que el mismo Poder Legislativo, ya que éste debe amoldar sus actos a la Constitución, y aquél puede moverse hasta donde lo permita el Derecho de Gentes.

"El once de septiembre de mil novecientos treinta y dos, con oportunidad de la invasión peruana a Colombia, el Gobierno declaró turbado el orden público en la Intendencia del Amazonas y en las Comisarías del Caquetá y del Putumayo, por medio del Decreto número 1475, del 11 de septiembre de 1932. El veintiocho y veintinueve de diciembre del año pasado, el Presidente de la República y sus Ministros, aprovechando la vigencia irregular del referido Decreto número 1475 de 1932, dictaron los Decretos legislativos números 2429 y 2432, cuyos títulos quedan ya expresados y que aparecen del ejemplar autenticado del **Diario Oficial** que acompañamos. Dichos Decretos crean un impuesto y aumentan sensiblemente otro existente ya, merced a la Ley 81 de 1931.

"Veamos primero si constitucionalmente tiene el Presidente de la República facultad para crear impuestos o alterar los existentes: el artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910, dice:

'En tiempo de paz solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales podrán imponer contribuciones.'

"El artículo 76 de la Constitución, que señala privativamente atribuciones al Congreso, dice en su ordinal 11 que le corresponde:

'Establecer las rentas nacionales y fijar los gastos de la Administración.'

"Y el artículo 118, que fija las atribuciones particulares de la Cámara de Representantes, en el inciso 2º pone como función suya:

'Iniciar la formación de las leyes que establezcan contribuciones u organicen el Ministerio Público.'

"De otra parte, al puntualizar la Constitución qué atribuciones corresponden al Presidente de la República, no le confiere en modo alguno la de establecer contribuciones o modificar las ya existentes. Luego al prescutarse el Gobierno creando impuestos por medio de los Decretos que demandamos, se abroga una facultad conferida exclusivamente al Poder Legislativo y se inviste de facultades extraordinarias, al tenor del artículo 33 del Acto legislativo número 3 de 1910, que invoca en sus Decretos como título constitucional de su procedimiento.

"Dice el artículo 33 precitado, en su primer inciso:

'En caso de guerra exterior o de conmoción interior podrá el Presidente, con la firma de todos los Ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella. Mediante tal declaración el Gobierno tendrá, además de las facultades legales, las que, conforme a las reglas aceptadas por el Derecho de Gentes, rigen para la guerra entre naciones.'

"Esta disposición no hace sino determinar bajo qué condiciones únicas puede declararse turbado el orden público y en estado de sitio la República, o lo que es lo mismo, en qué ocurrencias o casos sólo puede decretarse por el Gobierno que cese el imperio de la Constitución y de las leyes 'en toda la República o parte de ella.' Nótese que en esta

regla el constituyente cuidó mucho de la precisión ineludible de los términos, de modo que surgiese posible ambigüedad. Y no podía ser de otra forma considerada la gravedad de atribuciones que se confieren al Presidente de la República, cuando se le autoriza a sustituir con decretos suyos lo que la Constitución y las leyes ordenan, exponiendo al abuso y a la arbitrariedad las normas jurídicas permanentes, y a los ciudadanos, a ver injustamente vulnerados sus derechos primordiales.

"Cuando la Constitución dice que el Gobierno podrá 'declarar turbado el orden público,' en realidad no lo faculta sino para reconocer una situación de hecho: el Presidente no puede 'turbar el orden público' sino declarar que está turbado, es decir, aceptar oficialmente un hecho social cumplido.

"¿En qué casos tiene aplicación el artículo 33 del Acto legislativo número 3 de 1910, en que apoya el Gobierno los Decretos que demandamos? En caso de **guerra exterior** o de **conmoción interior**. Acerca de lo que significa la locución **guerra exterior**, no ocurren dudas: pudieran quizá presentarse si el constituyente hubiere dicho guerra internacional. En cuanto a **conmoción interior**, su sentido aparece perfectamente circunscrito por la significación que de la primera de estas voces da el Diccionario de la Real Academia Española:

'**Conmoción.** Movimiento o perturbación violenta del alma o del cuerpo.

'2ª Tumulto, levantamiento, alteración de un reino, provincia o pueblo.'

"En esta segunda acepción publican la voz conmoción algunos diccionarios de Jurisprudencia. En la misma acepción de tumulto, levantamiento, alteración de un reino, acogió el constituyente el vocablo, cuando en el mismo artículo 33 del Acto legislativo número 3 de 1910, 4º inciso, escribió **alzamiento** como sinónimo de conmoción interior, pues dijo:

'El Gobierno declarará restablecido el orden público tan pronto como haya cesado la guerra exterior o se haya reprimido el **alzamiento**.'

"Nótese además que el artículo 121, original en la Constitución de 1886 que fue sustituído por el 33 del Acto legislativo de 1910, tántas veces citado, decía:

'El Gobierno declarará restablecido el orden público luégo que haya cesado la perturbación o el peligro exterior.'

"Al cambiar en 1910 el constituyente la palabra perturbación por **alzamiento**, como sinónimo de conmoción interior, precisó más el significado de esta locución, ajustándolo en un todo al que campea en el Diccionario de la Real Academia.

"En los días 28 y 29 de diciembre de 1934, en que se dictaron los Decretos que demandamos, ¿sufría Colombia alguna conmoción interior, es decir, había ocurrido algún levantamiento o alzamiento de sus ciudadanos? Nó. ¿Estaba entonces el país en estado de guerra exterior? Tampoco. Bien es cierto, que el primero de septiembre de mil novecientos treinta y dos los peruanos invadieron nuestro puerto amazónico de Leticia, y que tal asalto colocó a Colombia y Perú en estado de guerra exterior, durante el cual se libraron batallas por fuerzas regulares de los dos países, y fue dictado el Decreto número 1475, de 11 de septiembre de 1932, que declaró turbado el orden público en la Intendencia del Amazonas y las Comisarías del Caquetá y del Putumayo, por haberse producido un movimiento sedicioso en Leticia.

"¿En los días veintiocho y veintinueve de diciembre de mil novecientos treinta y cuatro, subsistía acaso el alzamiento en Leticia, o el estado de guerra exterior que permitiera prolongar la declaración de turbación del orden público? Quien lo sustentara, falsea los hechos; porque con fecha veinticinco de mayo de mil novecientos treinta y tres, se firmó en Ginebra, por los Plenipotenciarios de Colombia y Perú, doctores Eduardo Santos y F. García Calderón, respectivamente, un acuerdo de paz, que entre otras cosas establece que los Gobiernos de Colombia y el Perú darán las órdenes necesarias para que cese todo acto de hostilidad de una y otra parte, y para que las fuerzas militares de cada país permanezcan estrictamente dentro de sus fronteras.'

"Conviene no olvidar el artículo 120 de la Constitución, que le señala atribuciones al Presidente de la República, a quien según el inciso 11 corresponde, entre otras funciones, la de 'ajustar y ratificar el Tratado de paz, habiendo de dar después cuenta documentada a la próxima legislatura.' Es pues facultad privativa del Presidente la de ajustar la paz. Y la paz se ajustó por un Plenipotenciario suyo en Ginebra, el veinticinco de mayo de mil novecientos treinta y tres. Luego cesó desde entonces el estado de guerra exterior.

"Como resultado de tal acuerdo, se han venido cumpliendo una serie de actos pacíficos entre las partes que entraron en negociaciones diplomáticas y acudieron a Río de Janeiro, donde fue suscrito, con fecha veinticuatro de mayo de mil novecientos treinta y cuatro, un Protocolo de paz, de amistad y cooperación entre las Repúblicas de Colombia y la del Perú. Dicho Pacto se puso en ejecución por el Gobierno antes de ser ratificado, y de hecho solemnizó la reanudación de relaciones diplomáticas, iniciada en Ginebra, con el canje de Ministros Plenipotenciarios. Si hoy tenemos relaciones diplomáticas con el Perú, no puede afirmarse simultáneamente que estamos en guerra exterior con él. Como no puede aseverarse que haya en Leticia un estado de alzamiento, porque impera en aquella localidad la paz perfecta y el más completo sosiego ciudadano, según declaraciones oficiales.

"Pero podría decirse: corresponde al Presidente de la República el derecho de apreciación sobre si hay conmoción interior o guerra exterior, y es libre para declarar turbado el orden público cada vez que lo estime necesario, a su leal saber y entender. Sin embargo, no quiso la Constitución, señores Magistrados, en parte alguna, conferir esa

facultad de apreciación subjetiva, sino que impuso como condición precisa la existencia de uno, de dos o de más hechos previos, para que el Gobierno pudiese ejercer las facultades extraordinarias contenidas en el artículo 33 del Acto legislativo número 3 de 1910. Si a pesar de su claridad inequívoca, pudiera decirse del primer inciso de tal artículo, que entrega a la apreciación subjetiva y arbitraria del Presidente de la República el decretar que hay guerra exterior o conmoción interior, cualquier duda se rompe a la lectura del inciso 4º del mismo artículo, que dice:

'El Gobierno declarará restablecido el orden público tan pronto como haya cesado la guerra exterior o se haya reprimido el alzamiento.'

"Obsérvese que al decir tan pronto como haya cesado la guerra exterior o se haya reprimido el alzamiento, el constituyente objetivó con todas las circunstancias de la existencia real, las locuciones guerra exterior o conmoción interior. Jamás podría considerar que estas expresiones las estampó el constituyente como imaginarios y cómodos pretextos para el abuso del poder, quien medite en la magnitud de las facultades que se otorgan al Presidente, en la gravedad y peligro que ellas entrañan y en el renunciamiento que hace quien las da, cuando se despoja de sus atribuciones y desvoja de las suyas al legislador, para fiárselas al Gobierno.

"Abunda en esta misma tesis la circunstancia de que al Decreto de turbación del orden público debe preceder el concepto del Consejo de Estado, tal como lo dispone el artículo 7º del Acto reformatorio de la Constitución, de 10 de septiembre de 1914. Y es incuestionable que ante el Consejo de Estado debe demostrar plenamente el Ejecutivo no sólo la realidad de los hechos que constituyen la guerra exterior o la conmoción interna, sino que la gravedad de tales acontecimientos requiere medidas enérgicas.

"El comentador de la Constitución de 1886, José María Samper, al enumerar las condiciones que han de rodear la declaratoria de turbación del orden público, siente:

'Primera. Que la declaración de la **existencia** de guerra exterior o de conmoción interior, y por lo tanto de estar turbado el orden público, sea hecha por el Presidente....., etc.'

"Con lo cual queda claro que el Presidente de la República debe sencillamente declarar o reconocer la realidad o existencia de uno o dos hechos, para acogerse al artículo 33 tantas veces citado.

"El constituyente de mil novecientos diez quiso acentuar la condición de la previa existencia de la guerra exterior o de la conmoción interior, como requisitos sine qua non de las facultades extraordinarias y evitar en toda forma los peligros de la interpretación presidencial y modificó el artículo primitivo de la Constitución, marcado con el número 121, que decía:

'El Gobierno declarará restablecido el orden público luégo que haya cesado la perturbación o el peligro exterior.'

"En lugar de 'peligro exterior,' el constituyente de 1910 repitió 'guerra exterior,' porque evidentemente la locución de 1886, permitía interpretaciones: que un peligro se crea fantasiosamente y se puede apreciar de modo vario, según el punto de serenidad, presencia de ánimo y equilibrio de las facultades mentales, ó según los ofuscamientos de una naturaleza impresionable o asustadiza. Pero una guerra exterior es un hecho concreto, real, que tiene existencia fuera de toda interpretación.

"Uno de los Delegatarios de mil ochocientos ochenta y seis, para sustentar alguna modificación, pronunció en la Asamblea estos conceptos:

'También se ha suprimido en la modificación la cláusula **cuando la paz o la seguridad pública peligren**, porque me ha parecido demasiado vago, y con ella un Presidente asustadizo e impresionable podría, por simples temores infundados, es decir, sin motivo suficiente, declarar turbado el orden público y en estado de sitio la República, sustituyendo sin necesidad manifiesta el tranquilo régimen de la paz con el estado de atropello y violencia que constituyen la guerra.

'En el artículo primitivo se dice que, mediante la declaración de hallarse turbado el orden, el Presidente adquiere las facultades que él crea necesarias para restablecerlo, y por consiguiente quedan desde ahora anuladas las responsabilidades moral del Presidente y la legal de los Ministros, si llegare a haber exceso en el ejercicio del poder discrecional que se les concede. No veo el derecho que la sociedad o el Congreso tuvieran para asegurar o negar que el Gobierno, en una situación dada, creyó o dejó de creer que esta o la otra medida de guerra eran o dejaban de ser necesarias, cuando el creer o no creer es un hecho meramente psicológico que sólo puede apreciar el ser en quien se efectúa. Yo sostengo, señor Presidente, que el principal encargo del Gobierno es mantener la tranquilidad y seguridad públicas, y que de consiguiente deben ponerse en sus manos cuantos medios de acción sean necesarios para conservar, y para recuperar si llegare a perderse, el primero de los bienes sociales; pero al mismo tiempo creo que la necesidad no se mide por meros juicios, sino con la necesidad misma.'

"Dejar al arbitrio de un Presidente el decretar un hecho, la turbación del orden público, para que de allí nazca como estado jurídico el estado de sitio, sin sujetar tal designio a las necesidades y evidencias de la realidad nacional, equivaldría sin duda a renunciar a la vida constitucional y legal y a tener el país en perpetua incertidumbre de despotismo. ¿Pues qué Gobierno, pudiendo hacer de las suyas con sólo imaginar guerras externas o conmociones internas que él estima tales, soportaría la embarazosa sugestión a ciertos preceptos legislativos o sobrellevaría las preocupaciones que proporcionan los Congresos, cuando por sí y ante sí puede desatar todas esas dificultades?

"Al permitir que se declare turbado el orden público, es decir, al renunciar temporalmente su propia existencia, la Constitución no sólo dictó

severas condiciones en cuanto al modo y circunstancias, sino en cuanto al término e interrupción de los derechos y garantías ciudadanas. Dice el propio artículo 33 del Acto legislativo número 3 de 1910:

'El Gobierno declarará restablecido el orden público tan pronto como haya cesado la guerra exterior o se haya reprimido el alzamiento; y dejarán de regir los decretos de carácter extraordinario que haya dictado.'

"Lo imperativo de esta orden, la despoja de interpretaciones. Es evidente que el Gobierno la ha desobedecido sin embargo, y que puede inculpársele responsabilidad por violación del 1º y del 4º incisos del artículo 33 del Acto legislativo de 1910.

"La circunstancia de que el Poder Ejecutivo no haya cumplido con el deber que le impone el constituyente, de reconocer por medio de un decreto, que han cesado los hechos constitutivos de la turbación del orden público, no implica que esos hechos continúen existiendo. Y tal omisión en manera alguna da asidero, ni es plazo o condición para retener o hacer uso de facultades que hoy no tiene. Pretender tal cosa sería la negación de la República y el desconocimiento más flagrante de la misma Constitución y del Poder Legislativo. La omisión, el desobedecimiento, la violación por el Gobierno de la orden imperativa que consagra el artículo 33 del Acto legislativo número 3 de 1910, ¿podrá ser fuente, causa, origen o fundamento del más amplio derecho, de la más extensa facultad? Es claro que nó: sería absurdo jurídico sostener que la violación de la Constitución invista al Poder Ejecutivo de facultades extraordinarias, como mayor error jurídico el pensar siquiera que el delito es fuente de derechos para el delincuente. Una nación organizada no puede, por medio de su más alto tribunal de justicia, sentar doctrina semejante cuando en contra de ella militan todos los principios constitucionales que la rigen.

"Hemos demostrado, y es de todo punto evidente, que mucho antes de la expedición de los Decretos acusados, había cesado toda conmoción interior y toda guerra exterior, luego el Gobierno al dictarlos no pudo fundarse sino en la violación por su parte del artículo 33 del Acto legislativo número 3 de 1910, que no en un estado real de turbación del orden público, exigido por la Constitución como requisito y fundamento de las facultades extraordinarias.

"Comoquiera que de acuerdo con el artículo 33 tantas veces citado, es al Gobierno a quien corresponde declarar restablecido el orden público, una vez que haya cesado la guerra o la conmoción, si se sienta la tesis de que hasta tanto no lo haya verificado no cesan las facultades extraordinarias, entonces se da al Poder Ejecutivo la facultad de constituirse o perpetuarse en Poder Legislativo, no por obra de un hecho evidente, sino por su mera despótica voluntad, y bastaría, por consiguiente, una sola declaratoria de turbación del orden público no derogada por él o los Gobiernos subsiguientes, para que desaparecieran el Poder Legislativo, la Constitución y el régimen legal.

"No debe perderse de vista que las mismas disposiciones que contienen los Decretos que hoy se acusan fueron materia de proyectos de ley presentados por el Gobierno ante el Congreso, pero que los pareceres adversos con que fueron recibidos por la mayoría de los representantes del pueblo y por la opinión pública, hizo que el Ejecutivo acudiera al expediente de desentenderse del Congreso, abrogarse sus atribuciones y contrariar la voluntad pública, impugnando sus iniciativas.

"No hay duda de que el Gobierno tenía la obligación de restablecer el orden público al suscribirse el Acuerdo de Ginebra el día veinticinco de mayo de mil novecientos treinta y tres. El primitivo artículo de la Constitución de 1886, número 121, ordenaba:

'El Gobierno declarará restablecido el orden público luégo que haya cesado la perturbación o peligro exterior.'

"José María Samper, al comentar este artículo, escribe:

'Luégo (es decir) inmediatamente, "en seguida," como para señalar con más fijeza el plazo.'

"Y los constituyentes del año de 1910, en el ánimo de hacer más perentorio el término, cambiaron la expresión luégo, por la expresión tan pronto. Con todo, se desobedece a los constituyentes, y de una violación constitucional quiere hacerse fuente jurídica de prerrogativas extraordinarias.

"Es de notar que el constituyente, con la facultad de declarar turbado el orden público, que le confirió al Presidente, quiso imponerle una responsabilidad concreta para este caso particular, y después de haber dicho en general, artículo 29 del Acto legislativo número 3 de 1910: 'El Presidente de la República o quien haga sus veces será responsable por sus actos u omisiones que violen la Constitución o las leyes,' lo conmina a ser estricto en la implantación y ejercicio de las facultades extraordinarias, dentro del propio artículo 33 que las origina, con la severidad de estos términos:

'Serán responsables el Presidente y los Ministros cuando declaren turbado el orden público, sin haber ocurrido el caso de guerra exterior o de conmoción interior; y lo serán también, lo mismo que los demás funcionarios, por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades conferidas en el presente artículo.'

"Persuadido el constituyente de lo expuesto y delicadísimo de los poderes absolutos que visten al Presidente dentro de la llamada por Caro 'legalidad marcial,' le impuso al Gobierno para tal caso una responsabilidad especialísima, con redundancia de cierto modo, puesto que ya tenía establecida la de violación en general de la Constitución y las leyes. Tal responsabilidad es aplicable: si el Presidente declara turbado el orden público sin que en realidad lo esté, por no haber ocurrido uno de estos dos hechos o ambos; guerra

exterior, conmoción interior. Es además responsable con sus Ministros y funcionarios por abuso en el ejercicio de las facultades extraordinarias. El artículo 121 primitivo de la Constitución de 1886, sentaba la responsabilidad, pero sin especificación de los motivos que la generan y sin puntualizarla en la forma estricta que lo hizo el constituyente de 1910.

"Dice la primera parte del inciso 1º del artículo 33 del Acto legislativo número 3 de 1910:

'En caso de guerra exterior o de conmoción interior podrá el Presidente, con la firma de todos los Ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio **toda la República o parte de ella.**'

"Parece que el Gobierno al dictar el Decreto número 1475 de 1932, interpretó fielmente el espíritu constitucional, porque dijo en su 4º considerando:

'Que para la eficacia de las disposiciones del Gobierno en la Intendencia del Amazonas **es necesario extenderlas a las Comisarías del Caquetá y del Putumayo.**'

"Es evidente que al decir la Constitución: 'declarar turbado el orden público y en estado de sitio **toda la República o parte de ella.**' quiso establecer una diferencia respecto a la manera como se aplica en el territorio nacional el artículo 33 del Acto legislativo número 3 de 1910. Es de elemental hermenéutica preferir aquella interpretación de la ley que produce un efecto a la que no ocasiona ninguno. Cuando el constituyente dice que el orden público podrá declararse turbado y en estado de sitio toda la República o parte de ella, presenta al Ejecutivo dos recursos: si la situación lo impone, aplicar el artículo 33 a todo el territorio nacional; y si el mal que se busca corregir está localizado, aplicar el referido artículo en la comarca afectada únicamente. Y si procede dentro de la segunda posibilidad es claro que busca el Gobierno poner a salvo de ciertos defectos jurídicos a las regiones donde no está turbado el orden público y que no necesitan por lo mismo un régimen ejecutivo especial. De lo contrario no hubiese distinguido el constituyente entre la República toda o una parte de ella.

"Pero se dirá: a veces una necesidad de Estado impone que los territorios donde no está turbado el orden público sufran por solidaridad nacional las mismas consecuencias de los que afecta directamente con la declaratoria el Poder Ejecutivo.

"Previó ese caso la Constitución y autorizó al Gobierno a declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República. Admitir que la aplicación del artículo 33 a una parte del territorio nacional permite al Gobierno ejercitar en el país todas las facultades extraordinarias que se originan de tal precepto, es declarar que el constituyente estableció una diferenciación inconducente. Por el hecho de existir para el Amazonas, el Caquetá y el Putumayo el Decreto número 1475 de 1932, ¿será aceptable conceder al Gobierno en la ciudad de Barranquilla la facultad de expropiación, aunque la justifiquen motivos de utilidad evidente? Para satisfacer esos motivos dispone de un recurso que la Constitución le otorga, con el objeto de dar seguridad a los ciudadanos en cuanto se refiere a sus garantías y derechos individuales.

"Al dictar el Decreto número 1475 de 1932 no se consideró necesario en ese entonces ni después, señalar territorio distinto al de las dichas Intendencia y Comisarías para someterlo a las disposiciones extraordinarias que dictara el Gobierno. Y si esto es así, y si está restablecido el orden público en el Sur, ¿porqué razón o en virtud de qué facultad dicta el Gobierno los Decretos que acusamos, que violan la Carta Fundamental y que han sembrado el temor y la desconfianza, con grave detrimento para la marcha regular de la República y para su desarrollo económico?

"El inciso 3º del artículo 33 del Acto legislativo número 3 de 1910, dice:

'El Gobierno no puede derogar las leyes por medio de los expresados decretos. Sus facultades se limitan a la suspensión de las que sean incompatibles con el estado de sitio.'

"Es el caso, señores Magistrados, que el Decreto número 2432 de 1934, subroga en el fondo la Ley 81 de 1931, acerca del impuesto sobre la renta. Supongamos con interpretación amplísima, que las modificaciones esenciales que se introducen al tributo creado por la ley, no constituyen derogación de ésta. ¿Puede acaso el Presidente suspender esa ley? Nó, a nuestro entender, porque la Constitución sólo licencia a hacerlo con aquellas providencias legislativas que sean incompatibles con el estado de sitio. ¿Y qué incompatibilidad existe entre un tributo y el estado de sitio? ¿En qué puede estorbar el impuesto sobre la renta, tal como funciona por mandamiento legislativo; a las precauciones o medidas que tome el Gobierno en guarda del orden o en defensa de la soberanía patria? Pues no pareciendo tal circunstancia de incompatibilidad, no podía el Gobierno suspender esa ley, cuánto menos derogarla fácilmente.

"Y el artículo 67 del mismo Acto legislativo estatuye:

'En tiempo de paz no se podrá establecer contribución o impuesto que no figure en el Presupuesto de rentas, ni hacer erogación del Tesoro que no se halle incluída en el de gastos.'

"La inconstitucionalidad de los Decretos que demandamos es tanto más grave y lesiva de los intereses nacionales, cuanto que afecta el orden económico en su régimen tributario, pues entre los requisitos que la ciencia de la Hacienda Pública exige a los impuestos o gravámenes, está su legalidad, en primer término; con lo cual enseña que ellos se apliquen conforme a la ley preexistente que fija su cuantía y condiciones. No se crea que ese concepto de legalidad obedece a simples escrúpulos jurídicos de forma; él consulta sobre todo la imprescindible necesidad económica de que haya certidumbre y estabilidad en los valores.

"Porque todo impuesto afecta el patrimonio público, trastorna el capital nacional, y al gravar los bienes o las actividades, modifica sustancial-

mente las condiciones de la producción, circulación y consumo de la riqueza. Nada tan sensible a los designios del Poder Público, como el valor económico que pide seguridad y permanencia en los cánones que lo gobiernan. Para satisfacer esta exigencia nació exclusivamente el Parlamento, cuya función original fue la de guiar al soberano y disminuir sus prerrogativas, en lo atingente a las cargas y pensiones que sostienen el Estado. Y en todos los países del mundo, la creación y acondicionamiento de los impuestos es facultad que privativamente incumbe al legislador.

"Aun decretado constitucionalmente un nuevo tributo indirecto por el Congreso, nuestra Carta Fundamental impone que sólo se cobre seis meses después de promulgada la ley que lo establece, a efecto de no alterar brusca y súbitamente las condiciones de la economía, y aunque es cierto que los impuestos creados por los Decretos legislativos que venimos a demandar no son de los que se clasifican como indirectos, ha debido tener en cuenta el Gobierno al violar la Constitución para imponerlos, que si ellos vienen a gravar directamente a una determinada persona que los sufra, su repercusión e incidencia afecta todos los órganos de la economía pública.

"Además, aun en el supuesto, que no admitimos, de que el Gobierno estuviera facultado para derogar, modificar o sustituir leyes sobre impuestos y para crear nuevos gravámenes, se burlaría la fe pública si para satisfacer los gastos de la Nación se consideran como rentas periódicas fijas, arbitrios de emergencia condenados a desaparecer de un momento a otro.

"Señalamos como disposiciones constitucionales violadas expresamente por los Decretos materia de esta demanda y en el concepto que dejamos expuesto, las siguientes: artículo 6º del Acto legislativo número 3 de 1910; inciso 11 del artículo 76; inciso 2º del artículo 20 del Acto legislativo número 3 de 1910; incisos 1º, 3º y 4º del artículo 33 del Acto legislativo número 3 de 1910."

Oído el señor Procurador General de la Nación, quien conceptúa que los Decretos acusados son exequibles, se procede a decidir lo que se estima adecuado a la misión que le está confiada a la Corte, mediante las siguientes premisas:

Primera. El señor Procurador General, en la última parte de su vista, suscita una cuestión de competencia de la Corte para conocer de la presente demanda, cuestión que formula así:

"Antes de terminar suplico a los señores Magistrados se sirvan ponderar, si lo encuentran oportuno, la siguiente cuestión, relativa a la competencia que tenga la Corte Suprema de Justicia para conocer de demandas en que se acusen como violatorios de la Constitución, decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de la facultad establecida por el artículo 33 del Acto número 3 de 1910.

"Parece cierto que el mismo Decreto en que se declara turbado el orden público no puede acusarse por inconstitucional, porque si la Constitución deja tal declaración a discreción del Gobierno, dicho Decreto nunca será inconstitucional, sino que tan sólo podría acarrear responsabilidades al Presidente y a sus ministros (artículo 39, Acto número 3).

"De la misma manera, los decretos legislativos que en tales circunstancias dicte el Gobierno, tendrán siempre carácter constitucional, pues la Constitución confiere amplias facultades al Gobierno, en forma que si de ellas abusa, le acarreará las responsabilidades consiguientes (artículo 33 citado, inciso 5º), pero los decretos serán constitucionales, pues han sido dictados dentro de las facultades que concede el mencionado artículo 33.

"Si así no fuere, a la Corte Suprema pasaría el decidir sobre los medios propios para restablecer el orden público turbado, lo cual resultaría inconstitucional, porque el artículo 33 del Acto número 3, atribuye dicha facultad al Gobierno, bajo su responsabilidad."

Acerca de este punto cabe observar que según el texto del artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910, la competencia conferida a la Corte Suprema es genérica respecto de los actos que sean acusados como inconstitucionales. Ahora: que el acto acusado sea constitucional o nó, por cualesquiera razones o motivos, ésta ya es cuestión de fondo que en nada modifica la competencia del juzgador.

Segunda. Para proceder metódicamente, se analizará el contenido jurídico de cada una de las normas constitucionales en relación con las disposiciones de los Decretos acusados, así:

El artículo 57 de la Carta, declara:

"Todos los Poderes Públicos son limitados, y ejercen separadamente sus respectivas atribuciones."

El artículo 58 siguiente, respecto del Poder Legislativo, agrega:

"La potestad de hacer las leyes reside en el Congreso. El Congreso se compone del Senado y la Cámara de Representantes."

Y los artículos 59 y 60, de modo general, señalan las funciones de los Poderes Ejecutivo y Judicial, destacándose el concepto de esa limitación y separación en los términos del artículo 61, que dice:

"Ninguna persona o corporación podrá ejercer simultáneamente, en tiempo de paz, la autoridad política o civil y la judicial o la militar."

Consagran estos Estatutos esa limitación de los organismos del Poder Público en el ejercicio de la Administración, separando sus diversas atribuciones, de forma que las señaladas por el soberano a una entidad son, en tiempos normales, exclusivas suyas, sin que pueda otro organismo realizarlas, so pena de incidir en abuso y en violación de la Carta Fundamental, con menoscabo de su propia integridad. Limitación y separación aquéllas que coordinan y consolidan la forma democrática del Gobierno, estableciendo un control recíproco que contribuye a afirmar su responsa-

bilidad ante el soberano y que evita la acumulación de atribuciones en un solo organismo, el ejercicio inmoderado del Poder, generador del despotismo, de la arbitrariedad, que constituyen la negación de los derechos de la ciudadanía, sin los cuales no hay verdadera República, porque ésta no existe allí donde el ciudadano carece de las prerrogativas que le son propias, o donde sus garantías ante los Poderes Públicos, si escritas en el Estatuto Fundamental, no son respetadas por los mandatarios del pueblo. Por esto el Poder Político rige a los hombres, quienes naturalmente inclinados a asociarse, hacen que su libertad sea conforme a las normas que ellos mismos al organizarse en sociedad voluntariamente se trazan; y ese Poder no va más allá de la atribución que ellos confieren al mandatario, según la norma a que éste se halla sujeto por la libre determinación de la voluntad de los asociados, y más en los Estados republicanos modernos, donde los Poderes Públicos, antes que prerrogativas de los funcionarios, son limitaciones de su libertad. Por esto nuestra Constitución inmuniza los derechos individuales, haciendo responsables a los funcionarios públicos por infracción de la Carta o de las leyes y también por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas, según lo declara el artículo 20 de allí.

Por virtud de esa separación de atribuciones el soberano, al organizar el Poder Público como Gobierno, atribuye al organismo legislativo, esto es al Congreso, la facultad de dictar las leyes y de ejercer mediante ellas, entre otras, la de interpretarlas, reformarlas o derogarlas: la de establecer las rentas nacionales y fijar los gastos de la Administración; la de decretar impuestos extraordinarios cuando la necesidad los exija; todo esto según los ordinales 1º, 11 y 13 del artículo 76 de la Carta Fundamental. Y acerca de la iniciativa de las leyes, atribuye a la Cámara de Representantes, por el ordinal 2º del artículo 112, la de "iniciar la formación de las leyes que establezcan contribuciones u organicen el Ministerio Público"; y al Senado de la facultad de autorizar al Gobierno para declarar la guerra a otra nación, según el ordinal 9º del artículo 98 de la referida Carta.

Así también, corresponde al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, según el artículo 120:

. . . . . .

"8º Conservar en todo el territorio el orden público, y restablecerlo donde fuere turbado.

. . . . . .

"11. Proveer a la seguridad exterior de la República, defendiendo la independencia y la honra de la Nación y la inviolabilidad del territorio; declarar la guerra con permiso del Senado, o hacerla sin tal autorización cuando urgiere repeler una agresión extranjera; y ajustar y ratificar tratados de paz, habiendo de dar después cuenta documentada a la próxima legislatura. . . . ."

Y según el artículo 33 del Acto legislativo número 3 de 1910, "en caso de guerra exterior o de conmoción interior podrá el Presidente, con la firma de todos los Ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella. Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá, además de las facultades legales, las que, conforme a las reglas aceptadas por el Derecho de Gentes, rigen la guerra entre naciones.

"Los decretos que dentro de estos límites dicte el Presidente tendrán carácter obligatorio, siempre que lleven la firma de todos los Ministros.

"El Gobierno no puede derogar las leyes por medio de los expresados decretos. Sus facultades se limitan a la suspensión de las que sean incompatibles con el estado de sitio.

"El Gobierno declarará restablecido el orden público tan pronto como haya cesado la guerra exterior o se haya reprimido el alzamiento; y dejarán de regir los decretos de carácter extraordinario que haya dictado.

"Serán responsables el Presidente y los Ministros cuando declaren turbado el orden público sin haber ocurrido el caso de guerra exterior o de conmoción interior; y lo serán también, lo mismo que los demás funcionarios, por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades concedidas en el presente artículo.

"Restablecido el orden público, el Gobierno convocará al Congreso y le pasará una exposición motivada de sus providencias.

"En el caso de guerra exterior, el Gobierno convocará el Congreso en el decreto en que declare turbado el orden público y en estado de sitio toda la República, para que se reúna dentro de los seis días siguientes, y si no lo convocare, podrá el Congreso reunirse por derecho propio."

De suerte que a la luz de todas estas disposiciones, fácilmente puede concluirse que sólo en el caso extraordinario contemplado en el artículo 33, que se ha copiado, del Acto legislativo número 3 de 1910, y en el de la atribución 10 del artículo 76 de la Carta, que autoriza al Congreso para "revestir por tiempo, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen," sólo en estos casos, se repite, puede el Presidente de la República asumir la facultad legislativa de decretar impuestos de modo general, o los específicos que el Congreso mencione en la Ley sobre facultades extraordinarias. Conclusión que se encuentra corroborada por la disposición del artículo 6º del Acto legislativo número 3 de 1910, que dice:

"En tiempo de paz solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales podrán imponer contribuciones."

Respecto de este último texto, dijo la Corte en sentencia de veintiséis de septiembre de mil novecientos treinta y tres:

"Es preciso reconocer que el principio consagrado en el artículo 6º del Acto legislativo número 3 de 1910, constituye una preciosa garantía de los derechos ciudadanos, a la vez que una de las ma-

yores conquistas del Derecho Constitucional moderno. La potestad de imposición que antiguamente era ejercida discrecionalmente por el monarca como un derecho anexo a la Corona, ha venido a pasar de modo definitivo a los representantes del pueblo, sentándose así el principio de que ningún tributo puede ser establecido sin el consentimiento de aquellos que deben soportarlo, expresado por conducto de sus voceros en los cuerpos legislativos."

Y es que una experiencia muchas veces secular ha enseñado a los pueblos que cuando el poder de imposición y el de inversión de los dineros públicos se hallan concentrados en unas mismas manos, es muy difícil, cuando no imposible, obtener de una parte una celosa y eficaz recaudación de las rentas, y de otra, un verdadero orden y una estricta economía en los gastos. Cuando el Ejecutivo tiene abierta ad libitum la fácil puerta del aumento de los tributos y de la creación de otros nuevos, para el incremento del Tesoro Público, se corre el riesgo de que halle más expedito y cómodo este recurso que el de poner orden en la Hacienda Pública y entrar por el poco grato sendero de las economías. Quien tenga en sus manos semejante cúmulo de facultades nunca dejará de hallar razones reales o aparentes para inflar los presupuestos y gastar más allá de lo debido. Sólo el poder moderador del Congreso, que representa los intereses de la comunidad, puede obligar a la rama ejecutiva a tomar en cuenta en sus erogaciones la capacidad tributaria del país y las supremas conveniencias de la economía nacional.

Tan previsora ha sido a este respecto la Constitución colombiana, que no sólo ha privado en tiempo de paz al Ejecutivo de la facultad de establecer impuestos para asignarla de modo exclusivo al Congreso, a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales, sino que ha prescrito que toda ley que establezca una contribución debe tener su origen en la Cámara de Representantes, por ser ésta la que más directamente representa al pueblo y a la masa ciudadana.

Mas, como los Decretos acusados se fundan en las facultades que al Presidente de la República otorga el artículo 33 del Acto legislativo citado; "en que actualmente está turbado el orden público en la Intendencia del Amazonas y en las Comisarías del Caquetá y del Putumayo, territorios que se encuentran en estado de sitio desde el once de septiembre de mil novecientos treinta y dos, en que fue dictado el Decreto legislativo número 1475," los demandantes suscitan la cuestión referente a si cuando se dictaron los mencionados Decretos subsistía o nó el caso de guerra exterior o de conmoción interior, ya desde el punto de vista del hecho, ora desde el punto de vista jurídico, para que la Corte resuelva sobre el quebrantamiento de la Constitución en sus artículos 57, que establece la separación y limitación de las atribuciones del Poder Público; 38, que asigna al Congreso la potestad de hacer las leyes; 76, que en su ordinal 1º da a la misma corporación la facultad de reformar y derogar las leyes; la de establecer las rentas nacionales y la de decretar impuestos extraordinarios en el ordinal 11; el artículo 112, ordinal 2º, que da a la Cámara de Representantes la iniciativa de las leyes sobre el establecimiento de contribuciones.

Tercera. Desde el punto de vista de los hechos, se observa:

Es evidente para todos los colombianos que según el Decreto 1475 de 1932 (septiembre 11), el señor Presidente de la República, fundado en el hecho de que "en el Municipio de Leticia, capital de la Intendencia del Amazonas, se produjo el día primero de los corrientes un movimiento sedicioso, con el cual se ha visto subvertido el orden legal y desconocidas las autoridades de la República legalmente constituídas"; es evidente que con este fundamento de hecho, el señor Presidente de la República declaró turbado el orden público en la Intendencia del Amazonas y en las Comisarías del Caquetá y del Putumayo, "las cuales se consideran—dice el acto—en estado de sitio desde la fecha del presente Decreto."

Es evidente también que el artículo 33 arriba copiado autoriza al Presidente "para declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella"; facultad ésta que es armónica con el deber que la misma Constitución le impone, cuando en el artículo 120, ordinal 8º, le asigna la atribución de "conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado." De suerte que al hacer el señor Presidente aquella declaración, satisfizo de modo pleno las normas constitucionales.

Es evidente también, según declaración contenida en el mensaje del señor Presidente de la República, dirigido con fecha veinte de julio al Congreso Nacional de mil novecientos treinta y cuatro, página 21, que "el día diez y nueve de junio pasado quedaron restablecidas en el pueblo de Leticia y territorio adyacente sobre el río Amazonas, las autoridades colombianas, poniéndose término al mandato que para administrar ese territorio a nombre de nuestro Gobierno durante un año, se había concedido a una Comisión de la Sociedad de las Naciones..... La entrega a las autoridades colombianas se hizo el diez y nueve de junio; y de ello se dejó constancia en el acta del tenor siguiente:

'En la población de Leticia .....

'1. Habiendo expirado el plazo que para las funciones de la Comisión fijó el Acuerdo firmado en Ginebra el veinticinco de mayo de mil novecientos treinta y tres, entre Colombia y el Perú, la Comisión entrega formalmente y el señor Comisionado del Gobierno de Colombia recibe en nombre de dicho Gobierno el territorio administrado por la Comisión en virtud del mencionado Acuerdo y todos los bienes que en él posee el Estado colombiano, bajo cuya soberanía está dicho territorio en conformidad con el Tratado firmado entre Colombia y el Perú el veinticuatro de marzo de mil novecientos veintidós, vigente entre los dos países, según lo hizo constar el Consejo de la Sociedad de las Naciones al declarar en sus recomenda-

ciones de diez y ocho de marzo de mil novecientos treinta y tres:

'Que entrambas partes están de acuerdo en reconocer:

'a) Que el Tratado de 24 de marzo de 1922, entre Colombia y el Perú, está vigente; y

'b) Que como resultado de ese Tratado, el territorio denominado 'Trapecio de Leticia forma parte del territorio de la República de Colombia.'"

De igual modo es evidente, según el citado mensaje—página 24—que "la situación en aquellos territorios es hoy de tranquilidad satisfactoria. Nuestras autoridades proceden con un criterio de cooperación y de armonía que facilite en aquellas regiones fronterizas el trabajo de sus pobladores y haga cordialmente amistosas las relaciones con la nación vecina."

Y es un hecho que, según dicho mensaje—en la misma página—"en conformidad con las Recomendaciones de la Liga de las Naciones de diez y ocho de marzo de mil novecientos treinta y tres, y con el Acuerdo que en desarrollo de ellas fue firmado en Ginebra con la República del Perú, el veinticinco de mayo del mismo año, se reunió en Río de Janeiro la Conferencia que concluyó sus labores con el Protocolo suscrito el veinticuatro de mayo último y los Acuerdos que de él hacen parte integrante. Tal como lo estipula ese documento, será sometido a la aprobación de los Congresos de Colombia y el Perú. El Ministerio de Relaciones Exteriores, en la Memoria que presentará a las honorables Cámaras, insertará el texto de aquel Pacto, que puso término a una situación de grave peligro internacional y colocó de nuevo las relaciones entre los Gobiernos de Bogotá y Lima en un pie de buena voluntad, que ambos se esfuerzan en vigorizar, creando factores de entendimiento y de cooperación en las regiones amazónicas, con mutuo y permanente beneficio para colombianos y peruanos."

Las anteriores declaraciones presidenciales se encuentran corroboradas y reafirmadas de manera plena con el restablecimiento de las relaciones diplomáticas de la República de Colombia con la vecina del Perú, hecho que denota una situación no sólo de paz sino de cordialidad entre los dos países, de que da cuenta el **Boletín del Ministerio de Relaciones Exteriores**, correspondiente a los meses de julio y agosto de mil novecientos treinta y cuatro, en los siguientes términos:

"Por Decreto número 1133, de 15 de junio, el Gobierno de Colombia nombró al señor doctor Gabriel Turbay Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario en Lima, y el Gobierno peruano designó al señor doctor Víctor Andrés Belaunde para desempeñar igual cargo en Bogotá. El Excelentísimo señor Ministro del Perú fue recibido por el Excelentísimo señor Presidente de Colombia el primero de agosto, y el Excelentísimo señor Gabriel Turbay fue recibido el siete del mismo mes." (Página 432, opúsculo citado).

Ahora bien: sea que en el conflicto de Leticia haya habido guerra internacional, sin declaración autorizada por el Senado de la República, pero sí con ruptura de relaciones diplomáticas, hasta el punto de llevarse a cabo combates entre las fuerzas regulares de ambos Estados y de ser violado el edificio extraterritorial de nuestra Legación en Lima; sea que simplemente haya ocurrido una conmoción interior sujeta a la decisión de nuestra soberanía para imponer su imperio, o de nuestras fuerzas para debelarla; siendo así, como en realidad lo es, que ese conflicto, consistente ya en un movimiento sedicioso con el cual se violó el orden legal y se desconocieron las autoridades de la República legítimamente constituídas, o se desconoció nuestra soberanía y se violó nuestro territorio por un poder extranjero; bien se tenga ese conflicto en el concepto que se quiera, es lo cierto que él, como un hecho concreto y preciso, fue el que autorizó la expedición del Decreto 1475 de 1932, por el cual se declara turbado el orden público en la Intendencia del Amazonas y en las Comisarías del Caquetá y del Putumayo, las cuales se consideraron en estado de sitio desde la fecha de tal Decreto.

Empero, como según solemnes declaraciones del señor Presidente de la República, que arriba aparecen copiadas, el diez y nueve de junio de mil novecientos treinta y cuatro "quedaron restablecidas en el puerto de Leticia las autoridades colombianas," objetivo éste que era el que se perseguía al declarar turbado el orden público conforme a los términos del respectivo Decreto, "la situación en aquellos territorios hoy (el veinte de julio de mil novecientos treinta y cuatro), es de tranquilidad satisfactoria" y el Pacto "puso término a una situación de grave peligro internacional y colocó de nuevo las relaciones entre los Gobiernos de Bogotá y Lima en un pie de buena voluntad, que ambos se esfuerzan en vigorizar, creando factores de entendimiento y de cooperación en las regiones amazónicas, con mutuo y permanente beneficio para los colombianos y peruanos"; a lo cual se agrega el restablecimiento de las relaciones diplomáticas entre los dos países y la ausencia completa de actos de hostilidad que constituyen la guerra, conforme a las definiciones que de ésta dan los tratadistas de Derecho Público, siendo esto así, como es la realidad, hay que convenir con los demandantes que la situación de hecho que contempló el Decreto sobre turbación del orden público no persistía cuando se dictaron los Decretos acusados.

Cuarta. Desde el punto de vista jurídico, ocurre que el inciso 4º del citado artículo 33, al decir que "dejarán de regir los Decretos de carácter extraordinario que haya dictado" el Gobierno, ofrece la duda de que ese fenómeno y el consiguiente de no poder ya dictar otros nuevos, sean consecuencia de la cesación de la guerra exterior o de la represión del alzamiento, o lo sean de la declaración oficial sobre restablecimiento del orden público, hecha por el Presidente. Empero, la Corte no considera necesario dilucidar este proble-

ma, por cuanto los actores han presentado otro fundamento a su demanda que es de suyo suficiente para fallar con entera certidumbre. Tal fundamento es el que ellos exponen con base en la diferenciación de los dos casos que considera el artículo 33 del Acto legislativo número 3 de 1910, relativos a la extensión territorial del estado de sitio, ya a toda la República, o sólo a una parte de ella, para concluir que si el Presidente de la República limitó la declaración a la Intendencia del Amazonas y a las Comisarías del Caquetá y del Putumayo, los efectos de esta medida quedarán circunscritos a ese territorio por propia voluntad del Gobierno.

Acerca de esta tesis, la Corte observa:

Cuando el constituyente, en el artículo 33 que se comenta, estatuyó que puede el Presidente de la República en los casos de guerra exterior o de conmoción interior "declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella," dejó al Presidente la libertad de apreciación acerca de la necesidad de hacer uso de esta autorización constitucional respecto de toda la República o de parte de ella. Y es racional esta libertad, pues dados los fines de dicha autorización, la inminencia de los peligros exteriores y la magnitud de la conmoción—que puede referirse a todo el territorio de la República o a parte considerable de él, o a parte insignificante, a la repercusión del movimiento por la importancia de la localidad en que ocurriere—en estas circunstancias sólo el Presidente puede, asesorado por el Consejo de Estado, decidir acerca de la extensión del territorio de la República que fuere preciso sujetar al régimen de la legalidad marcial. Y para adoptar esta medida debe suponerse que el Presidente habría de tener en cuenta que no sería justo ni constitucional sujetar a mucha parte de la ciudadanía colombiana a la **máxima capitis deminutio** que implica el régimen del simple Derecho de Gentes, allí donde la Constitución ha fijado normas protectoras de los derechos individuales, entrante y como garantía de las usurpaciones que el Gobierno pudiera realizar.

Y como las facultades del Gobierno en materia de legislación, según lo expresa el artículo citado, se limitan a la suspensión de las leyes que sean incompatibles con el estado de sitio; y como esta incompatibilidad puede ocurrir en todo el territorio de la República cuando la declaración de turbación a todo él se refiera, o sólo en la parte de él que la declaración comprenda, hay que concluir que habiendo circunscrito tal medida, en el caso que se cuestiona y según el Decreto 1475 de 1932, tan sólo a la Intendencia del Amazonas y a las Comisarías del Caquetá y del Putumayo, los efectos constitucionales del estado de sitio quedaron limitados de modo expreso por el mismo Gobierno a estos territorios, y, de consiguiente, el resto de la República permaneció en paz, como lo estuvo cuando se hizo idéntica declaración respecto del Distrito de Manizales y la zona del ferrocarril de Antioquia. Y en estas circunstancias, constitucionales debe reconocerse que imperando el régimen de normalidad jurídica en el resto de la República, no pudo el Presidente, con fundamento en el artículo 33, reformar las leyes preexistentes en materia de tributos, ni tampoco decretar la contribución denominada "cuota militar." Y por este concepto son inexequibles las disposiciones de los Decretos acusados, como directamente violatorios de la del artículo 6º del Acto legislativo número 3 de 1910, que dice:

"En tiempo de paz solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales podrán imponer contribuciones."

Y aunque se insista en que "para atender a la defensa de las fronteras de la República es preciso llevar adelante la construcción de varias obras públicas, para algunas de las cuales no hay en el Presupuesto de mil novecientos treinta y cinco partidas apropiadas, y para otras son insuficientes las sumas votadas; y que, en consecuencia, el Gobierno está en la obligación de arbitrar los recursos necesarios para atender a la construcción de esas obras, por medio de la creación de nuevos tributos y la reorganización de los existentes; y en que, por razones claras de defensa nacional, ha sido preciso aumentar en forma muy considerable el presupuesto del Ministerio de Guerra para atender tanto a la defensa del territorio patrio como a la conservación y sostenimiento de los nuevos elementos adquiridos y a la reorganización de las dependencias de ese Departamento"; y aunque con todo eso se insista, es **imprescindible** reconocer que estando atribuída al Congreso, en tiempo de paz, la facultad de establecer las rentas nacionales y de fijar los gastos de la Administración, lo mismo que la votación del Presupuesto, en el cual no podrá incluírse partida alguna que no corresponda a un gasto decretado por ley anterior o a un crédito judicialmente reconocido; así como también la de decretar impuestos extraordinarios cuando la necesidad lo exija, y la de ordenar las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse (artículo 76 de la Carta); hallándose el Congreso investido de estas facultades constitucionales y encontrándose reunido en la fecha en que se expidieron los memorados Decretos, era a él a quien correspondía cumplirlas mediante la apreciación de las circunstancias tanto fiscales como económicas de la República, el querer de los ciudadanos por él representados y las condiciones de seguridad e integridad del territorio patrio.

Y no es obstáculo a esta conclusión la tesis de la solidaridad nacional que debe extender sobre todo el país las consecuencias del estado de sitio, porque, como se ha visto, es al señor Presidente de la República, previa audiencia del Consejo de Estado, a quien corresponde apreciar las circunstancias de hecho y sus consecuencias; y así como puede limitar su declaración a una parte del territorio, así también puede hacerla extensiva a toda la República. Y como según el Decreto 1475 de 1932, no obstante estar circunscrita la conmoción a la población de Leticia, el estado de sitio se extendió a la Intendencia del Amazonas y a las

Comisarías del Caquetá y del Putumayo, esta limitación prueba que el Gobierno consideró, tal como lo expresa el Decreto, que el estado de sitio y sus consecuencias sólo eran necesarios en aquella región. De suerte que la clara limitación allí establecida hace arbitraria toda otra interpretación que pretenda dársele.

Por otra parte, la tesis del señor Procurador haría prácticamente inútil la distinción constitucional entre el estado de sitio total para la República y el parcial para determinada porción del territorio; distinción que debe traer consigo consecuencias diversas para el uno y el otro caso, pues de lo contrario se llegaría a admitir que imperasen en la República a la vez dos regímenes distintos y opuestos entre sí: el régimen de la paz con la armónica distribución y limitación de los distintos organismos del Poder Público, el libre ejercicio del sufragio y de todos los derechos civiles y políticos de los ciudadanos, y el régimen del Derecho de Gentes o de la legalidad marcial, con la suspensión temporal de todas las leyes que garantizan esos derechos cuando fueren incompatibles con el estado de sitio, y con el derecho para el Presidente de la República de reunir y asumir en sí todos los poderes que corresponden al Legislativo, pudiendo hasta declararse en ejercicio del comando de la armada, dirigir las operaciones militares, etc., etc. Esta coexistencia de regímenes opuestos traería consigo la absoluta incertidumbre en cada miembro de la comunidad social acerca de su situación jurídica enfrente del Estado y respecto de sus conciudadanos.

En suma: hay que concluir que los Decretos acusados violan varios cánones constitucionales, y de una manera especial los consignados en los siguientes artículos: el 32 del Acto legislativo número 3 de 1910, en cuanto habiéndose declarado turbado el orden público solamente en una parte del territorio nacional, el señor Presidente de la República ha hecho uso de facultades extraordinarias respecto de todo el país; y en este mismo sentido el 76 de la Constitución, que señala entre las atribuciones del Congreso las de reformar las leyes preexistentes, establecer las rentas nacionales y decretar impuestos extraordinarios cuando la necesidad lo exija; el 57 ibídem, que consagra la limitación y separación de los Poderes Públicos; el 98, que en tiempos normales atribuye al Congreso la facultad de legislar, y el 6º del Acto legislativo número 3 de 1910, conforme al cual "en tiempo de paz solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales pueden establecer contribuciones."

Quinta. En el curso de la discusión de esta sentencia, según el acta de fecha veintiuno de marzo del corriente año, alguno de los señores Magistrados que integran la Sala, propuso lo siguiente, que fue negado por mayoría absoluta de votos:

"Antes de fallar, póngase en conocimiento de las partes la nulidad que aparece en la actuación, a partir del auto del seis de marzo en curso, por observarse que el Magistrado doctor Trujillo carecía de jurisdicción para ordenar el sorteo del Conjuez, y también porque el sorteo de éste no fue notificado previo un auto de sustanciación."

En esa discusión se tuvieron en cuenta estos motivos legales y circunstanciales del proceso: que según el inciso 2º del artículo 437 del Código Judicial, si el impedimento no es atendido, como ocurre en el presente caso, por tratarse de la causal 1ª del artículo 435 de allí, debe disponerse en el mismo auto que se pase el expediente a quien corresponda conocer del asunto"; que en este caso, en que los Conjueces están instituídos para reemplazar a los Magistrados impedidos, era preciso que el Presidente de la Corte realizara el sorteo para que el Magistrado impedido fuera reemplazado; que siendo facultad expresa y exclusiva del Presidente realizar aquel acto, era a él a quien debía pasar el expediente, de acuerdo con la simple razón y con lo dispuesto en una providencia ejecutoriada, por haberse notificado legalmente a las partes, quienes la consintieron, viniendo así a ser ley del proceso; que en auto de fecha trece de marzo el señor Presidente de la Corte dijo:

"De acuerdo con lo dispuesto en la última parte del auto que precede, señálase el día de mañana, a las nueve a. m., para verificar el sorteo del Conjuez que debe reemplazar al Magistrado impedido doctor Trujillo Arroyo, en el conocimiento y decisión de este asunto.

"Fíjese el aviso respectivo. Cúmplase."

Que siendo esta providencia de simple ejecución del auto anterior y de régimen interno de la Corte, bastaba la fijación del aviso para su puntual ejecución; que el aviso público del acto del sorteo se llevó a cabo en la forma acostumbrada, esto es, en el tablero colocado en lugar público de la Secretaría con este objeto, y que el sorteo se verificó de modo público por el Presidente y el Secretario, según la respectiva acta que figura en el proceso, y sin que ninguna de las partes concurriera.

Ahora bien: como las causales de nulidad en los procesos son taxativas, y como de otro lado en ninguna de las señaladas por el artículo 448 del Código Judicial están comprendidos los motivos de nulidad aducidos en la proposición de que se dio cuenta arriba, la Corte concluyó entonces y hoy ratificando su decisión, que tal nulidad no existe ni ha existido en este procedimiento.

Posteriormente, el veinticinco de marzo pasado, el señor Procurador General de la Nación, después de haber presentado su vista de fondo en el asunto y de haber sido notificado del auto dictado por el Magistrado impedido, según lo declara el mismo señor Procurador, suscita la misma cuestión de la nulidad de lo actuado, fundándose en que la actuación relativa al sorteo no le fue notificada y el sorteo se verificó sin citación suya; en que el inciso 2º del artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910 dice que la Corte falla estos juicios "previa audiencia del Procurador General de la Nación, y que por consiguiente deben notificársele personalmente todas las providencias que

en tales actuaciones profiera la Corte"; que el aviso del sorteo ha debido hacérsele personalmente, y que tampoco se le puso en conocimiento la designación del Conjuez para ejercitar el derecho de poderlo recusar, concluye pidiendo se declare "sin efecto lo actuado en estas diligencias desde que han venido a ser ilegales por falta de la debida notificación al Procurador General de la Nación."

En memorial de la misma fecha, también el señor Procurador, fundado en los mismos motivos, pide se declare nulo el sorteo del Conjuez porque no fue público, "porque no se me avisó dice—no puedo atestiguar la manera como se llevó a efecto, y por tanto tampoco puedo aceptar que la honorable Corte hubiera quedado debidamente integrada para fallar con el Conjuez que se afirma resultó electo."

Ya se ha visto que el auto en que el Magistrado impedido dispuso el sorteo del Conjuez que debía reemplazarlo quedó ejecutoriado y consentido por las partes, y el auto consecuencial en que se señaló día y hora para el sorteo, se dio a conocer, por disposición expresa de este mismo auto, en la forma reglamentaria ordinariamente practicada en la Corte, es decir, por medio de un aviso visible en la oficina de la Secretaría, según consta en el informe rendido por el señor Secretario sobre el particular.

La concurrencia al acto del sorteo del Conjuez del señor Procurador o de la parte actora era y es enteramente voluntaria, sin que esta asistencia o la falta de ella tenga o produzca efecto legal alguno, positivo ni negativo, ni para concederle autenticidad al acto ni para negársela. Basta para la eficacia y legalidad del sorteo del Conjuez o Conjueces de la Sala Plena la presencia del Presidente de la Corte y del Secretario, sin que a nadie le sea dable poner en tela de duda el testimonio que bajo su firma y la del Secretario deje el mismo Presidente en la diligencia respectiva. Esta diligencia, que es un documento auténtico, hace plena fe conforme a la ley y tiene el doble valor que le da el carácter oficial del funcionario que lo suscribe y la respetabilidad personal de él, que la Corte Suprema confirmó al elegirlo para el puesto de honor que desempeña.

Más tarde, en exposición de fecha veintinueve de marzo, el señor Procurador, fundado en que "se llama juicio la actuación más o menos dilatada en que el Juez adopta una resolución"; en que "el sorteo de un Conjuez es en sí un juicio, pues es independiente del resto de la actuación, ya que puede ocurrir o nó en ella," y que en tal acto, "mediante la disposición de balotas y nombres y valiéndose de la suerte, el funcionario que lo presencia declara quién fue el favorecido y autoriza para que se le cite, posesione y actúe"; en que el sorteo del Conjuez verificado en estas diligencias no fue un juicio público y con citación personal del señor Procurador; en que "cuando una citación debe ser personal, como a los funcionarios públicos con el carácter de tales (artículo 312, ordinal 2º, del Código Judicial), y no se verifica en tal forma, equivale a no haberla hecho"; fundado en esto concluye "si al Procurador General no se le citó al sorteo exigiendo la ley tal citación, y si la falta de citación es causal de nulidad en todos los juicios, síguese que el sorteo de Conjuez verificado sin dicho requisito, es nulo, y así debe declararlo la honorable Corte Suprema."

Y agrega el señor Procurador:

"Si el sorteo de Conjuez es nulo, según lo expuesto, la persona que allí resultó elegida no tiene legalmente el carácter de Conjuez, y no teniendo tal carácter, lo que la honorable Corte Suprema actúe con su intervención resulta igualmente nulo por falta de jurisdicción, pues el artículo 448, ordinal 1º del Código Judicial, establece que 'son causales de nulidad en todos los juicios:

'1º La incompetencia de jurisdicción.'"

Y concluye:

"Señaló expresa y concretamente como causales de nulidad en estas diligencias, las siguientes:

"a) La falta de citación personal al Procurador General de la Nación para el sorteo de Conjuez.

"b) Lo que la honorable Corte Suprema actúe con el Conjuez que resultó favorecido."

Según el criterio del señor Procurador, "el sorteo de Conjuez es en sí un juicio independiente de la actuación," porque el funcionario que lo realiza, valiéndose de la suerte "declara quién fue el favorecido." Mas ese acto no es juicio, porque en él no hay resolución del Juez más o menos dilatada, máxime cuando no es la decisión del Juez sino la suerte la que determina la elección; y siendo esto la verdad en el hecho, cae por su base el argumento de que en tal acto sea necesaria la citación personal que es indispensable para que quienes intervienen en los juicios no sean condenados sin haber sido oídos. Y es que, según el artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910 y según el artículo 30 del Código Judicial, la previa audiencia del señor Procurador en este juicio quedó satisfecha con el traslado que de la demanda se le confirió y con la vista que tiene presentada, según lo confiesa; y porque según sentencia unánime de la Corte Plena, de fecha ocho de septiembre de mil novecientos catorce, que lleva la firma y el voto, entre otros no menos respetables, de los doctos jurisconsultos Tancredo Nannetti, Luis Eduardo Villegas y Manuel José Angarita, "las acusaciones de leyes presentadas ante la Corte por cualquier ciudadano no tienen más tramitación que la audiencia del señor Procurador General," porque "dada la breve y sumaria tramitación que la Carta Fundamental les señala, no hay cabida a incidentes." (Gaceta Judicial, tomo XXIII, página 250, 1º).

Desaparecido el fundamento de hecho que el señor Procurador aduce, desaparece también su conclusión referente a la incompetencia de jurisdicción del Conjuez y a la nulidad de lo actuado posteriormente, máxime si se tiene en cuenta que no estando instituida como causal de nulidad la falta de citación al Procurador para que concurra

a la diligencia del sorteo, desde luego que en parte alguno de la ley procedimental se establece para la validez del acto la presencia de dicho funcionario, la consecuencia por él deducida es falsa, porque las nulidades procedimentales son limitadas, y no pueden alegarse ni reconocerse por deducción de hechos que no las causen, según la ley.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema, oyendo en Sala Plena, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, en desacuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación, resuelve:

1º No es el caso de decretar la nulidad procedimental pedida por el señor Procurador General de la Nación; y

2º Declárense inexequibles los Decretos número 2423, del 28 de diciembre de 1934, expedido por el Presidente de la República, por el cual se reorganiza la contribución denominada "cuota militar," y el número 2438, del 29 de diciembre del mismo año, de la misma procedencia, por el cual se reforman las disposiciones vigentes del impuesto sobre la renta, se aumenta la tarifa, y se establece un impuesto adicional; por ser violatorios, en el concepto ya expresado, de los artículos 33 del Acto legislativo número 3 de 1910, 76, 57, 58 de la Constitución Nacional y 6º del Acto legislativo citado.

Publíquese, cópiese y notifíquese; envíese compulsa auténtica de esta providencia al señor Ministro de Gobierno, insértese en la Gaceta Judicial, y oportunamente archívese la actuación.

IGNACIO GONZALEZ TORRES—Enrique A. Becerra—Jenaro Cruz V.—M. Conjuez, Carlos Bravo—Remigio González C.—José Joaquín Hernández—Manuel Vicente Jiménez—Germán B. Jiménez—Julio Luzardo Fortoul—Juan E. Martínez. Tancredo Nannetti—Juan Francisco Mújica—Augusto N. Samper, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado doctor Jenaro Cruz V.

Mi firma al pie de la sentencia anterior no significa que me halle conforme con todas y cada una de sus partes. La suscribo, porque a ello me obliga la ley. Y para no hacerme solidario en la responsabilidad que ella le acarrea a la Corte, hago uso del derecho que consagra el artículo 52 del Código Judicial, exponiendo las razones de mi disentimiento.

Unas de estas razones se refieren a cuestiones adjetivas o de procedimiento, y otras al fondo del problema sometido a la decisión de la Corte.

Cuestiones de procedimiento.

Cuando el Magistrado doctor Juan C. Trujillo Arroyo se declaró impedido para conocer del presente negocio, por concurrir en él la causal de impedimento enunciada en el ordinal 1º del artículo 435 del Código Judicial, debió limitarse a expresarlo así en el auto respectivo, y a ordenar que el negocio pasara al Conjuez que debiera reemplazarle, por tratarse de un impedimento inalienable (artículo 437 del Código Judicial).

Y como es indudable que la manifestación de un impedimento es un incidente del juicio, análogo al que surge de una recusación, puesto que ésta y el impedimento tienen las mismas causales, y la única diferencia entre ellos es que, en el primer caso, el propio Juez o Magistrado expone la causal que le inhibe para intervenir en el juicio, y en el segundo, es una de las partes quien recusa al juzgador, por estar impedido, es claro que en el caso del impedimento de que se trata, debió aplicarse el artículo 422 del Código Judicial, que enseña esto:

"Conocerá del incidente de recusación sobre un Magistrado, los demás que forman la Sala respectiva....."

Es decir, los once Magistrados restantes que forman la Sala Plena han debido conocer del impedimento manifestado por el doctor Trujillo Arroyo, no para calificar tal impedimento, ni para declarar separado del conocimiento del negocio a dicho Magistrado, puesto que de hecho estaba separado, sino para ordenar el sorteo de Conjuez y señalar día para ello.

Sin embargo, en el caso presente, fue el Magistrado impedido quien ordenó sortear Conjuez, y fue el Presidente de la Corte quien señaló día para el sorteo, cuando sólo le incumbía verificar éste, de conformidad con lo dispuesto en el ordinal 10 del artículo 53 del Código Judicial.

Lo que quiere decir que un Magistrado impedido y separado del conocimiento del juicio ordenó una actuación que correspondía a los once Magistrados restantes de la Sala Plena, y que el Presidente solo, decretó también lo que ha debido ordenar de acuerdo con los otros Magistrados de la misma Sala.

Deduzco de todo esto que la orden de sortear Conjuez y el señalamiento de día y hora para el sorteo, emanaron de quienes carecían de jurisdicción, y por eso son nulos, en mi concepto, tales actos.

Pero hay más: el auto suscrito solamente por el Presidente de la Corte, señalando día para el sorteo de Conjuez, no fue notificado a las partes.

Y encuentro el artículo 62 del Código Judicial, que manda esto:

"El acto del sorteo debe ser público, y avisarse **oportunamente a las partes.**"

¿Y cómo se da aviso a éstas de las actuaciones judiciales? Lo enseña el artículo 307 del Código Judicial, cuando dice:

"Las providencias judiciales se ponen en conocimiento de las partes y demás interesados **por medio de notificaciones**, que son, en lo general, personales, o por edicto, o en la forma prescrita en el artículo 310."

Con la circunstancia de que, tratándose de una notificación que debía hacerse al Procurador General de la Nación, no podía hacerse sino personalmente, según mandato del ordinal 2º del artículo 312 del Código Judicial.

Pues aquí no se hizo ni en esta forma ni en ninguna otra; porque el anuncio que se dio al público en un tablero de la Secretaría de la Corte, no es la notificación a las partes, y menos la personal, requerida para el Procurador; porque la ley manda que la notificación se haga en otra forma, que es ésta, según el artículo 308 del Código Judicial:

"De ella—de la notificación—se deja testimonio en una diligencia en que se expresa, en letras, la fecha en que se practica, el nombre y apellido del notificado y lo que se notifica; diligencia que ha de firmarse por éste, por el Secretario y el subalterno, si es el caso."

Y a quien dijese que la cita de un artículo e inciso es recurso de leguleyos para enturbiar las actuaciones judiciales, le contestaría que si la ley señala ciertas normas procedimentales, no le es dable a los Jueces preterm[illegible], so pretexto de abreviar la secuela judicial, porque eso conduce a la arbitrariedad.

Y menos deben pretermitirse tales formalidades, cuando su cumplimiento es indispensable para que produzca efectos la providencia a que aquéllas se refieren, como ocurre con las notificaciones, según el artículo 327 del Código Judicial, que prescribe esto:

"Por regla general ninguna resolución produce efecto antes de habérse notificado legalmente a las partes."

De modo que no sólo por haber ordenado el sorteo de Conjues y haber señalado día para el sorteo quienes carecían de jurisdicción, sino por haberse verificado dicho acto sin notificación del Procurador, el Conjuez entró a integrar la Corte en forma irregular, y no ha podido entonces adquirir facultades para intervenir en las deliberaciones de la corporación. Pues si "el empleo de Magistrado o de Juez se adquiere plenamente por el nombramiento seguido de la oportuna posesión....." hay que entender que tal nombramiento debe ser hecho por quien tenga facultad para ello, y nunca podrá sostenerse racionalmente que porque los Conjueces son sorteados y no nombrados para cada caso particular, sea legal la orden de sortearlos—que es lo que equivale a nombrarlos—por quien no tiene facultad para esto. Y menos si el sorteo se lleva a cabo omitiendo formalidades indispensables para que el acto produzca efecto.

Deduzco de lo expuesto que en la discusión de la sentencia anterior sólo intervinieron legalmente once Magistrados; que de las firmas que la autorizan hay una que no corresponde a un miembro de la corporación, y que, por consiguiente, no resulta expedida por la Corte Plena, constituída en la forma indicada en el inciso final del artículo 21 del Código Judicial.

Es decir, el fallo lo ha proferido la Corte Plena, pero integrada por un Conjúez, sin jurisdicción, y eso lo vicia de nulidad, según el ordinal 1º del artículo 448 del Código Judicial.

Y si así no fuere, el fallo es cuando menos prematuro. Porque habiendo promovido el Procurador la nulidad de parte de lo actuado, fundado en razones análogas a las que he expuesto, ha debido suspender la decisión final del juicio, y no resolver sobre aquélla en la misma sentencia; porque se trataba de un incidente que requería una decisión especial, como lo ordena el artículo 391 del Código Judicial, y es sabido que "la sentencia definitiva no se pronuncia mientras estén pendientes aquéllos, cuyo resultado pueda influir en la decisión final," como enseña el artículo 393 del Código Judicial.

Sobre todo, mejor hubiese sido que todas estas irregularidades se hubiesen corregido, como se propuso al iniciar el estudio del negocio, para evitar las objeciones infundadas que puedan hacer espíritus suspicaces, de que la Corte ha procedido con precipitud en este asunto.

Cuestiones de fondo.

I

Dos son las consideraciones expuestas por los actores para demostrar que los Decretos 2429, de 26 de diciembre de 1934, y 2432, de 29 de los mismos mes y año, expedidos por el Poder Ejecutivo, son violatorios de la Constitución Nacional.

Una de ellas puede sintetizarse así:

Las causas que dieron lugar al Decreto 1475, de 11 de septiembre de 1932, por el cual se declaró turbado el orden público en la Intendencia del Amazonas y en las Comisarías del Putumayo y del Caquetá, y en estado de sitio dichas regiones, había desaparecido en diciembre de 1934, y, por consiguiente, la normalidad estaba restablecida de hecho, y por tanto las facultades extraordinarias consecuenciales al estado de sitio había caducado virtualmente. De modo que cuando el Ejecutivo dictó los Decretos 2429 y 2432 de 1934, se fundó en la omisión en que ha incurrido, consistente en no haber cumplido con el deber constitucional "de reconocer por medio de un decreto, que han cesado los hechos constitutivos de la turbación del orden público," omisión que no es fuente de facultades lícitas, y es por eso por lo que los Decretos acusados son inconstitucionales.

Es decir, se sostiene la tesis de que el orden público queda restablecido tan luégo como hayan desaparecido los hechos que dieron lugar a su turbación, aunque el Ejecutivo no expida el decreto restableciéndolo y levantando el estado de sitio.

La Corte, a última hora, resolvió eludir el problema por este aspecto, "por cuanto los actores han presentado otro fundamento a su demanda, que es de suyo suficiente para fallar con entera certidumbre."

Pero acepta que "hay que convenir con los demandantes que la situación de hecho que contempló el Decreto sobre turbación del orden público no persistía cuando se dictaron los Decretos acusados."

No dice el fallo expresamente qué consecuencia deducir de ahí, por eso aparece un tanto desarticulado. Pero sí se comprende que la consecuencia implícita, dado que la Corte acepta que la afirmación de los demandantes, de que no existían los hechos que justificaron el estado de sitio cuando se expidieron los Decretos acusados, no puede ser sino una que armo-

nica con el grave cargo que la demanda le imputa al Ejecutivo de violación de la Constitución Nacional, por haber omitido expedir el decreto sobre restablecimiento del orden público.

Y para aquella aceptación y para esta sugerencia, la Corte no tuvo en cuenta sino los argumentos de los actores, que no son elementos de información suficiente para formar criterio.

En efecto: la mayoría de la Corte, obrando como Tribunal de hecho, siendo Juez de derecho, admite que el restablecimiento de las autoridades colombianas en Leticia; la terminación de la campaña en el Amazonas, Caquetá y Putumayo; los arreglos con el Perú; el restablecimiento de las relaciones diplomáticas entre esta nación y Colombia; la tranquilidad que reina en la frontera del Sur, y los demás hechos reconocidos en documentos oficiales—que no han sido traídos al proceso por las partes—indican que la normalidad impera en aquellas remotas regiones.

Mas no advierte que todo esto indicará, a lo más, que el conflicto creado por el Gobierno del Perú, al apoyar a los sediciosos que desconocieron las autoridades colombianas en el trapecio amazónico, ha sido conjurado. Es decir, que el estado práctico de guerra que existió entre Colombia y el Perú ya no existe.

Pero olvida que esto no quiere decir que no puedan persistir causas internas que mantengan una situación de hecho anormal en aquellos parajes.

Piénsese que se trata de una región de enorme extensión; de difícil comunicación con el resto del país; poblada a medias por tribus salvajes, en estado nómade, y sin sentido de patria, y por individuos en su mayoría brasileros, y peruanos de la región loretana, que es la que han considerado despojada del pueblo de Leticia y del trapecio que marcó el Tratado Lozano-Salomón, y donde el pretexto de la irredención de sus moradores, incubó el odio hacia las autoridades colombianas, y preparó el asalto al puerto colombiano en el Amazonas, considerado como una amenaza para el comercio de la remota Iquitos; y dígase si no es una iniquidad aceptar que el Ejecutivo ha faltado a sus deberes, conservando el estado de sitio, en vez de declarar restablecida la normalidad, que le impediría ciertas exigencias para el tráfico de nacionales y extranjeros, y las medidas conducentes al espionaje, al funcionamiento de la navegación en los ríos, al establecimiento de la colonización en las riberas de éstos, cuando no existen aun cuarteles y hospitales para el alojamiento de guarniciones, y, en una palabra, cuando apenas inicia una obra administrativa, que el reciente conflicto demostró que es urgente realizar, consolidando ante todo la autoridad por medio de una acción rápida, enérgica y sagaz.

Imprevisión del gobernante, esta sí culpable, sería devolverle la normalidad a la lejana frontera del Sur antes de que la aprobación y canje de ratificaciones del Protocolo de Río de Janeiro, por parte de Colombia y el Perú, no denuncie a nuestros vecinos que las dos naciones han llegado a un acuerdo de cordialidad y de mutuo entendimiento en la zona que fue afectada por el desconocimiento de la soberanía de la República dentro de su propio territorio.

Todo conduce a demostrar, pues, que no hay tal "que la situación de hecho que contempló el Decreto sobre turbación del orden público no persistiera cuando se dictaron los Decretos acusados."

Y menos debe afirmarse lo contrario por la Corte, que casi equivale a declarar restablecido el orden público y levantado el estado de sitio, cuando ésta es una atribución privativa y constitucional del Poder Ejecutivo, como se deduce de este precepto consignado en el inciso 4º del artículo 33 del Acto legislativo número 3 de 1910:

"El Gobierno declarará restablecido el orden público tan pronto como haya cesado la guerra exterior o se haya reprimido el alzamiento."

Se dirá que la Corte no hace tal declaración, sino que reconoce que por haber desaparecido las causas que dieron lugar a la normalidad, el orden público es un hecho consumado hoy. Mas esto es desconocer que solamente por un acto ejecutivo que levante el estado de sitio puede admitirse que a la región afectada ha retornado el orden; y me parece que en eso siempre hay una usurpación de atribuciones, aunque manifestada en forma menos franca.

Por eso, con perdón de mis distinguidos colegas, cuya sabia opinión merece que sea respetada con lealtad sincera, me parece inadmisible la duda que desde el punto de vista jurídico sugiere la sentencia, sobre si sea "la cesación de la guerra exterior o de la represión del alzamiento" o "la declaración oficial sobre restablecimiento del orden público, hecha por el Presidente," lo que produzca como consecuencia que dejen "de regir los Decretos de carácter extraordinario que haya dictado" el Gobierno, y que ya no pueda dictar otros nuevos. Porque para mí son absolutamente claras dos cosas:

1ª Que el estado de sitio no se entiende levantado ni restablecido el orden público, porque cesen los motivos que dieron lugar a declarar el primero y turbar el segundo.

2ª Que siempre se requiere para levantar el sitio y restablecer el orden, una providencia emanada del Poder Ejecutivo.

En otros términos: la normalidad legal no se entiende restablecida nunca de hecho, sino por un acto jurídico, que es privativo del Gobierno, y es entonces cuando caducan los decretos que haya dictado.

Para ver esto claro, no se requiere sino transcribir íntegro el inciso 4º del artículo 33 del Acto legislativo número 3 de 1910, y no una parte de él, como lo hace la sentencia:

"El Gobierno declarará restablecido el orden público tan pronto como haya cesado la guerra exterior o se haya reprimido el alzamiento; **y dejarán de regir los decretos de carácter extraordinario que haya dictado.**"

Y si el orden público se entiende que persiste turbado, mientras no se expida el acto jurídico que lo restablezca, es indicado que sólo cuando este acto se dicte cesan las facultades de que queda investido el Gobierno por consecuencia de la turbación del orden. Así lo enseña el mismo artículo 33 en su inciso 3º:

"Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá,

además de las facultades legales, las que, conforme a las reglas aceptadas por el Derecho de Gentes, rigen para la guerra entre naciones."

Para mí no hay duda, pues, de que el Gobierno no ejecutó un acto arbitrario cuando profirió los Decretos 2429 y 2432, de 28 y 29 de diciembre de 1934, porque procedió en uso de facultades constitucionales. Y así ha debido reconocerlo la Corte y rechazar categóricamente el motivo de acusación que queda analizado.

II

La segunda consideración que hacen los actores para demostrar la inconstitucionalidad de los referidos Decretos, la entiendo así:

Como el constituyente, en el inciso 1º del artículo 33 del Acto legislativo número 3 de 1910, dice que "en caso de guerra exterior o de conmoción interior podrá el Presidente, con la firma de todos los Ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella," es indudable que el Ejecutivo puede hacer uso de esa facultad, llegado el caso, de dos maneras: o aplicando la medida a todo el territorio de la República o circunscribiéndola a una parte de él.

Y como es en virtud de la turbación del orden público como el Ejecutivo queda investido, además de las facultades legales, de las que rigen para la guerra entre naciones, según el Derecho de Gentes, es indudable que sólo en donde se haya turbado el orden público se entenderá investido el Gobierno de facultades extraordinarias, y por consiguiente, sólo en el territorio afectado podrá hacer uso de ellas.

Y siendo así que el orden no está turbado sino en la Intendencia del Amazonas y en las Comisarías del Caquetá y el Putumayo, el Presidente se ha extralimitado en sus facultades al expedir los Decretos aquellos, que afectan no solamente la Intendencia y Comisarías dichas, sino toda la República.

La Corte acoge el argumento, y concluye que los Decretos violan la Constitución y los declara inexequibles.

Reconozco que el argumento, a primera vista, impresiona en contra de la actuación ejecutiva. Pero un análisis severo de la cuestión despeja el criterio, y conduce a una conclusión contraria.

Es indudable que el constituyente, al investir al Ejecutivo de tan amplias facultades para el caso de implantar la ley marcial, debió pensar que el Gobierno sería ejercido por hombres prudentes, cuando menos, y por eso, al delegarles la atribución de suspender las garantías constitucionales en toda la República o en parte de ella solamente, se propuso tan sólo señalar una norma inequívoca de proceder en forma tal, que nunca se produjese una perturbación mayor que la impuesta estrictamente por la necesidad.

Y jamás debe suponerse que el soberano se propusiera colocar al encargado de ejecutar la Constitución en el impase de permitir que se prolongase por tiempo indefinido un alzamiento interno o un peligro exterior, fáciles de reprimir o conjurar, circunscribiendo a una región tan sólo **todas las consecuencias funestas de un estado de sitio,** o de impedir aquello, difundiendo en la Nación entera la ley de guerra con todos sus fatales resultados.

Yo no puedo admitir una interpretación que conduce a tal conclusión; porque pienso en la sabiduría del constituyente, y no es posible entonces atribuírle un propósito distinto de armonizar el ejercicio del Poder con el bien público.

Y es incuestionable que éste se lesiona menos, evitando que una calamidad local extienda todas sus perniciosas consecuencias a la Nación entera.

La tesis de la Corte impide al gobernante proceder como estadista. Y contradice esta doctrina, que yo quisiera ver escrita en los muros del Palacio de Justicia, y que fue consagrada por la misma Corte, en sentencia de veintiséis de septiembre de mil novecientos treinta y tres:

".....no siendo el Estatuto Fundamental en sí mismo un fin, sino un medio para asegurar el bienestar común, no puede interpretársele en forma que sacrifique ese bienestar....."

Mis colegas en la disidencia ampliarán los puntos de vista que dejo expuestos brevemente, o trazarán otros nuevos, los cuales comparto con ellos durante los debates de la Corte.

Bogotá, abril 4 de 1935.

Jenaro Cruz V.

—o—

SALVAMENTO DE VOTO

del señor Magistrado doctor Remigio González Gooding.

A más de aprovechar la oportunidad para adherirse en un todo a las razones expuestas en el salvamento anterior, por el señor Magistrado doctor Cruz, el suscrito salva su voto en la sentencia precedente, por medio de la cual la mayoría de la Corte declara inexequibles los Decretos números 2429, del 28 de diciembre de 1934, por el cual se reorganiza la contribución denominada cuota militar, y el número 2432, del 29 de diciembre del mismo año, por el cual se reforman las disposiciones vigentes del impuesto sobre la renta, se aumenta la tarifa y se establece un impuesto adicional, ambos expedidos por el señor Presidente de la República, porque en su concepto, tales Decretos no son, como lo sostiene y resuelve la mayoría, violatorios de los artículos 33 del Acto legislativo número 3 de 1910, 76, 57, 58 de la Constitución Nacional y 6º del citado Acto legislativo.

La mayoría reconoce en el fallo, que el Gobierno tuvo razón, y sobrada, para dictar el decreto sobre turbación del orden público, por motivo de los acon-

hechos aludidos en el puerto colombiano de Leticia; y reconoce también que ese decreto está vigente, puesto que no ha sido derogado, ni se ha dictado hasta ahora el que restablezca la normalidad.

Al decir el artículo 33 del Acto legislativo número 3 de 1910, que "el Gobierno declarará restablecido el orden público tan pronto como haya cesado la guerra exterior o se haya reprimido el alzamiento; y dejarán de regir los decretos de carácter extraordinario que haya dictado," está indicado claramente que el restablecimiento del orden público es una consecuencia de la cesación de motivos que justificaron su turbación; que la apreciación de cuándo es que han cesado esos motivos corresponde al Gobierno, y muy especialmente que desde que se declare restablecido el orden público, no desde que, en concepto de algunos o de muchos ciudadanos, se estime que hayan cesado los motivos que justificaron el que se dictara el decreto sobre turbación. Cuando dejen de regir los de carácter extraordinario que haya dictado; y cesa también la facultad de dictarlos, que el mismo artículo le confiere al Gobierno, cuando dice que "Mediante tal declaración el Gobierno tendrá, además de las facultades legales, las que, conforme a las reglas aceptadas por el Derecho de Gentes, rigen para la guerra entre naciones," y que los decretos, que dentro de esos límites dicta el Presidente, tendrán carácter obligatorio, siempre que lleven la firma de todos los Ministros. De las argumentaciones de la mayoría de la Corte se deduce que ella considera violado tal artículo del Acto reformatorio, porque cree o se atreve a creer que cuando cesan las facultades extraordinarias del Gobierno es cuando dejan de existir los motivos que justificaron el decreto sobre turbación, y que en el presente caso, cuando se dictaron los Decretos acusados, esos motivos ya no existían; pero, como se ha visto, tal punto de vista es inaceptable, porque las facultades extraordinarias y los decretos que en virtud de ellas se hayan dictado, sólo cesan en sus efectos después de que se declare por el Gobierno el restablecimiento del orden público. Si el Gobierno no cumple con el deber de declararlo restablecido, tan pronto como desaparezcan los motivos que justificaron el Decreto sobre turbación; y otras muy distintas serían las consecuencias, pero nunca la de inexequibles o inconstitucionales los Decretos dictados por el Presidente, fuera de que, como ya se dijo, a quien corresponde apreciar esos hechos es al mismo Gobierno, y en el presente caso bien puede suceder, y seguramente sucede, que subsistan aún motivos suficientes para mantener en vigencia el Decreto sobre turbación del orden público. Si los Decretos acusados se dictaron en virtud de facultades conferidas al Gobierno por el mencionado artículo 33, y en el caso que éste contempla, mal pueden ser violatorios del mismo.

Considera la mayoría que los Decretos son violatorios del artículo 76 de la Constitución Nacional, que señala las atribuciones del Congreso, seguramente porque tales Decretos tienen fuerza de ley, pero no tuvo en cuenta que éste está dentro de las facultades extraordinarias de que quedó investido el Gobierno por virtud del Decreto sobre turbación del orden público, y mientras éste no sea restablecido en la forma ordenada por la Constitución. Si, pues, de acuerdo con ella el Gobierno, en esta situación, podía dictar decretos obligatorios, y con fuerza suficiente para suspender las leyes incompatibles con el estado de sitio, es indudable que no violó la Constitución al ejercer atribuciones que en el estado normal de paz sólo puede ejercer el Congreso Nacional. Pero la mayoría parte del supuesto inaceptable de que tales Decretos fueron dictados en estado de normalidad, solamente porque, en su concepto, en tal momento ya habían cesado los motivos por los cuales se decretó la turbación del orden público. Ya se ha dicho que tal afirmación es equivocada, porque de acuerdo con la Constitución, las facultades extraordinarias del Gobierno, provenientes de la turbación del orden público, sólo terminan desde que se dicta el decreto sobre su restablecimiento, y entonces cesan en sus efectos los decretos que se hayan dictado, como también la suspensión de las leyes que fueran incompatibles con el estado de sitio, terminado éste, vuelven a entrar en todo su vigor. Los Decretos que se dictaron sólo pudieron suspenderlas, pero no modificarlas ni derogarlas, como parece creerlo la mayoría sentenciadora. No se violaron, pues, con aquéllos las disposiciones que el artículo 76 de la Constitución Nacional.

Tampoco son contrarios los Decretos a los artículos 57 y 58 de la misma Carta, porque ellos no se oponen a la limitación de los Poderes Públicos, ni al dictarlos, el señor Presidente ejerció la potestad de hacer leyes, la cual reside en el Congreso. Ejerció el Gobierno solamente la facultad extraordinaria que le confiere el artículo del Acto legislativo número 3 de 1910, de dictar decretos obligatorios con fuerza suficiente para suspender las leyes contrarias al estado de sitio, en que se encuentra parte del territorio nacional, y así, no ejerció en manera alguna atribuciones que sólo corresponden al Poder Legislativo.

No se oponen los Decretos aludidos a. artículo 6o del Acto legislativo ya indicado, porque no se dictaron en tiempo de paz, sino durante la vigencia del Decreto sobre turbación del orden público. Hasta el presente no se ha declarado restablecido ese orden, y, por lo mismo, no han cesado las facultades extraordinarias que la Constitución inviste al Presidente durante el estado de sitio. No importa que en concepto de algunos o de muchos ciudadanos, se repite, hayan cesado ya los motivos que justificaron esa turbación, si en realidad ello no es así, y si el Gobierno no acepta tal concepto y no dicta el decreto sobre restablecimiento. Si con esta omisión faltara al cumplimiento de su deber, como parece que lo cree la mayoría de la Corte, las consecuencias serían muy distintas de la inconstitucionalidad de los Decretos acusados.

Pero el principal argumento en que se funda la sentencia anterior, consiste simplemente en que, cualquiera que el Decreto respectivo circunscribió la turbación del orden público a la Intendencia del Amazonas y a las Comisarías del Caquetá y Putumayo, las facultades extraordinarias de que quedó investido el Presidente también quedaron limitadas a esas regiones, y, por consiguiente, los Decretos acusados no pueden producir efectos en el resto de la República, que ha permanecido en estado de paz, y

por ende, son violatorios del artículo 6º del Acto legislativo mencionado, según el cual "en tiempo de paz solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales podrán imponer contribuciones"; pero a ello debe observarse que al disponer dicho artículo 33 que el Presidente podrá "declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella," y más adelante que, "mediante tal declaración, el Gobierno tendrá, además de las facultades legales, las que, conforme a las reglas aceptadas por el Derecho de Gentes, rigen para la guerra entre naciones," claramente está indicado que, siendo facultativo del Presidente declarar turbado el orden público en toda la República o en parte de ella, bien sea que haga la declaración en una u otra forma, adquiere todas las facultades que le confiere la Constitución, y sin distinción alguna. La mentada disposición no dice que esas facultades quedan circunscritas a la parte del territorio a que se refiere el Decreto sobre turbación, sino que, en virtud de la declaratoria, el Gobierno tiene, además de las facultades legales, las reglas aceptadas por el Derecho de Gentes, que rigen para la guerra entre naciones, y sin que esas facultades queden limitadas por el estado de sitio, si sólo se refiere a una parte del territorio. La distinción que hace la mayoría entre facultades para todo el territorio y facultades para el territorio comprendido en el Decreto sobre turbación del orden público, no se justifica, y es contrario a las reglas sobre interpretación, especialmente a aquella que dice que cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu.

Esa interpretación errónea, ilegal e injustificada desde luégo, traería por resultado el obligar a los Gobiernos a declarar en estado de sitio toda la Nación, aun cuando ello sólo fuera necesario en una parte del territorio, con todos los trastornos y funestas consecuencias de semejante declaración, porque de otro modo no podría tomar medidas suficientes para mantener el orden público y defender la integridad nacional, de lo cual salta a la vista lo absurdo de tamaña conclusión.

Tampoco debe perderse de vista que el artículo 6º del Acto legislativo número 3 de 1910 habla de tiempo de paz en general, y necesariamente debe entenderse que la limitación que él establece es para cuando toda la Nación se encuentre en estado de paz. Cuando una parte del territorio se halla en estado de sitio por virtud de la turbación del orden público, no puede decirse que sea tiempo de paz, y así el Gobierno puede ejercer las facultades extraordinarias que le confiere el artículo 33 del mismo Acto, sin violar el artículo 6º, puesto que no es tiempo de paz, sino de guerra, por estar turbado el orden público.

Muy distinta es la declaratoria del estado de sitio de las consecuencias de ese estado. Este puede limitarse a una parte del territorio, sin que las consecuencias dejen de afectar a toda la Nación. Bien sea que el Gobierno declare turbado el orden público en toda la Nación o parte de ella, adquiere, en su plenitud, las facultades que le confiere en tales casos el artículo 33 del Acto legislativo número 3 de 1910.

Tampoco puede aceptar el suscrito Magistrado la conclusión a que llega la mayoría con respecto a las irregularidades en que se incurrió en la tramitación del negocio, especialmente en el incidente sobre impedimento del señor Magistrado doctor Trujillo Arroyo, sobre las cuales, en asocio de los demás Magistrados de la minoría, llamó oportunamente la atención, en momentos en que, no habiendo otra providencia notificada a las partes, distinta del auto en que el doctor Trujillo manifestó su impedimento, fácilmente ha podido reponerse, sin inconveniente alguno, lo hecho de ahí en adelante.

En efecto: de conformidad con lo que dispone el artículo 437 del Código Judicial, el Juez o Magistrado impedido para conocer de un asunto debe manifestarlo así, exponiendo en un auto el hecho o hechos que constituyen el impedimento. Si éste es inallanable, en el mismo auto dispone que pase el expediente a quien corresponda conocer: no puede ser cuando se trata del impedimento de un Magistrado en negocio de que conoce la Corte Plena, sino esta misma Corte Plena, y, por consiguiente, es a ella a quien corresponde ordenar el sorteo del Conjuez.

En el presente caso no se hizo así, sino que el mismo señor Magistrado, en la misma providencia, dispuso que pasara el asunto a la Presidencia de la corporación para que se procediera al sorteo del Conjuez, ejerciendo de esta suerte una función que correspondía ejercer a la Corte Plena, por ser ésta la que conoce del negocio; y el señor Presidente, en vez de pasar el asunto al Magistrado sustanciador para que propusiera a la Corte Plena el auto en que se ordenara el sorteo de que se habla, dispuso en auto de fecha trece de marzo, que al día siguiente se verificara, aquél, lo que así se hizo, sin que ni siquiera hubiera tiempo de hacer la notificación de dicha providencia, con el pretexto de que bastaba que se avisara en un cartel fijado en la Secretaría, y sin tener en cuenta que la manera de dar aviso a las partes de lo que va hacerse en un proceso cualquiera, y se ordena por medio de un auto, es la notificación de éste: y que hay una regla que dice que ninguna resolución judicial produce efectos antes de haberse notificado legalmente a las partes, como también de que las notificaciones a los Agentes del Ministerio Público son personales.

Se hizo, pues, el sorteo del Conjuez sin estar ordenado por quien correspondía, y sin notificar previamente la providencia que señalaba día para tal sorteo, irregularidades que han debido ser subsanadas antes de dictar el fallo, para que la tramitación no quedara viciada, como indudablemente quedó.

Remiglo González Gooding

Bogotá, 6 de abril de 1935.

SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado doctor José Joaquín Hernández.

Dice la mayoría de la Corte:

"Mas como los Decretos acusados se fundan en las facultades que al Presidente de la República otorga el artículo 33 del Acto legislativo citado; en que actualmente está turbado el orden público en la Intendencia del Amazonas y en las Comisarías del Caquetá y del Putumayo, territorios que se encuentran en estado de sitio desde el 11 de septiembre de 1932, en que fue dictado el Decreto legislativo número 1475, los demandantes suscitan la cuestión referente a si cuando se dictaron los mencionados Decretos subsistía o nó el caso de guerra exterior o de conmoción interior, ya desde el punto de vista del hecho; ora desde el punto de vista jurídico, para que la Corte resuelva sobre quebrantamiento de la Constitución, en sus artículos 57, que establece la separación y limitación de las atribuciones del Poder Público; 58, que asigna al Congreso la potestad de hacer las leyes; 76, que en su ordinal 1º da a la misma corporación la facultad de derogar y reformar las leyes; la de establecer las rentas nacionales, y la de decretar impuestos extraordinarios en el ordinal 11; artículo 112, ordinal 2º, que da a la Cámara de Representantes la iniciativa de las leyes sobre el establecimiento de contribuciones.

"Tercera. Desde el punto de vista de los hechos, se observa: es evidente para todos los colombianos que según el Decreto 1475 de 1932 (septiembre 11), el señor Presidente de la República, fundado en el hecho de que en el Municipio de Leticia, capital de la Intendencia del Amazonas, se produjo el día primero de los corrientes un movimiento sedicioso, con el cual se ha visto subvertido el orden legal y desconocidas las autoridades de la República, legalmente constituidas"; es evidente que con este fundamento de hecho, el señor Presidente de la República declaró turbado el orden público en la Intendencia del Amazonas y en las Comisarías del Caquetá y del Putumayo,' las cuales se consideran dice aquel acto en estado de sitio desde la fecha del presente Decreto.

"Es evidente también que el artículo 33, arriba copiado, autoriza al Presidente 'para declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella,' facultad ésta que es armónica con el deber que la misma Constitución le impone, cuando en el artículo 120, ordinal 8º, le asigna la atribución de 'conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado.' De suerte que al hacer el señor Presidente aquella declaración, satisfizo de modo pleno las normas constitucionales.

"Es evidente también, según declaración contenida en el mensaje del señor Presidente de la República, dirigido con fecha veinte de julio al Congreso Nacional de mil novecientos treinta y cuatro, página 21, que 'el día diez y nueve de junio pasado quedaron restablecidas en el pueblo de Leticia y territorio adyacente sobre el río Amazonas, las autoridades colombianas, poniéndose término al mandato que para administrar ese territorio a nombre de nuestro Gobierno, durante un año, se había concedido a una comisión de la Sociedad de las Naciones.....'

"De igual modo es evidente, según el mensaje, página 24, que 'la situación en aquellos territorios es hoy de tranquilidad satisfactoria. Nuestras autoridades proceden con un criterio de cooperación y de armonía, que facilita en aquellas regiones fronterizas el trabajo de sus pobladores y se hace cordialmente amistosas las relaciones con la nación vecina.'

"Y es un hecho que, según dicho mensaje—en la misma página 'en conformidad con las recomendaciones de la Liga de las Naciones, de diez y ocho de marzo de mil novecientos treinta y tres,' y con el Acuerdo que en desarrollo de ellas fue firmado en Ginebra con la República del Perú, veinticinco de mayo del mismo año, se reunió en Río de Janeiro la conferencia que concluyó sus labores con el Protocolo suscrito el veinticuatro de mayo último, y los Acuerdos que de él hacen parte integrante. Tal como lo estipula ese documento, será sometido a la aprobación de los Congresos de Colombia y el Perú. El Ministro de Relaciones Exteriores, en la memoria que presentará a las Cámaras, insertará el texto de aquel Pacto que puso término a una situación de grave peligro internacional, y colocó de nuevo las relaciones entre los Gobiernos de Bogotá y Lima en un pie de buena voluntad, que ambos se esforzarán en vigorizar, creando factores de entendimiento y de cooperación en las regiones amazónicas, con mutuo y permanente beneficio para los colombianos y peruanos.'

"Las anteriores declaraciones presidenciales se encuentran corroboradas y reafirmadas de manera plena con el restablecimiento de las relaciones diplomáticas de la República de Colombia con la vecina del Perú, hecho que denota una situación no sólo de paz sino de cordialidad entre los dos países, de que da cuenta el **Boletín del Ministerio de Relaciones Exteriores**, correspondiente a los meses de junio y agosto de mil novecientos treinta y cuatro.

"Ahora bien: sea que en el conflicto de Leticia haya habido guerra internacional, sin declaración autorizada por el Senado de la República, pero sí con ruptura de relaciones diplomáticas, hasta el punto de llevarse a cabo combates entre las fuerzas regulares de ambos Estados, y de ser violado el edificio extraterritorial de nuestra Legación en Lima; sea que simplemente haya ocurrido una conmoción interior, sujeta a la decisión de nuestra soberanía para imponer su imperio, o de nuestras fuerzas para debelarla; siendo así, como en realidad lo es, que ese conflicto consiste ya en un movimiento sedicioso, con el cual se violó el orden legal y se desconocieron las autoridades de la República legítimamente constituídas, o se desconoció nuestra soberanía y se violó nuestro territorio por un poder extranjero; bien se tenga ese conflicto en el concepto que se quiera, es lo cierto que él, como un hecho concreto y preciso,

fue el que autorizó la expedición del Decreto 1675 de 1932, por el cual se declara turbado el orden público en la Intendencia del Amazonas y en las Comisarías del Caquetá y Putumayo, las cuales se consideran en estado de sitio desde la fecha de tal Decreto.

"Empero, como según solemnes declaraciones del señor Presidente de la República, que arriba aparecen copiadas, el diez y nueve de junio de mil novecientos treinta y cuatro quedaron restablecidas en el puerto de Leticia las autoridades colombianas; objetivo éste que era el que perseguía al declarar turbado el orden público, conforme a los términos del respectivo Decreto; la situación en aquellos territorios hoy (el veinte de julio de mil novecientos treinta y cuatro), es de tranquilidad satisfactoria, y el Pacto puso término a una situación de grave peligro internacional, y colocó de nuevo las relaciones entre los Gobiernos de Bogotá y Lima en un pie de buena voluntad, que ambos se esfuerzan en vigorizar, creando factores de entendimiento y cooperación en las regiones amazónicas, con mutuo y permanente beneficio para los colombianos y peruanos; a lo cual se agrega el restablecimiento de las relaciones diplomáticas entre los dos países y la ausencia completa de actos de hostilidad que constituyen la guerra, conforme a las definiciones que de ésta dan los tratadistas de Derecho Público; siendo esto así, como es la realidad, hay que convenir con los demandantes en que la situación de hecho que contempló el Decreto sobre turbación del orden público, no persistía cuando se dictaron los Decretos acusados."

Replico:

La tesis de los demandantes que acepta la mayoría, está sintetizada en el siguiente aparte:

"Hemos demostrado, y es de todo punto evidente, que mucho antes de la expedición de los Decretos acusados, había cesado toda conmoción interior y toda guerra exterior, luego el Gobierno, al dictarlos, no pudo fundarse sino en la violación, por su parte, del artículo 33 del Acto legislativo número 3 de 1910, que no en un estado real de turbación del orden público, exigido por la Constitución como requisito y fundamento de las facultades extraordinarias."

"En caso de guerra exterior—dice el artículo 33 del Acto legislativo número 3 de 1910 o de conmoción interior—podrá el Presidente, con la firma de todos los Ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio la República o parte de ella. Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá, además de las facultades legales, las que, conforme a las reglas aceptadas por el Derecho de Gentes, rigen para la guerra entre naciones.

"Los decretos que dentro de estos límites dicte el Presidente, tendrán carácter obligatorio siempre que lleven la firma de todos los Ministros.

"El Gobierno no puede derogar las leyes por medio de los expresados decretos. Sus facultades se limitan a la suspensión de las que sean incompatibles con el estado de sitio.

"El Gobierno declarará restablecido el orden público tan pronto como haya cesado la guerra exterior o se haya reprimido el alzamiento, y dejarán de regir los decretos de carácter extraordinario que haya dictado.

"Serán responsables el Presidente y los Ministros cuando declaren turbado el orden público sin haber ocurrido el caso de guerra exterior o de conmoción interior; y lo serán también, lo mismo que los demás funcionarios, por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades concedidas en el presente artículo.

"Restablecido el orden público, el Gobierno convocará el Congreso, en el decreto en que declare turbado el orden público y en estado de sitio la República, para que se reúna dentro de los sesenta días siguientes, y si no lo convocare, podrá el Congreso reunirse por derecho propio."

En armonía con el inciso 4º de la disposición transcrita, es atribución privativa del Presidente de la República declarar restablecido el orden público, previo concepto no obligatorio del Consejo de Estado. Jurídicamente, el estado de sitio existe en la Intendencia del Amazonas y en las Comisarías del Putumayo y Caquetá, puesto que el único que puede levantarlo es el Presidente de la República, cosa que no ha hecho, pero que hará una vez que se apruebe el Protocolo de Río de Janeiro.

La afirmación de que el Presidente no puede ejercer las atribuciones que le otorga el artículo 33, ora por haber cesado la guerra, ora por estar en tiempo de paz, conduce al desconocimiento del inciso 4º del artículo en referencia y de las funciones adscritas al Poder Ejecutivo.

La argumentación de esta parte de la sentencia cae por su base, si se analiza en el campo internacional, y si en ese campo se fija claramente la situación de Colombia y el Perú.

Las recomendaciones de la Sociedad de las Naciones, aceptadas por ambas partes, constituyen un armisticio, una suspensión de hostilidades, una paz temporal, acordada éste con el loable propósito de ponerle fin al conflicto, mediante un Tratado de paz. Respecto de este punto dice Fiore:

"Hemos dicho que el armisticio tiene la misma importancia que una paz temporal; pero sería un error suponer que el mismo valor jurídico, y que, en el curso de su duración, debe considerarse como terminado el estado de guerra, y suspendida, por consecuencia, la aplicación de todas las leyes y reglamentos que a tal estado se refieren. Nó; una cosa es la paz y otra el armisticio. Aunque Rutheefot denomina a éste **paz temporal**, no pueden confundirse jurídicamente ambas cosas."

El Tratado de paz es indispensable para ponerle término a la guerra internacional. Como dice el autor citado, "es necesario establecer concretamente el término legal de la guerra, por determinar cuándo cesa legalmente la aplicación del derecho de paz, y sostenemos que el único modo legal de poner fin a la guerra es restablecer formalmente las relaciones pacíficas entre los beligerantes, lo cual sólo puede hacerse mediante una convención expresa, que debe resultar de la estipulación formal de un tratado de paz. La cesación de las hostilidades no es suficiente, a nuestro modo de ver, para terminar la guerra, aun cuando sea la consecuencia de un armisticio general

para concluir la paz, porque, como hemos dicho anteriormente, el armisticio sólo suspende las operaciones de la guerra, no la concluye, y recomendamos las razones allí expuestas para restablecer la diferencia entre ambos casos."

Las recomendaciones de la Sociedad de las Naciones culminaron con el Protocolo de Río de Janeiro, suscrito por los Delegados de Colombia y el Perú, Pacto digno de toda loa, aplaudido por los Gobiernos amigos y por los Institutos de derecho internacional, que lo consideran como modelo de la solución pacífica de los conflictos internacionales.

De conformidad con preceptos constitucionales vigentes en los países contratantes, el Protocolo ha menester para su validez de la aprobación de los Congresos de los dos países. El Congreso del Perú lo aprobó, pero el de Colombia no lo ha aprobado aún, pero es seguro que lo ratificará la legislatura que se reúne el veinte de julio de este año.

El Protocolo es un pacto **ad referendum**. Aprobado por los Congresos, es una ley para los contratantes. Si no se aprueba, las cosas vuelven a su estado anterior.

El gobierno estadista que gobierna la República, en armonía con principios de derecho público y con las normas internacionales, no puede restablecer el orden público en el Amazonas, Caquetá y Putumayo, sino después de aprobado el Protocolo de Río de Janeiro.

Ningún mandatario liberal o conservador se atrevería a restablecer el orden en las condiciones actuales, lo cual equivaldría a abandonar la defensa de la soberanía nacional.

Si el Congreso hubiese aprobado el Protocolo, el Presidente hubiera levantado el estado de sitio en el Amazonas, Putumayo y Caquetá; pero como no fue ratificado, viose en la necesidad imperiosa de establecer los nuevos impuestos, como medida necesaria para defensa del territorio nacional.

Como la defensa nacional es el deber supremo del Gobierno, el constituyente le confirió facultades extraordinarias amplísimas, de las cuales ha de hacer uso oportuno y eficazmente.

En ejercicio de semejantes facultades, el Presidente dictó los Decretos acusados, indispensables para arbitrar los recursos necesarios. El buen éxito de la guerra ha menester, entre otras cosas, de dinero, dinero y más dinero.

En lo concerniente a impuestos, el constituyente otorgó al Presidente una facultad de que no disfruta el legislador. Ningún contribución indirecta o aumento de impuesto de esta clase empezará a cobrarse antes de seis meses después de promulgada la ley respectiva. Cuando el Gobierno está investido de facultades extraordinarias, los decretos que expida, referentes a impuestos indirectos, no quedan sujetos al término de los seis meses. (Artículo 1º del Acto legislativo del Congreso, Ley 24 de 1898).

Dice la mayoría de la Corte:

"Cuando el constituyente, en el artículo 33 que se comenta, estatuyó que puede el Presidente de la República en los casos de guerra exterior o de conmoción interior, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella, dejó al Presidente la libertad de apreciación acerca de la necesidad de hacer uso de la autorización constitucional respecto de toda la República o de parte de ella. Y es racional esta libertad, pues dados los fines de dicha autorización, la inminencia de los peligros exteriores y la magnitud de la conmoción, que puede referirse a todo el territorio de la República, o a parte insignificante, a la repercusión del movimiento, por la importancia de la localidad en que ocurriere, en estas circunstancias sólo el Presidente puede, asesorado por el Consejo de Estado, decidir acerca de la extensión del territorio de la República que fuere preciso sujetar al régimen extraconstitucional. Y para adoptar esta medida, debe suponerse que el Presidente habría de tener en cuenta que no sería justo ni constitucional sujetar a mucha parte de la ciudadanía colombiana a la **maxima capitis deminutio**, que implica el régimen del simple Derecho de Gentes, allí donde la Constitución ha fijado normas protectoras de los derechos individuales, en frente y como garantía de las usurpaciones que el Gobierno pueda realizar.

"Y como las facultades del Gobierno en materia de legislación, según lo expresa el artículo comentado, se limitan a la suspensión de las leyes que sean incompatibles con el estado de sitio, y como esta incompatibilidad puede ocurrir en todo el territorio de la República, cuando la declaración de turbación a todo el se refiera, o sólo en la parte de él que la declaración comprenda, hay que concluir que refiriéndose a ella, en el caso que se cuestiona, y según el Decreto 1475 de 1932, tan sólo a la Intendencia del Amazonas y a las Comisarías del Caquetá y el Putumayo, los efectos constitucionales del estado de sitio quedaron limitados de modo expreso por el mismo Gobierno a estos territorios, y, de consiguiente, el resto de la República permaneció en paz, como lo estuvo cuando se hizo idéntica declaración respecto de las ciudades de Manizales y Medellín. Y estas circunstancias jurídicas debe reconocerse que imperando la paz en el resto de la República, no pudo el Presidente, con fundamento en el artículo 33, reformar las leyes preexistentes en materia de tributos, ni decretar la contribución denominada..... ..... Y por este concepto son inexequibles las disposiciones de los Decretos acusados, como directamente violatorios del artículo 6º del Acto legislativo número 3 de 1910, que dice:

"En tiempo de paz solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales podrán imponer contribuciones."

"Y aunque insisto en que para atender a la defensa de las fronteras de la República es preciso llevar adelante la construcción de varias obras públicas, para algunas de las cuales no hay en el Presupuesto de mil novecientos treinta y cinco partidas apropiadas, y para otras son insuficientes las sumas votadas; y que, en consecuencia, el Gobierno está en la obligación de arbitrar los recursos necesarios para atender a la construcción de esas obras, por medio de la creación de nuevos tributos y la reorganización de los existentes; y que, por razones claras de defensa nacional, ha sido preciso aumentar en forma muy considerable el presupuesto del Ministerio de Gue-

ra para atender, tanto a la defensa del territorio patrio como a la conservación y sostenimiento de los nuevos elementos adquiridos y a la reorganización de las dependencias de ese Departamento; y aunque con todo esto se insista, es imprescindible reconocer que estando atribuída al Congreso, en tiempo de paz, la facultad de establecer las rentas nacionales y de fijar los gastos de la Administración, lo mismo que la votación del Presupuesto, en el cual no podrá incluírse partida alguna que no corresponda a un gasto decretado por ley anterior o a un crédito judicialmente reconocido; así como también la de decretar impuestos extraordinarios cuando la necesidad lo exija, y la de ordenar las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse (artículo 76 de la Carta); hallándose el Congreso investido de estas facultades constitucionales, y encontrándose reunido en la fecha en que se expidieron los memorados Decretos, era a él a quien correspondía cumplirlas, mediante la apreciación de las circunstancias, así fiscales como económicas de la República, al querer de la ciudadanía por él representada y las condiciones de seguridad e integridad del territorio patrio."

Con arreglo a la exposición transcrita, la mayoría de la Sala declara inexequibles los Decretos acusados, por violar el artículo 33 del Acto legislativo número 3 de 1910, por cuanto "habiéndose declarado turbado el orden público solamente en una parte del territorio nacional, ha hecho uso de facultades extraordinarias respecto de todo el país."

Replico:

De acuerdo con nuestra legislación, y con claros principios económicos de Hacienda Pública, los impuestos nacionales son de carácter general y rigen en todo el territorio de la República.

Conforme con el inciso 2º del citado artículo 33:

"..... los decretos que dentro de estos límites dicte el Presidente, tendrán carácter obligatorio, siempre que lleven la firma de todos los Ministros."

El tenor literal de esta disposición es harto claro. Habla de decretos obligatorios sin hacer distinción de ningún género.

El Juez y el intérprete no pueden hacer distinciones cuando la ley no las hace, dice un axioma jurídico.

"Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu." (Artículo 27 del Código Civil).

La mayoría de la Sala hace una sutil distinción, legalmente inaceptable. El orden público se turba en todo el país o en parte de él. Si lo primero, los decretos rigen en toda la República; si lo segundo, sólo rigen en las regiones declaradas en estado de sitio. La Intendencia del Amazonas y las Comisarías del Putumayo y del Caquetá están en estado de sitio, luego los Decretos acusados son inexequibles, por tener carácter general, pues en conformidad con el artículo 33, sólo pueden expedirse para que rijan en las regiones que están en sitio.

Conduce al absurdo la interpretación de la mayoría. Son inexequibles los decretos dictados por el doctor Olaya Herrera en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 33. La guerra con el Perú cuesta alrededor de sesenta millones, que han debido sufragar el Amazonas, el Putumayo y el Caquetá. El doctor López no puede arbitrar recursos de todo el país para la defensa nacional, sino de las deshabitadas y paupérrimas regiones que están en sitio.

Si el criterio de la mayoría fuese acertado, y si él hubiera sido guía del Gobierno, las fuerzas peruanas hubieran vencido en nombre de nuestra Constitución; hubieran entrado victoriosas a Bogotá, ya que la guerra es insostenible sin recursos pecuniarios.

A mi entender, el inciso 2º del artículo 33 es claro en su tenor literal; pero si fuese susceptible de interpretación, estimo que debe interpretarse de modo que no conduzca al absurdo. Es menester interpretarlo consultando su espíritu.

La Constitución de 1886, y la enmienda constitucional de 1910, confirieron sabiamente poderes omnímodos al Gobierno para mantener el orden público y para defender la soberanía nacional. El Presidente y sus Ministros son responsables por el abuso en que incidan en el ejercicio de las facultades extraordinarias.

Dice la mayoría de la Corte:

"En suma: hay que concluir que los Decretos acusados violan varios cánones constitucionales, y de una manera especial los consignados en los siguientes artículos: el 33 del Acto legislativo número 3 de 1910, en cuanto habiéndose declarado turbado el orden público solamente en una parte del territorio nacional, el señor Presidente de la República ha hecho uso de las facultades extraordinarias respecto de todo el país; y en este mismo sentido, el 76 de la Constitución, que señala entre las atribuciones del Congreso las de reformar las leyes preexistentes, establecer las rentas nacionales y decretar impuestos extraordinarios, cuando la necesidad lo exija; el 57 ibidem, que consagra la limitación y separación de los poderes públicos; el 38, que en tiempos normales atribuye al Congreso la facultad de legislar, y el 6º del Acto legislativo número 3 de 1910, conforme al cual, en tiempo de paz, solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales pueden establecer contribuciones."

Replico:

Merced a las razones expuestas ampliamente, los Decretos acusados no violan el artículo 33 del Acto legislativo número 3 de 1910, disposición infringida por la mayoría de la Sala por errónea interpretación. En cuanto a la violación de los artículos 56, 57 y 58 de la Constitución, y 3º del Acto legislativo número 3 de 1910, observo que ellos no son aplicables a los decretos-leyes que dicta el Presidente en ejercicio de las facultades extraordinarias. Mayor y evidente error el haber aplicado tales disposiciones al caso de la litis.

José Joaquín Hernández.

Bogotá, abril 9 de 1935.

SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado doctor Juan Francisco Mújica.

Al iniciarse la discusión en Corte Plena de esta sentencia, presenté la proposición sobre nulidad de lo actuado, transcrita en su considerando quinto.

A las irregularidades aludidas allí, agregó la de que se hizo el sorteo de Conjuez sobre una lista incompleta. De acuerdo con el artículo 57 del Código Judicial el número de Conjueces de la Corte Plena es la suma de los de todas las salas.

Los Conjueces se eligen de cinco. Por lo tanto, de oficio también deben ser reemplazados cuando, según el artículo 58 ibidem, les esté prohibido actuar como tales.

El doctor Miguel Abadía Méndez quedó incapacitado para ser Conjuez desde cuando tomó posesión, por nombramiento del Gobierno, del puesto que hoy desempeña.

La Sala de Casación Civil todavía no lo ha reemplazado, lo cual significa que la lista de los Conjueces de la Corte Plena está incompleta desde antes de verificarse el sorteo del Conjuez que tomó parte en este fallo.

Algunos ciudadanos también pretendieron intervenir, con un claro derecho, en el actual proceso, pero sus peticiones al respecto fueron sustanciadas tardíamente.

El prestigio de la Corte ha sufrido mengua, porque es esta corporación la más obligada a cumplir con plenitud todas las formalidades de cada juicio.

Yo considero que la Corte prehermitió el procedimiento en presencia de la necesidad de aprovechar esta singular oportunidad antes de la expiración de su período, para confirmar en su última sentencia doctrinaria los fines teológicos que la han guiado en la interpretación de nuestras disposiciones constitucionales.

El hecho de fuerza que en 1886 dio nacimiento al Estado colombiano actual, por medio de la Constitución que yo he jurado cumplir, pero no interpretar de la manera tradicional, se justifica ahora por la Corte con la teoría del contrato social.

Según el pensamiento de la mayoría, en parte tácita pero fácilmente comprensible, la sujeción al Estado se deriva de la propia voluntad de sometimiento de sus miembros, mediante la ficción de que los colombianos no pueden negarse a prestar su conformidad al actual orden constitucional, en el momento que tengan la visión recta de su interés bien entendido. El Estado, por ella, está consagrado por la religión y por la historia, merced a la gracia de Dios y a la legitimidad.

El fin, pues, que se propone la Corte, es el de que se mantenga en su forma primitiva a la materia de las relaciones sociales.

De consiguiente, la mayoría niega el valor jurídico de los Decretos legislativos acusados, porque los intereses de los individuos que constituyen la clase social afectada con los impuestos, tienden en el sentido dicho a la conservación del dato histórico, al mantenimiento de la tradición, y a que el orden legal existente no sea transformado sino por las fuerzas sociales que actúan de modo lento y secreto.

Por lo que se refiere al principio de la separación de los poderes, es sabido que él nunca ha sido respetado en la apariencia, sino en la misma medida en que se le ha violado en la realidad. Por la naturaleza misma del Estado, es imposible alcanzar con esa teoría el fin de capital importancia que a ella relacionaron sus autores: la libertad de los ciudadanos. Si el poder detiene al poder, lo que se consigue con ello es la inhibición recíproca de las tres famosas potencias estáticas soberanas, lo cual conduce al estancamiento y la anarquía.

Al invocar ese principio, la Corte lo violó. La libertad de los ciudadanos es negativa, porque todo lo social significa unión, vinculación y ocasión.

Sólo mediante el empleo del simple procedimiento deductivo, es como pudo la Corte deformar la complejidad del fenómeno social que analizó, para hacerlo encajar mal dentro del contenido de nuestro orden jurídico positivo.

Igualmente la Corte, con el objeto de reforzar en esta sentencia su finalidad doctrinaria, inaceptable para mí, pretendió mantener vivo el llamado dogma de la presencia real de los constituyentes de 1886 y 1910, en la universalidad de la vida social colombiana de hoy.

La sentencia declaró inexequibles los Decretos ejecutivos acusados, por violatorios de los artículos 33 del Acto legislativo número 3 de 1910; 76, 57, 58 de la Constitución Nacional, y 6º del Acto legislativo citado.

Ensayo hacer una refutación constructiva de la sentencia que en mala hora pronunció la Corte, con desconocimiento obcecado y voluntario de parte de ella, de los factores de todo orden que han venido transformando la realidad social colombiana, hasta culminar en el cambio actual del régimen gubernativo y de la vida toda del país.

Estado y Derecho son dos aspectos de una misma cosa, tan compenetrados como un organismo y su organización.

El Estado, como resultante de la agrupación de los hombres, es materia de la sociología y la economía, y allí está regido por la ley natural de la causalidad, así como el hombre también lo está por la misma ley cuando es el objeto de las ciencias psicológicas y biológicas. Pero el Estado, como expresión de Derecho, es estudiado por las ciencias normativas del deber ser, una de cuyas materias es la de la conducta humana.

De ahí que el Derecho no estudie al hombre sino a la persona.

Desde este punto de vista, que es el que me interesa ahora, el Estado no es sino una ordenación del Derecho, y el Derecho no es sino la ordenación de la conducta, por cuyo motivo el Derecho es medio para alcanzar un fin.

Si el Estado es una ordenación de derecho, debe necesariamente tener como elemento esencial el de la unidad. Los clásicos tres poderes del Estado no están yuxtapuestos, ni son distintos en su esencia, como tampoco se hallan inconexos, sino que constituyen una jerarquía de los distintos grados del proceso creador de las normas positivas.

En la base de la pirámide jurídica está la Constitución, que establece y fundamenta la unidad del derecho positivo.

Cada una de las normas de la Constitución contiene como elemento un hecho que la delimita, y que es la fuente de la creación de derecho en el grado inmediatamente inferior, y así, sucesivamente, de manera que lo que es hecho contemplado hacia arriba, se convierte en derecho, si se mira hacia abajo.

Esta teoría de la pirámide jurídica, originaria del expositor Kelsen, es, entre otras aceptables, la más adecuada para el propósito que enuncié atrás.

El artículo 33 del Acto legislativo número 3 de 1910 está delimitado por el hecho de la guerra exterior o de la conmoción interior, el cual es fuente de derecho para el Gobierno, cuando éste, por la realización de ese hecho, dicta el Decreto legislativo que declara en estado de sitio toda la República o parte de ella.

Este Decreto cumple en la pirámide jurídica, de acuerdo con el texto constitucional citado, un lugar intermedio entre la Constitución y la ley y el hecho formal que delimita su contenido; es fuente, a su turno, del derecho que crea el Ejecutivo al dictar decretos de carácter legislativo, encaminados al restablecimiento del orden público.

No puede desconocerse que la jerarquía de las funciones jurídicas, el acto que se realiza como origen del derecho creado por el hecho formal de la declaración del estado de sitio, debe ser conducente al restablecimiento de la normalidad legal. Así, verbigracia, un decreto legislativo que, apoyado en el que declaró turbado el orden público, suprimiera los Fiscales de los Juzgados Superiores de Distrito, rompería el sistema de la pirámide jurídica, por motivo de su notoria inconducencia.

Los Decretos legislativos acusados realizan realmente, por su fondo y por su forma, el hecho formal determinado por el Decreto que declaró turbado el orden público en la Intendencia del Amazonas y en las Comisarías del Caquetá y el Putumayo, aún vigente.

El fin social perseguido por aquellos Decretos, consistente en que los miembros del Estado, afectados por la perturbación del orden público, en virtud del principio de la unidad estatal, contribuyan en dinero, según sus capacidades económicas, al restablecimiento de la normalidad jurídica en una sección de la República, satisface de modo pleno una necesidad ajustada a las normas del deber ser.

Para la Corte, el Decreto legislativo que declara turbado el orden público tiene, por su aspecto esencial, fuerza de ley, de ordenanza o de acuerdo, según el contenido especial que adopte.

La tesis de la Corte confunde el acaecimiento de ciertos sucesos jurídicos, que no tiene lugar sino en la parte de la República indicada por el Decreto legislativo que declare turbado el orden público, con las consecuencias reales que, por causa de aquel Decreto, deben afectar en un momento dado a todos los miembros del Estado, en virtud de la unidad de éste.

Con apoyo en la teoría del Estado, que he expuesto, cabría continuar la crítica minuciosa de la sentencia, pero para ello tendría que referirme a las mismas cuestiones concretas que han tratado tinosamente mis compañeros de salvamento de voto, por cuyo motivo veo inútil hacerlo, ya que adhiero a sus conceptos jurídicos, los cuales confirman en todas sus partes la densidad y lógica de aquella teoría sostenida por mí.

Con el relato de los hechos—escogidos con una puerilidad morbosa que se hace en el considerando tercero de la sentencia, la Corte desconoció el principio fundamental del procedimiento que reglamenta los juicios de inexequibilidad, según el cual la función específica y exclusiva de ella es la del fallo, sin que en la preparación de los elementos que lo fundamentan tenga iniciativa propia.

Como he hablado del fin del Derecho, creo un deber advertir que para mí éste no constituye una fuerza determinante, y es sólo la expresión de las correspondientes relaciones sociales en las luchas de clases, y, por lo tanto, un efecto involuntario de las mutaciones de la economía. Pero así como la voluntad en la doctrina determinista—que también confieso—corresponde a un determinado radio de acción relativamente libre, considero que el Derecho puede revestir cierta forma que modifique en algo la materia de las relaciones sociales, modelada ésta por la manera de producir, distribuir y consumir la riqueza en un lugar y momento determinados.

Y los Decretos legislativos invalidados tendían a modificar en parte la materia de nuestras relaciones sociales.

Juan Francisco Mújica

Bogotá, abril 11 de 1935.

—o—

SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado doctor Tancredo Nannetti.

La sentencia de inexequibilidad de los Decretos legislativos sobre nuevos impuestos, hace un recuento de las disposiciones constitucionales que determinan la separación de los poderes públicos y sus correspondientes atribuciones; de las facultades que sólo tiene el Poder Legislativo de imponer contribuciones, y de los límites que tanto los principios como los preceptos positivos señalan al poder público en guarda de las garantías sociales y de los derechos de los ciudadanos en tiempo de paz, esto es,

durante la marcha ordenada de la República. Sostiene luégo que al dictar el Gobierno el Decreto número 1475, de 11 de septiembre de 1932, por el cual se declaró turbado el orden público en la Intendencia del Amazonas y en las Comisarías del Putumayo y del Caquetá, y en estado de sitio esas regiones del país, satisfizo de modo pleno las normas constitucionales, desde luégo que un movimiento sedicioso, ocurrido en la población de Leticia el 1º de septiembre, había subvertido el orden legal y desconocido las autoridades legítimamente constituídas.

En seguida entra a considerar, haciendo una relación de lo acaecido desde tal movimiento hasta la fecha de los Decretos acusados, que de hecho se ha restablecido el orden público en los territorios susodichos, y que la República está en paz.

Pero lejos de deducir una consecuencia pertinente al punto que se discute, esto es, sobre la inconstitucionalidad de los Decretos, por no haber sido dictados en uso de las facultades extraordinarias que otorga la Constitución al Gobierno en tiempo de guerra exterior o de conmoción interior, concluye de todos esos considerandos que la situación de hecho que contempló el Decreto sobre turbación del orden público, no persistía cuando se dictaron los Decretos acusados.

No se trata de hacer una crítica a las bases en que los Decretos se fundan, sino de saber si por el restablecimiento de la normalidad de hecho, que a juicio de la mayoría existe en el país, el Gobierno carecía de facultad para dictar los Decretos legislativos tachados de inconstitucionales. Pero la mayoría de la Corte elude la solución del punto, por cuanto en su concepto existen dudas acerca de si es el Presidente de la República quien debe decretar el restablecimiento del orden público, como lo preceptúa el artículo 33 del Acto legislativo número 3 de 1910, o puede hacerlo otra entidad. Dice que no es preciso dilucidar el problema, desde luégo que hay otro fundamento, que de por sí solo es suficiente para declarar la inexequibilidad de los Decretos, y sobre la base de que está vigente el que declaró en estado de sitio la Intendencia y las Comisarías mencionadas, expone que, según el Decreto 1475 de 1932, tan sólo la Intendencia del Amazonas y las Comisarías del Caquetá y Putumayo fueron declaradas en estado de sitio, luego los efectos de esa declaración quedaron limitados de modo expreso por el Gobierno a estos territorios, y por consiguiente, el resto de la República permaneció en paz, como lo estuvo cuando se hizo la misma declaración respecto de las ciudades de Medellín y Manizales; y que en estas circunstancias jurídicas debe reconocerse que, imperando la paz en el resto de la República, no puede el Presidente, con fundamento en el artículo 33, reformar las leyes preexistentes en materia de tributos, ni decretar la contribución denominada cuota militar, y por este concepto son inexequibles los Decretos acusados, como directamente violatorios del artículo 6º del Acto legislativo número 3 de 1910, que dice:

"En tiempo de paz solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Consejos Municipales podrán imponer contribuciones."

En relación con este artículo, considera la mayoría de la Corte que fueron violados también los artículos 76, 57 y 58 de la Constitución.

Este es el fundamento único del fallo que declaró inexequibles los Decretos acusados, y como no estoy de acuerdo con la estrecha interpretación, ceñida a la letra, que la mayoría de la Corte ha dado al canon constitucional en que basa su decisión, me aparto de ella por las razones que respetuosamente expongo en seguida:

Como lo más importante en las decisiones de la Corte no es generalmente el caso que está **sub judice**, sino la doctrina que ellas establecen sobre la inteligencia que debe darse a los preceptos constitucionales y legales en persecución de la justicia, que es la razón de ser de la ley escrita, me es imposible aceptar la aplicación rígida, puede decirse desprovista de espíritu, que en la sentencia se ha dado al artículo 33 del Acto legislativo número 3 de 1910.

En efecto: si es cierto que existe diferencia en las facultades del Gobierno cuando la turbación del orden público se refiere a toda la República o a parte de ella, desde luégo que en el primer caso los efectos del estado de sitio no están limitados a sección determinada del territorio, eso no excluye cuando el estado de sitio es parcial, que para lograr el objeto de defender la soberanía nacional o de reprimir el alzamiento de la región perturbada, tome el Gobierno en toda la República, y en uso de las facultades extraordinarias de que está investido, las medidas conducentes e indispensables para alcanzar el fin de la defensa social que se persigue.

En el caso presente, y sobre la base admitida por la mayoría de la Corte para su razonamiento, de que está vigente el Decreto que declaró el estado de sitio en la Intendencia del Amazonas y en las Comisarías del Caquetá y el Putumayo, sería infantil admitir que los impuestos sobre exceso de utilidades y sobre cuota militar, decretados con el fin de allegar fondos para la defensa nacional, sólo podrán cobrarse a los moradores de esas regiones semisalvajes y desiertas, como sería peligroso aceptar que bastaba a los perturbadores del orden público salirse del radio de la zona declarada en estado de sitio para que estuvieran protegidos por el derecho común.

Y no se objete que el remedio consiste en que la turbación del orden público se extienda a la República entera para comprender todos los casos que puedan ocurrir, desde luégo que el constituyente lo que ha querido es restringir los desastrosos efectos de la declaración del estado de sitio, que suspende todas las garantías, trastorna la economía nacional y difunde la inseguridad en todas partes, a los casos de excepcional gravedad para la vida del Estado, de manera que pudiera resultar el remedio mucho más pernicioso que el mal, circunscrito a una pequeña porción del territorio nacional. A esta conclusión habrá de llegarse si persistiera la doctrina que sienta la mayoría; pero si se entiende el artículo en el sentido de que, declarado el estado de sitio en una parte de la República, el Gobierno sólo puede dictar las providencias de carácter general que sean estrictamente indispensables y adecuadas para restablecer el orden público turbado, se evita el mal de que sea puesta en estado de sitio toda la Nación, al mismo tiempo que no se atan las manos al Gobier-

no para cumplir su deber constitucional, de conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo en donde fuere necesario.

Parece tan ajustada al derecho y a la hermenéutica esta solución, que así lo han practicado algunos Jefes del Estado, que se vieron en la necesidad de hacer uso de las facultades extraordinarias para restablecer el orden público.

Durante la Presidencia del doctor José Vicente Concha, por Decreto número 42 de 1917 fue declarado turbado el orden público en la Comisaría de Arauca y en la región de los llanos de Casanare, a causa de haber sido asaltada la ciudad de Arauca por una cuadrilla de malhechores, que privó de la vida al Comisario Jefe de la guarnición y a gran parte de los individuos que la componían. Para restablecer el orden público hubo necesidad de mandar fuerzas a esas apartadas regiones, y el Presidente Concha, entre otras disposiciones que estaba en el deber de dictar para la defensa del orden social, expidió, en uso de las facultades extraordinarias, con la firma de todos los Ministros, el Decreto número 67, de 13 de enero de 1917, por el cual, aparte de haber investido de poder al Jefe Civil y Militar de la Comisaría de Arauca, para organizar las fuerzas necesarias al restablecimiento de la legalidad en las regiones perturbadas, autorizó al señor Ministro de Guerra para hacer los gastos de material que exigieran las providencias de que se trata, y para prescindir de las formalidades que exige el Código Fiscal, en todos los casos en que por la urgencia del asunto no fuera posible llenar tales requisitos. Disposición ésta de carácter general, contraria a la ley, no vinculada a las regiones afectadas, pero atinente a la celeridad que requería la gravedad de las circunstancias.

Aconteció también que en el año de 1918, bajo la Presidencia del doctor Concha, hubo necesidad de declarar turbado el orden público en los Departamentos del Atlántico, Bolívar y Magdalena, a causa de haber degenerado en motines y tumultos varias huelgas de obreros en toda la costa atlántica.

La situación no se prolongó largo tiempo; pero para atender al restablecimiento del orden público, se expidieron, con carácter de urgencia, los Decretos legislativos números 2 y 3 de 1918. Por el primero se dictó una verdadera ley de carácter general sobre huelgas, precursora de la 78 de 1919, y por la segunda se dispuso:

"Los fondos sobrantes de la canalización del río Magdalena se destinan al pago de los gastos que demande la fuerza pública."

El primer Decreto no se limitó a las regiones declaradas en estado de sitio, y el segundo no debía cumplirse en ellas, pero ambos eran necesarios, conducentes al restablecimiento del orden público, turbado en una parte del territorio nacional.

En uso del mismo Decreto número 1475, de 11 de septiembre de 1932, que declaró turbado el orden público en la Intendencia del Amazonas y en las Comisarías del Putumayo y del Caquetá, se dictaron, bajo la Administración del doctor Olaya Herrera, muchos decretos encaminados todos a la defensa nacional, entre otros, el 1504, de 15 de septiembre de 1932, por el cual fueron prohibidas, bajo fuertes multas, las publicaciones e informaciones por la prensa que, a juicio del Gobierno, contrariaran las medidas de defensa nacional adoptadas por él mismo, o provocaran dificultades para el restablecimiento del orden y de la autoridad colombianas en las regiones declaradas en estado de sitio. Es de evidencia inmediata que esta prohibición no podía referirse sólo a tales regiones, donde no hay noticia de que existan imprentas; el Decreto número 1613 de 1932, que puso coto a los acaparadores de víveres y otros objetos necesarios para el abrovisionamiento de las tropas que iban a la frontera; el 301 de 1933, que estableció el impuesto de la cuota militar, el cual gravó a todos los colombianos mayores de diez y ocho años, en relación con el capital que poseyeran, etc.

Y no se diga que los Jefes del Estado que proveyeron a la defensa nacional y al restablecimiento del orden público con los decretos que se dejan anotados, violaron la Constitución. Sin mi concepto, la aplicaron de modo acertado y congruente con el alto fin que perseguían, desde luego que, como dejo dicho, cuando la perturbación del orden público se contrae a una parte del territorio, no debe llegarse al extremo desastroso de declarar en estado de sitio toda la Nación, siempre que se entienda que el Gobierno no queda cohibido para tomar aquellas providencias de carácter general, conducentes y necesarias para restablecer el orden en la región perturbada.

Como según jurisprudencia constante de la Corte, basada en los principios, ésta no puede, cuando cumple el altísimo encargo de guardar la Constitución, apartarse de la demanda en que se acusan como inconstitucionales las leyes y los decretos legislativos o ejecutivos, y como la sentencia de la Corte no tiene más fundamento para declarar inexequibles los Decretos acusados que el que he venido considerando en este salvamento, limito mi estudio a la cuestión que es materia del debate, y con todo acatamiento por la opinión de mis honorables colegas, salvo mi voto; pues por las razones que he expuesto, me es imposible aceptar la parte motiva, y como consecuencia la parte resolutiva de la sentencia.

Tancredo Nannetti

Bogotá, abril 12 de 1935.

SALA DE CASACION CIVIL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA—SALA DE CASACION CIVIL—BOGOTA, SEPTIEMBRE VEINTE DE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y TRES.

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

Por sentencia de diez de abril de mil novecientos treinta, el Juez 2º Civil de la Provincia de San José, en la República de Costa Rica, decretó la interdicción por causa de enajenación mental, del señor Alfredo Holte Castello Páramo; y mediante providencia emanada del propio Juez, el día veinticinco del propio mes, la señora Leonor Putnam de Holte Castello fue nombrada curadora del interdicto, y luégo se posesionó del encargo.

En memorial de diez y ocho de agosto pasado, la señora Putnam solicitó de esta Corte se disponga que la referida sentencia puede tener cumplimiento en Colombia.

Con tal fin, ha presentado copia de la sentencia de interdicción y del auto de nombramiento de curadora, autenticada con arreglo al artículo 657 del Código Judicial, y la partida de su matrimonio con Holte Castello, celebrado en la parroquia de San Victorino, de Bogotá, el tres de julio de mil novecientos cinco.

Según el artículo 666 del Código citado, la sentencia dictada en un país extranjero tiene aquí la fuerza que le concedan los respectivos Tratados existentes con ese país, y a falta de éstos, la que allí se otorgue a las sentencias proferidas en Colombia.

No adujo la peticionaria, con su memorial, la prueba de que en Costa Rica se les otorga fuerza a las sentencias dictadas por Tribunales colombianos; pero sí se refirió a la misma producida ante la Corte, al tratarse del cumplimiento de la sentencia de interdicción de la señorita Leonor Guzmán Esponda, pronunciada también por un Juez de aquella Nación.

En efecto: en sentencia de tres de diciembre próximo pasado, expedida para resolver la petición relacionada con la expresada señorita, manifestó esta Corte:

"Abierto el juicio a prueba, a solicitud del actor, se trajo a los autos copia auténtica de los artículos 1064 a 1071 del Código de Procedimientos Civiles de la República de Costa Rica, actualmente vigente, de cuyas disposiciones resulta que los fallos dictados por los Tribunales extranjeros pueden cumplirse en aquella República, mediante el lleno de los requisitos que exigen las legislaciones de casi todos los países, y que el Código Judicial colombiano establece en su artículo 557."

Considera la Sala que, versando el caso actual sobre un asunto de jurisdicción voluntaria, esto es suficiente para dar por establecido que en Costa Rica se ejecutan las sentencias dictadas en Colombia; pues en realidad, la Corte examinó el punto en la decisión transcrita, y lo halló satisfactorio.

Por lo demás, la sentencia cuyo cumplimiento se pretende, reúne las condiciones del artículo 557 del Código Judicial, pues en primer lugar fue dictada en consecuencia de una acción personal, cual es la que compete a un cónyuge para demandar la interdicción de su cónyuge por motivo de enajenación mental; en segundo, no afecta la jurisdicción nacional, ni por otro aspecto es contraria al orden público o a las buenas costumbres; y en tercero y último, la sentencia se dictó y está ejecutoriada conforme a la legislación de Costa Rica, lo cual se presume en virtud de haberse observado las formalidades del artículo 657 susodicho.

El señor Procurador General de la Nación ha emitido concepto favorable a la solicitud que se examina.

Así, pues, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decide que debe darse cumplimiento a la sentencia de interdicción de Alfredo Holte Castello Páramo y a la Resolución en que nombró curadora de éste a su cónyuge Leonor Putnam Tanco de Castello, proferidas ambas por el Juez 2º Civil de la Provincia de San José, en la República de Costa Rica, el diez y el veinticinco de abril de mil novecientos treinta, respectivamente.

Notifíquese y cópiese esta sentencia, y publíquese en la **Gaceta Judicial**. Archívense las diligencias.

JUAN E. MARTINEZ—**Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper**, Secretario.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA—SALA DE CASACION CIVIL—BOGOTA, VEINTE DE SEPTIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y TRES.

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Eustaquio Serrano, en representación de la sucesión de la señora Cecilia Rincón, demandó a Ramón Serrano para que se hicieran estas declaraciones:

"Primera. Que el acto o contrato consignado en la escritura pública número ciento setenta y siete (177), de fecha doce de abril de mil novecientos diez (1910), pasada ante el Notario 1º del Circuito de Sogamoso, acto o contrato llevado a cabo entre el demandado Ramón Serrano y María de Jesús Parra, es nulo, de nulidad absoluta, carece de causa real y lícita, y es simulado.

"Segunda. Que todas y cada una de las estipulaciones del acto o contrato, consignadas en la escritura pública número ciento setenta y siete (177), de

fecha doce de abril de mil novecientos diez (1910), mencionada en el capítulo anterior, tuvieron como causa el error sustancial en cuanto al origen y procedencia de los bienes sobre los cuales se llevaron, naturaleza y objeto del acto o contrato y existencia de la causa del acto o contrato mencionado, y falló, consiguientemente, y de manera radical, el consentimiento por parte de María de Jesús Parra en dichas estipulaciones, y en general en dicho acto o contrato.

"Tercera. Que los bienes inmuebles determinados en los primeros siete puntos de la escritura pública número ciento setenta y siete (177), de fecha doce de abril de mil novecientos diez, ya mencionada, fueron adquiridos durante la sociedad conyugal formada por el matrimonio católico del demandado Ramón Serrano con Cecilia Rincón, y que los inmuebles relacionados en la misma escritura bajo los cinco últimos puntos, fueron adquiridos por Cecilia Rincón como gananciales en su primer matrimonio con David Parra, y por consiguiente, respecto de los primeros no se ha llevado a cabo la liquidación de la sociedad conyugal Serrano-Rincón.

"Cuarta. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, la mitad de los bienes inmuebles habidos durante la sociedad conyugal formada por el matrimonio de Ramón Serrano con Cecilia Rincón, entre los cuales se encuentran los relacionados en los siete primeros puntos de la escritura número ciento setenta y siete ya mencionada, pertenecen en dominio y propiedad a la sucesión de Cecilia Rincón o a sus legítimos herederos, a quienes deben entregarse, previo el correspondiente juicio de liquidación, partición y adjudicación de la mencionada sociedad conyugal.

"Quinta. Que el demandado Ramón Serrano debe entregar a la sucesión de Cecilia Rincón o a sus legítimos representantes, dentro de tres días de notificada la sentencia, el valor de los frutos naturales y civiles de la mitad de los bienes pertenecientes a la sociedad conyugal Serrano-Rincón, todo lo cual se determinará por peritos dentro de este juicio.

"Sexta. Que son de cargo del demandado las costas de este juicio."

El doctor Luis S. Pinto, en representación de Ramón Serrano, contrademandó para que se declarara:

"1ª Que tanto la sucesión de la señora Cecilia Rincón, representada en la forma dicha, como el señor Eustaquio Serrano, han infringido la cláusula penal estipulada en el contrato de transacción contenido en el instrumento público número ciento setenta y siete (177), de doce de abril de mil novecientos diez, extendido ante el Notario 1º principal del Circuito de Sogamoso.

"2ª Que, en consecuencia, tanto la mencionada sucesión, representada en la forma expresada, como el señor Eustaquio Serrano, mancomunada y solidariamente, deben ser condenados a cubrir al señor Ramón Serrano, o a quien sus derechos represente, la suma de dos mil pesos ($ 2,000) moneda legal, seis días después de notificada la sentencia que recaiga a este juicio.

"3ª Que los demandados deben ser condenados a cubrir las costas de la demanda de reconvención y del juicio respectivo.

"Subsidiariamente, y para el caso de que usted tenga a bien hacer las declaraciones pedidas en la demanda contra el señor Ramón Serrano, le pido que declare que todos los bienes comprendidos en el instrumento público ya mencionado, o sea el ciento setenta y siete (177), de doce de abril de mil novecientos diez, otorgado ante el Notario 1º de este Circuito; así los que se asignaron en la transacción al cónyuge sobreviviente como los que se atribuyeron a la señora Cecilia Rincón (sic), como los que se dejaron al demandante señor Eustaquio Serrano por concepto de legados, pertenecen a la sucesión de la señora Cecilia Rincón, representada por Eustaquio Serrano y por el cónyuge sobreviviente Ramón Serrano, a quienes deben reintegrarse todos los bienes, para que procedan al correspondiente juicio de liquidación, partición y adjudicación de la extinguida sociedad conyugal Serrano-Rincón, teniendo por base de dicha liquidación el testamento solemne otorgado por la finada Cecilia Rincón, y contenido en el instrumento público número cuatrocientos diez y seis (416), de veinticuatro de diciembre de mil ochocientos noventa y uno, y otorgado ante el Notario 1º del Circuito de Sogamoso."

El Juez falló:

"a) No hay lugar a hacer las declaraciones solicitadas por el señor Eustaquio Serrano en la demanda principal, y de consiguiente, se absuelve al demandado señor Ramón Serrano, en razón de los cargos formulados contra él.

"b) Tampoco hay lugar a hacer las declaraciones pedidas por el doctor Luis S. Pinto, como apoderado del señor Ramón Serrano, en la demanda de reconvención, y por tanto, se absuelve al contrademandado señor Eustaquio Serrano de los cargos que principal y subsidiariamente se formularon contra él; y

"c) No se hace condenación especial en costas."

El Tribunal de Santa Rosa de Viterbo, en grado de apelación, reformó la sentencia de primera instancia y resolvió:

"Con fundamento en las razones expuestas, el Tribunal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

"Declárase probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva del actor, y, en consecuencia, absuélvese al demandado de todos los cargos de la demanda.

"Queda en estos términos reformada la sentencia recurrida en la única parte en que, conforme a la ley, fue objeto de la jurisdicción del Tribunal.

"Las costas del recurso son de cargo del apelante Eustaquio Serrano."

Eustaquio Serrano recurrió en casación, recurso que, admitido, tócale hoy a la Sala decidirlo.

El fundamento cardinal de la sentencia del Tribunal consiste en sostener que el demandante carece de personería para establecer la presente acción, ya que no habiéndose acreditado la muerte de David Parra, no puede considerarse disuelta la sociedad conyugal Parra-Rincón.

Así razona el fallador:

"Este razonamiento que se acaba de transcribir sobre la personería sustantiva del actor, y que ha

sido expuesta por el señor Juez a quo, indudablemente que podría acogerse por la Sala, si no contara entre sus bases un hecho sustancial, que habiendo debido probarse por el actor no aparece demostrado en parte alguna en ninguna de las formas autorizadas por la ley para tales casos. Tal hecho es el de la defunción de David Parra, primer esposo de Cecilia Rincón, hecho que ha debido probarse por las siguientes razones:

"a) Porque se halla puntualizado entre el segundo grupo de los hechos fundamentales de la demanda, y es de ese hecho precisamente del que, según los términos de ésta y según disposiciones de la ley, se hacen arrancar otros hechos y derechos no menos fundamentales en el asunto que nos ocupa, y de los cuales se hace mención en varios puntos de la demanda.

"b) Porque ese hecho, dada su naturaleza y esencia, como la importancia que para un litigio como el presente le asignan nuestras leyes, era indispensable demostrarlo para dar consistencia a la personería sustantiva del actor.

"En efecto: está demostrado que Cecilia Rincón contrajo matrimonio, en primeras nupcias, con David Parra, en noviembre de mil ochocientos cincuenta y uno, y en segundas nupcias, con Ramón Serrano, en octubre de mil novecientos setenta y cinco. Pero desde luégo que no está comprobado el fallecimiento de David Parra, cabe hacer las siguientes preguntas, en presencia de las declaraciones impetradas y de los hechos alegados por el demandante en su libelo de demanda: ¿es válido ante la ley, o es nulo y sin efectos civiles el segundo matrimonio de Cecilia Rincón? Cuestión es ésta que solamente habría podido dilucidarse en este pleito, demostrando, por alguno de los medios establecidos en nuestras leyes civiles, que la muerte de David Parra tuvo lugar antes de dicho matrimonio con Ramón Serrano. Y desde luégo que esa muerte no está comprobada en ninguna parte del juicio, queda pendiente una duda, sobre si es válido el segundo matrimonio ya dicho, o si se encuentra en el caso de nulidad de que habla el numeral 12 del artículo 140 del Código Civil, nulidad ésta que tiene un carácter insubsanable (Ley 57 de 1887, artículo 15).

"¿Se pretenderá acaso que se tengan como prueba de la muerte de David Parra, bien la escritura de transacción, impugnada en este pleito, bien la diligencia sobre partición de los bienes que se dicen de la sucesión de David Parra, o bien las posiciones del demandado, o el testamento de Cecilia Rincón, que obran en autos? No son estas las pruebas adecuadas para el caso, según lo disponen los artículos 22 de la Ley 57 citada, 350 del Código Civil y demás disposiciones concordantes de éste y del Código Judicial.

"Ahora bien: sin estar acreditada la muerte de David Parra, ¿cómo puede estimarse la disolución de la sociedad conyugal formada por éste y su esposa Cecilia Rincón, y qué valor puede tener la diligencia de partición de los bienes que se dicen quedantes a la disolución de dicha sociedad, o sea a la muerte de David Parra? Sabido es que la sociedad conyugal se disuelve en primer lugar por la disolución del matrimonio, y éste se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges (artículos 1820 y 52 del Código Civil). No estando demostrada la muerte de David Parra, no es posible dar fe, en rigor legal, dentro de este juicio, a la disolución de la sociedad conyugal ni a la partición de gananciales, a que se refiere esta última pregunta."

Sostiene el recurrente que el sentenciador violó, por errónea interpretación, el artículo 396 del Código Civil, porque la muerte de David Parra sí está comprobada por la prueba supletoria, como resulta de las diligencias practicadas en intereses de propiedad de Parra; el testamento de Cecilia Rincón viuda de Parra y lo afirmado en posiciones por Ramón Serrano.

Cierto es que la ley admite la prueba supletoria para probar el estado civil de las personas, pero no *ad libitum*; es indispensable que se compruebe la falta de las respectivas partidas civiles o eclesiásticas del registro del estado civil, cosa que no sucede en el presente caso, puesto que no se ha demostrado la falta de la partida de defunción de Parra, sino que, por el contrario, se comprobó esa existencia acompañando copia auténtica de ella, pero extemporáneamente, de suerte que no puede tenerse en cuenta.

Como ya se dijo, la base fundamental del fallo consiste en la falta de prueba de la defunción de Parra. Los argumentos del Tribunal respecto de las demás cuestiones debatidas en las instancias, son subsidiarios, para el caso de que sí estuviera probada la muerte de Parra; y por eso el sentenciador dice, después de estudiar la personería sustantiva del actor: "Conviene, sin embargo, no obstante que el presente fallo debiera terminar aquí, admitir, siquiera en grado de discusión, que la personería sustantiva del demandante Eustaquio Serrano se halla plenamente acreditada, a fin de pasar a verificar un estudio de los hechos fundamentales en que se apoya la sentencia."

Si las demás bases del fallo reposan en la suposición que hace el sentenciador, de estar comprobada la muerte de Parra, el estudio que de ellas se hiciere sería completamente baldío, porque aunque se reconociera que el Tribunal se equivocó en esas apreciaciones, y violó las disposiciones citadas por el recurrente, la sentencia no podría casarse, porque ya se ha asentado que el demandante no tiene personería sustantiva para demandar, motivo éste no infirmado, y sería una contradicción reconocer que el sentenciador infringió alguna de las disposiciones invocadas, cuando se acaba de reconocer que el demandante no tiene personería para intentar la acción incoada. Por consiguiente, la Corte considera improcedente entrar en el análisis pormenorizado de los motivos señalados en los ordinales segundo, tercero y cuarto.

Ahora: el hecho de la muerte de Parra es de vital importancia en la litis, porque si él no se demuestra legalmente, no podría liquidarse la sociedad conyugal Parra-Rincón, ni decretarse que los inmuebles relacionados en la escritura número 177, bajo los cinco últimos puntos, como dice la petición tercera de la demanda, fueron adquiridos como gananciales por la Rincón en su matrimonio con Parra.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema, en

Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, falla:

Primero. No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, de fecha veintiocho de octubre de mil novecientos treinta y dos.

Segundo. Las costas son de cargo del recurrente.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—**José Joaquín Fernández**—**Germán B. Jiménez**—**Augusto N. Samper**, Secretario.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA—SALA DE CASACION CIVIL—BOGOTA, SEPTIEMBRE VEINTITRES DE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y TRES.

(Magistrado ponente, doctor Francisco Tafur A.).

El señor Carlos Vellla, por medio de apoderado, demandó en vía ordinaria, ante el Juez del Circuito de Yolombó, al señor Prudencio Ceballos para que, por sentencia, se hagan las siguientes declaraciones:

"1ª Que el demandado Ceballos debe restituírle o entregarle a mi poderdante, dentro del término de tres días, un globo de terreno situado en jurisdicción que fue del Distrito de Yolombó y que hoy pertenece al Distrito de Cisneros, globo que está comprendido dentro de los siguientes linderos:

"Del alto de **Palmichal**, donde hay un mojón de hoyo, siguiendo por una cuchilla abajo, hasta llegar a una piedra, en la confluencia de las quebradas **Palmichala** y **Las Cruces**: **Palmichala** abajo, hasta encontrar linderos con finca de José María Franco, en una estrechura de peñoles que hace esta quebrada; de aquí, atravesando, hasta llegar a la carrilera del ferrocarril de Antioquia, a un amagamiento que está al pie de dicha carrilera: sigue por la cuchilla de ésta hasta llegar al amagamiento Olarte, y siguiendo éste hacia arriba, a buscar la cuchilla del alto de **Palmichal**, en el mojón de hoyo, punto de partida.

"2ª Que la restitución debe hacerla el demandado en conformidad con el artículo 962 del Código Civil, o sea comprendiendo en ella todas las cosas que forman parte de dicho terreno, y que se reputan inmuebles por la conexión con éste, según el capítulo 1º, Título 1º, Libro II, del mismo Código Civil.

"3ª Que el demandado Ceballos es poseedor de mala fe, y que, en consecuencia, debe pagar a mi poderdante, señor Carlos Vellla, los deterioros de dicho globo de terreno, provenientes de hecho o culpa del mismo demandado, los frutos naturales y civiles, desde que lo ocupó hasta que lo restituya, no sólo los percibidos sino también los que mi poderdante hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo el terreno en su poder; y que si no existen tales frutos, debe pagar su valor, a justa tasación de peritos, bien se haga en este juicio o en otro distinto.

"4ª Subsidiariamente a la petición anterior, o sea para el evento de que no se declare al demandado poseedor de mala fe, pido que se le condene a pagarle a mi poderdante los deterioros y frutos en armonía con el inciso 2º del artículo 963, y el inciso 3º del artículo 964, ambos del Código Civil. La suma a que por esto se le condene, será la que se fije por peritos en este juicio o en otro distinto, y debe pagarla dentro de seis días.

"5ª Que el demandado debe pagarle a mi poderdante las costas del presente juicio, si temerariamente le entrare a sostenerlo."

En derecho se fundó la demanda en los artículos 950, 951, 946, 659, 961, 962, 963 y 964 del Código Civil, y disposiciones concordantes, y en los siguientes hechos:

"Primero. Por escritura pública, marcada con el número 435, otorgada en la ciudad de Medellín, capital del Estado Soberano de Antioquia, el diez y nueve (19) de agosto de mil ochocientos sesenta y tres (1863), el señor Juan de S. Martínez, en su carácter de Administrador Principal de Correos, y por orden del Poder Ejecutivo, adjudicó a perpetuidad al señor Juan Lalinde un globo de terreno que éste había denunciado como baldío, situado en la aldea de Yolombó, en la margen izquierda del río Nus, alinderado así:

"Al Occidente, la segunda quebrada de **Olarte**, línea recta al alto **Palmichal**, por el filo que cae a las juntas de las quebradas **Cruces** y **Palmichala**. Al Norte, quebrada **Palmichala** abajo, al mojón 'D,' 1.300 metros del río, de aquí, línea recta, al morro **Tapado**, por el camino, dirección S. E., a la quebrada del Tapado, y por ésta, abajo, al río Nus. Al Sur, río Nus arriba, hasta la segunda quebrada de **Olarte**, primer lindero.'

"Segundo. El globo de terreno que se ha descrito en el numeral anterior, lo poseyó por espacio de muchos años, es decir, desde que fue adjudicado al mencionado señor don Juan Lalinde, hasta su muerte.

"Tercero. Muerto el poseedor, señor Lalinde, la finca mencionada pasó a poder de sus herederos, que lo fueron la señora Julia Lalinde de Restrepo y la señora Elena Lalinde de Vélez, a quienes se les adjudicó de por mitad esa finca, según consta en las respectivas hijuelas, las cuales fueron expedidas con las formalidades legales, previa aprobación de la respectiva partición.

"Cuarto. Estas señoras, como sucesoras del señor Lalinde, siguieron poseyendo esa finca y administrándola por medio de apoderados y mayordomos.

"Quinto. Por medio de la escritura pública marcada con el número 1079, otorgada en la Notaría 4ª del Circuito de Medellín, con fecha catorce de agosto de mil novecientos veintitrés, y previos los requisitos legales sobre autorización judicial, las señoras Lalindes citadas, por medio de sus representantes, vendieron a los señores Carlos Vellla e Isaac Mar-

línea el globo de terreno de que se viene haciendo referencia.

"Sexto. Estando estos señores en posesión regular de la finca, resolvieron dividirla en dos lotes, uno para cada uno de ellos; y en efecto, por medio de la escritura número 331, de fecha veinte de diciembre de mil novecientos veinticinco, legalizaron la partición de la finca, y correspondió a mi poderdante Velilla una parte de ella, que quedó alinderada así:

'De la segunda quebrada de **Olarte**, línea recta al alto de la **Palmichala**, por el filo que cae a las juntas de las quebradas **Cruces** y **Palmichala**; al Norte, quebrada **Palmichala**, abajo, al mojón 'D,' a mil trescientos metros del río; de aquí, línea recta, en dirección al alto del **Tapado**, hasta donde se ha de colocar un mojón, y de ahí en dirección a buscar la raíz de un pulvillo que hay en el monte, y siguiendo por éste, abajo, por una cuchilla, hasta el kilómetro ciento (100), y de éste arriba, hasta la segunda quebrada de **Olarte**, primer lindero.'

"Séptimo. El lote que acaba de describirse, y que es el que pertenece a mi poderdante Velilla, está situado en los Distritos de Yolombó y Cisneros, porque al crearse el último de estos Distritos se segregó del de Yolombó una parte de la finca para formar el territorio que hoy forma el expresado Municipio de Cisneros.

"Octavo. Dentro del globo de terreno que corresponde a mi poderdante Velilla, se situó el demandado Prudencio Ceballos, y procedió a hacer aberturas, a derribar montes, a hacer casa de habitación, a establecer cultivos de diverso género y a sacar las maderas y leñas existentes en los montes y rastrojos, y a ejercer actos de dominio como dueño y señor de un lote que él mismo alinderó así:

'Del alto **Palmichal**, donde hay un mojón de hoyo, siguiendo por una cuchilla abajo, hasta llegar a una piedra en la confluencia de las quebradas **Palmichala** y **Las Cruces**; **Palmichala** abajo, hasta encontrar linderos con la finca de José María Franco, en una estrechura de peñoles que hace esta quebrada; de aquí, atravesando, hasta llegar a la carrilera del ferrocarril de Antioquia, a un amagamiento que está al pie de dicha carrilera; sigue por la orilla de éste hasta llegar al amagamiento **Olarte**, y siguiendo éste hacia arriba, a buscar la cuchilla del alto **Palmichal** en el mojón de hoyo, punto de partida.'

"Noveno. El demandado Ceballos se titula poseedor de ese terreno, con ánimo de dueño y señor de él, alegando que el terreno es baldío, y que él lo posee a título de colono, privando así a mi poderdante de la posesión material de dicho globo, que forma parte de la finca descrita en el numeral sexto de esta demanda.

"Estos son los hechos en que funda la demanda, y la causa, razón o derecho en que la fundo, consiste:

"a) En que mi poderdante tiene derecho a promover acción de dominio o reivindicatoria, porque él tiene la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa.

"b) En que el demandado Ceballos se titula actual poseedor; y

"c) En que el derecho de cultivador o colono que alega Ceballos, no ampara a éste, toda vez que el terreno no es baldío, puesto que desde el año de mil ochocientos sesenta y tres salió ese terreno del dominio de la Nación, y dejó de ser baldío."

El demandado contestó la demanda, oponiéndose a que se hagan las declaraciones pedidas; negó en lo sustancial los hechos, y opuso las excepciones de carencia de acción o derecho en el demandante, la genérica (sic) de prescripción adquisitiva del dominio del inmueble que pretende reivindicarse, y la de todo hecho por el cual las leyes desconocen la existencia de la obligación, o la declaran extinguida, si alguna vez existió.

El Juez falló la controversia en estos términos:

"1ª No están probadas las excepciones perentorias opuestas por Prudencio Ceballos en su contestación a la demanda.

"2ª Dentro de los tres días siguientes a la notificación y ejecutoria de esta sentencia, el señor Prudencio Ceballos restituirá al señor Carlos Velilla el lote de terreno a que se refiere la demanda en el octavo de sus hechos fundamentales.

"3ª El demandado Ceballos es poseedor de buena fe, y como tal está obligado a pagar al demandante, previo juicio civil, el valor de los frutos percibidos desde la contestación de la demanda hasta el día de la entrega, quedando, eso sí, con derecho a que se le abonen los gastos de producción y las mejoras necesarias y útiles hechas para la conservación del inmueble. Sin costas."

A virtud de apelación interpuesta por ambas partes contra la sentencia anterior, el Tribunal Superior de Medellín la confirmó por la de fecha diez y siete de agosto de mil novecientos treinta y uno, con la sola reforma de considerar, como considerá al demandado, como poseedor de mala fe, para el efecto de las prestaciones mutuas.

El demandado interpuso recurso de casación contra dicho fallo, recurso que la Corte admitió oportunamente, por lo cual procede a decidirlo.

Fue fundado ante el Tribunal, y en él se alegaron las causales primera y segunda de las que reconocía el artículo 2º de la Ley 169 de 1896, vigente cuando aquél fue interpuesto. Con apoyo en dichas causales se acusa la sentencia como violatoria de la ley, a causa de interpretación errónea de ella, y también por mala apreciación de pruebas. Pero en la demanda de casación se limitó el recurrente a considerar la causal primera, por lo cual la Corte contrae su estudio a esta causal, observando orden inverso al empleado por el recurrente.

2º cargo. Tiene dos partes: 1ª, falta de apreciación de la prueba de confesión del demandante en los hechos octavo y noveno de la demanda; y 2ª, mala apreciación de la confesión del demandado en la contestación de la demanda y en posiciones que absolvió.

1ª parte. Falta de apreciación de la confesión del demandante.

Dice el recurrente que el Tribunal pasó por alto lo que el demandante aseveró en los hechos octavo y noveno de la demanda, cuando en el primero dijo su apoderado:

"Octavo. Dentro del globo de terreno que corres-

pondo a mi poderdante se situó el demandado Prudencio Ceballos, y procedió a hacer aberturas, a derribar montes, a hacer casa de habitación, a establecer cultivos de diverso género, y a sacar las maderas y leñas existentes en los montes y rastrojos, y a ejercer actos de dominio como dueño y señor," en un lote que dicho apoderado alinderó así:

"Del alto **Palmichal**, donde hay un mojón de hoyo, siguiendo por una cuchilla abajo, hasta llegar a una piedra, en la confluencia de las quebradas **Palmichala** y **Las Cruces**; **Palmichala abajo**, hasta encontrar linderos con la finca de José María Franco, en una estrechura de peñoles que hace esta quebrada; de aquí, atravesando, hasta llegar a la carrilera del ferrocarril de Antioquia, a un amagamiento que está al pie de dicha carrilera; sigue por la orilla de ésta hasta llegar al amagamiento **Olarte**, y siguiendo éste hacia arriba, a buscar la cuchilla del alto de **Palmichal**, en el mojón de hoyo, punto de partida."

"Hecho noveno. el demandado Ceballos se titula poseedor de ese terreno con ánimo de dueño y señor de él; alegando que el terreno es baldío, y que él lo posee a título de colono. privando así a mi poderdante de la posesión material de dicho globo, que forma parte de la finca descrita en el numeral sexto de esta demanda."

"Sostiene el recurrente que en esas declaraciones de la demanda, el actor reconoce formal y deliberadamente la pretensión del demandado, o sea que éste entró a poseer materialmente el globo de terreno de que se trata, con ánimo de señor o dueño, ejecutando actos de dominio, consistentes en los hechos que determina el demandante, los cuales constituyen la posesión material que describe el artículo 981 del Código Civil, cuya prueba queda constituída con la confesión del demandante en su propia demanda, y al no tener en cuenta el sentenciador esa confesión, violó las siguientes disposiciones sustantivas: el artículo 1769 del Código Civil y los artículos 555 y 556 del Código Judicial anterior, porque en esos hechos reconoce el demandante la pretensión del demandado. Que el artículo 569 del mismo Código Judicial establecía que 'contra la confesión hecha por alguna de las partes, no se admite prueba dada por la misma parte,' y que con esa confesión, cuando la hace el demandante, produce el efecto indicado en el artículo 575 de la misma obra, respecto del demandado, diciendo que es la relevación de toda prueba en favor de la contraparte.

"Por consiguiente, continúa el autor del recurso, 'en este juicio no puede admitirse el frustrado conato de prueba que el demandante intentó dar en el término probatorio, de que su poderdante había pagado arrendamientos, cuya contradicción es tan burda, que parece inconcebible que una persona en su estado psíquico normal pretenda sostener que un poseedor, a quien reconoce como dueño y señor, haya pagado arrendamientos en el tiempo de esa posesión, ejercida con ánimo de dueño, la cual consiste en no reconocer dominio ajeno.'"

Considera la Corte que al decir el recurrente que el Tribunal pasó por alto la confesión del demandante, principalmente en el hecho 8º de la demanda, invoca un error de hecho, que en efecto aparece claramente probado; pues el sentenciador no hizo mención en su fallo de esa confesión, que es completa, en cuanto al hecho alegado por el demandado, de ser poseedor del terreno materia de la litis, y, por consiguiente, con esa omisión, el sentenciador violó los artículos 1769 del Código Civil y los artículos 555 y 556 del Código Judicial anterior, relativos todos a la prueba de la confesión.

Segunda parte del cargo. Mala apreciación de la confesión del demandado, hecha en la contestación de la demanda y en posiciones.

Dice el fallo:

"Doy por cierto y demostrado que la ocupación del señor Ceballos pasa de treinta años, y que pasa de cuarenta y sube, como intentó probarlo su apoderado en esta instancia (como está comprobado—dice el recurrente con los testimonios de Dionisio Urrego, Pedro Henao, Elduvino Montalvo, Mario A. Tamayo, Justiniano Serna, Juan B. Naranjo, Vicente Velásquez y Eulogio Henao, testimonios que, calificados con el criterio del artículo 7º de la Ley 105 de 1890, saldrían en plano superior de certeza a la prueba contraria; pero que ni siquiera fueron leídos por el Tribunal sentenciador, dado el error de derecho que estoy analizando); sin embargo—continúa el Tribunal—se tiene en contra de él la errónea creencia en que estaba al ejercitar los actos de dominio de que tratan sus declarantes. Desde la contestación de la demanda, y en esta Superioridad así lo vuelve a confesar, reconoce que no tiene otro título que el de colono o cultivador. Esta apreciación es precisamente lo que desvirtúa por completo el alcance de su fingida posesión."

Sostiene el recurrente que el Tribunal apreció mal la confesión del demandado en los pasajes transcritos, y con esa mala apreciación violó las mismas disposiciones antes citadas, y, además, el artículo 34 de la Ley 169 de 1896, al tener en cuenta una manifestación favorable hecha por el demandado en pro de un tercero, como si se hubiera producido en pro del reivindicador.

En efecto—dice el autor del recurso—es principio de pruebas judiciales, preconizado en estos textos de legislación positiva, que la confesión debe producir perjuicio a quien la hace y aprovechar a quien la pide. No concurriendo estas circunstancias, se desnaturaliza la prueba, en otros términos, no hay confesión, en el sentido de prueba, para averiguar la verdad del hecho controvertido. En un sentido simplista la confesión es la declaración de una de las partes de la cual pueda resultarle algún perjuicio. Si éste no se produce, en el sentido de obligación, de vínculo, la confesión no tiene mérito, no es propiamente confesión. Cuando Ceballos asiente a su creencia de que el terreno es baldío—continúa el autor del recurso—y lo proclama en varias circunstancias, no hace manifestación que aproveche al reivindicador. En contrario, tal manifestación le es provechosa, porque así reconoce el elemento de la prescripción: la posesión sobre una cosa ajena. De modo que lo que debe tomarse en su provecho se toma en su contra, bajo el elemento perturbador, de que no podía prescribir contra el Estado, dueño de los terrenos baldíos que carecen de dueño, y que se encuentran dentro del territorio nacional (artículo 44 del Código Fiscal). Esa confesión es **res inter alios**, porque

la Nación no es la demandante en este juicio, y porque el señor Carlos Velilla no puede aprovecharse del reconocimiento que hiciera Ceballos en pro de ella.

Considera la Corte que en este punto también tiene razón el recurrente, porque al declarar el demandado Ceballos que no tiene otro título que el de colono o cultivador, no hizo confesión que lo perjudique, sino respecto del Estado, quien únicamente podría aprovecharse de ella. Esa confesión hay que tomarla en los términos en que se hizo, y de ellos no resulta que el demandado Ceballos hubiera querido desconocer su carácter de ocupante del terreno con actos materiales que ejecutó y ánimo de adquirirlo, respecto del Estado, por la adjudicación que el Gobierno le hiciera, y en orden a particulares, por los medios legales. En esa confesión aparece el ánimo predominante de adquirir, que echa menos el Tribunal, y lo que es más: el demandado Ceballos no reconoce el dominio al demandante para que, aun suponiendo de mera tenencia su título, no le sirviera para la prescripción, conforme a la circunstancia 1ª del artículo 2531 del Código Civil, o, mejor dicho, para que el demandante, que se pretende dueño, pudiera aprovecharse de esa confesión.

De modo que al interpretar el Tribunal que la confesión del demandado, hecha en la contestación de la demanda y en posiciones, lo perjudica, y aprovecha al demandante, dio a dicha confesión un alcance legal y jurídico que no comporta, y con esa errónea interpretación violó los artículos 553 y 556 del Código Judicial anterior, vigente cuando se interpuso el recurso.

Y en la observación que en paréntesis hizo el recurrente a la aceptación por el Tribunal, en el principio del aparte transcrito, sobre el hecho de que el demandado hubiera probado haber poseído el terreno por treinta años o más, se formula otro cargo por el autor del recurso contra el fallo, en cuanto sostiene que el Tribunal pasó por alto las declaraciones de los testigos Dionisio Urrego, Pedro Henao, Eduvino Monsalve, Marco A. Tamayo, Juan B. Naranjo, Vicente Velásquez y Justiniano Serna, testimonios—dice—calificados con el criterio del artículo 75 de la Ley 105 de 1890, saldrían en plano superior de certeza a la prueba contraria.

Entiende la Corte que con esa observación el recurrente quiso claramente formular el cargo de error de hecho en la apreciación de la prueba que suministran esos testimonios, comparados a la luz del artículo 75 de la Ley 105 de 1890 con los de la otra parte, sobre el punto de posesión del demandado Ceballos en más de treinta años, y sobre el concepto del Tribunal, de que hay declaraciones que permiten colegir que dicho demandado se reconoció arrendatario de los representantes de la parte actora. Por eso entra la Corte a examinar si existe ese error de hecho, para lo cual hay que considerar las declaraciones citadas en relación con lo que dicen las de la otra parte.

Los testigos Dionisio Urrego, Marco A. Tamayo, Eduvino Monsalve, Juan B. Naranjo y Pedro Henao declaran uniformemente que conocen personalmente el terreno disputado por los linderos indicados en la demanda. Que por ese conocimiento personal y directo les consta que desde que la estación del ferrocarril de Antioquia venía en Pavas, hace más de treinta y ocho años, el demandado Prudencio Ceballos se estableció en un lote de dicho terreno, con casa de habitación, sementeras de caña, plátanos, yuca, pastos artificiales de yaraguá, árboles frutales, quieta y pacíficamente, sin oposición ni intervención de extraños, y haciendo cercas con los colindantes, sin reconocer dominio ajeno, obrando como colono y cultivador de terrenos nacionales. Que como habitantes que han sido de la hoya del río Nus y parajes circunvecinos, nunca vieron que don Juan Lalinde, ni doña Elena de Vélez, don Isaac Martínez y menos don Carlos Velilla fueran reconocidos como empresarios ni como trabajadores en el terreno alinderado en el punto segundo de la demanda, que es el disputado; ni se les ha visto por sí ni por medio de mayordomos o trabajadores ocupando y poseyendo, ni un día ni un mes, dicho terreno, sino que han visto siempre y conocido allí al demandado Ceballos, como colono y cultivador, dueño del terreno y de las mejoras puestas en él.

Por su parte el demandante adujo, en el término probatorio del juicio, las declaraciones de Francisco Echeverri, Marco A. Moreno, Manuel Agudelo, Abel Zapata, Emilio Botero, Eladio Laverde, Dominga Cadavid, José Domingo Mira, Tomás Rivillas, José María Franco, David Rodríguez, Justiniano Serna, Rafael Castaño y Marcelino Medina.

Echeverri declara que fue administrador de la finca que hace parte del lote demandado, el año de mil novecientos diez y seis, cuando toda la finca era de don Juan Lalinde, hasta mil novecientos veintitrés, en que dicha finca pasó a poder de las personas a quienes se la vendieron los herederos de dicho señor. Que al declarante, como administrador de tal finca, le pagaban arrendamientos David Rodríguez, Justiniano Serna y Prudencio Ceballos, de las porciones que cada uno de estos últimos ocupaban allí. Que en mil novecientos diez y seis, cuando el declarante entró de administrador, encontró allí a Prudencio Ceballos con trabajos como cosechero, reconociendo el dominio de don Juan Lalinde; que ni Ceballos, Serna y Rodríguez eran conocidos como propietarios, y sólo de cuatro años anteriores a mil novecientos veintiséis, en que el testigo declara, Ceballos se ha venido considerando como propietario.

Manuel Agudelo declara que fue administrador de la finca de que hace parte el terreno materia de la demanda, en los años de mil novecientos siete y mil novecientos diez, finca de propiedad de don Juan Lalinde, y que pasó después a sus herederas, señoras Elena Lalinde de Vélez y Julia Lalinde de Restrepo. Que los cosecheros que ocupaban la banda derecha de la quebrada **Palmichala** le pagaban a él los arrendamientos, y los de la banda izquierda se los pagaban a Marco A. Moreno, quien administraba eso por cuenta de don Juan Lalinde; que mientras el declarante fue administrador de esa parte del terreno, no trabajó allí Prudencio Ceballos, quien es el que hoy ocupa la mayor parte de los terrenos en la banda derecha de la quebrada **Palmichal**, porque quienes los ocupaban eran Nicanor Agudelo, Eulogio Henao, José María Márquez, Carlos Zapata y Eladio Hincapié, que—como dijo—le pagaban arrendamientos al declarante. Que David Rodríguez y Justiniano

Serna le pagaban arrendamientos a Marco A. Moreno, y de esos producidos, el declarante daba cuenta a don Juan Lalinde. Que nunca le reconoció propiedad a David Rodríguez, Justiniano Serna y Prudencio Ceballos; que le consta de modo directo y personal que Ceballos entró a dicha finca después del año de mil novecientos diez, sin recordar la fecha.

Marco A. Moreno declara que fue administrador de la finca denominada **Nus**, de don Juan Lalinde, por los linderos indicados en el título del señor Lalinde. Que esto ocurrió en el año de mil novecientos doce. Que Prudencio Ceballos entró a dicha finca antes de tal año, por la primera vez, antes de inaugurarse la estación Sofía del ferrocarril de Antioquia, lo que le consta al testigo por haber sido administrador de la finca en ese tiempo. Que le consta que Prudencio Ceballos hasta hace unos cuatro o cinco años era considerado como cosechero, y como tal le pagaba arrendamientos a Francisco Echeverri, y solamente de esa época para acá ha pretendido ser propietario del lote de terreno que ocupa, y que queda dentro de los linderos de la finca que hoy pertenece al señor Carlos Velilla. Que Ceballos no había sido conocido antes como propietario, a excepción de una casita que tiene cerca al punto de **Las Cruces**.

Eladio Laverde declara que conoce la finca de que se trata como de propiedad de don Juan Lalinde; que era administrador de ella Francisco Echeverri, a quien el declarante, Rubén Pérez, David Rodríguez y Justiniano Serna pagaban arrendamientos de las cosechas.

Abel Zapata dice que vivió como veinte años en los terrenos de don Juan Lalinde, llamados **Nus**, y situados entre los Municipios de Yolombó y Cisneros; que esos terrenos fueron administrados por cuenta del señor Lalinde por Francisco Echeverri, Manuel Agudelo, Marco A. Moreno y Felipe Cadavid; que un día se le presentaron al declarante David Rodríguez y Justiniano Serna, proponiéndole que jurara que ellos nunca habían pagado arrendamientos de lo que cosechaban en esos terrenos, y que durante muchos años no habían reconocido más dueños del terreno que los proponentes, y en cambio le hacían escritura de un pedazo de tierra de sus **alindes**; que el declarante se negó rotundamente a aceptar tal propuesta, porque esos terrenos los había conocido siempre como de propiedad de don Juan Lalinde, y hoy del señor Carlos Velilla, por lo cual no sabe el testigo cómo dichos señores Justiniano Serna, David Rodríguez y Prudencio Ceballos, que pagaban arrendamientos, se alzaron con esos terrenos, a los cuales nunca les faltó administrador; que Prudencio Ceballos entró a la expresada finca, no sabe si en mil novecientos doce la primera vez, después de inaugurarse la estación Sofía del ferrocarril de Antioquia, y como cosechero emprendió allí trabajos, pero reconociendo dominio a don Juan Lalinde; que Ceballos no había sido conocido antes como propietario del lote que ocupa dentro del terreno que es hoy de Carlos Velilla, lo que le consta al testigo por haber sido habitante de esa región.

Manuel J. Rendón declara que conoce personalmente la finca situada en la banda izquierda del río Nus, por los linderos que indica la demanda; que por conocimiento personal y directo le consta que dicha finca ha sido administrada sin interrupción ninguna, primero por los señores Francisco Echeverri, Manuel Agudelo, Marco A. Moreno y Felipe Cadavid, por cuenta de los señores Lalindes, y por los señores Isaac Martínez y Carlos Velilla, personalmente, por más de treinta años; que le consta, aunque no ha sido cosechero ni trabajador de la finca citada, que Prudencio Ceballos ha sido, con otros, cosechero en dicha finca, pero que no sabe si habrá pagado arrendamientos a los administradores del señor Lalinde y al señor Carlos Velilla.

Emilio Botero declara que conoce la finca personalmente, y que le consta, personal y directamente, que ha sido administrada, primero por los administradores del señor Lalinde, señores Echeverri, Moreno, Agudelo y Felipe Cadavid, por más de treinta años, y personalmente por los señores Isaac Martínez y Carlos Velilla, estos dos últimos hace unos cuatro años. No dice el testigo que Prudencio Ceballos haya sido cosechero en dicha finca, ni que haya pagado arrendamientos, como sí lo han hecho otros cosecheros.

Domingo Cadavid declaró que conoce la finca de los señores Lalindes, en el río Nus, por los linderos que indica la demanda; que fue cierto que su padre, Felipe Cadavid, fue administrador de dicha finca, y recibía los arrendamientos que pagaban los cosecheros.

Tomás Rivillas expone que conoce la misma finca, sin saber sus linderos; que fue administrada en muchos años por los recomendados del señor Juan Lalinde, primero, y después por sus herederos; que le consta a ciencia cierta que Prudencio Ceballos entró a la mencionada finca mucho después de inaugurada la estación Sofía del ferrocarril de Antioquia; que está dentro del terreno que era de don Juan Lalinde, y que no era antes conocido como propietario, lo que sabe el testigo por haber sido habitante de la región.

José María Franco apenas declara como los anteriores testigos, que conoce la finca del río Nus, de los señores Lalindes; que primero fue administrada por los recomendados de los señores Lalindes, recomendados que fueron los señores Francisco Echeverri, Marco A. Moreno, Manuel Agudelo y Felipe Cadavid, y después por Isaac Martínez y Carlos Velilla, administración que duró unos diez años.

Justiniano Serna declara, que por haberla recorrido en toda su extensión, conoce la finca de que se trata; que por haberlo visto le consta que Prudencio Ceballos ocupa el lote de terreno que hace parte de la expresada finca, hace más de veinte años, pero que ignora en qué carácter, si como arrendatario o usufructuario, limitándose Ceballos a echar rozas de maíz, y que de diez años para acá ha venido titulándose dueño de ese lote; que por haberlo visto sabe que el testigo Vicente Velásquez tiene sembrados en el lote que ocupa el demandado Ceballos, quien le tolera en la finca, y le ayuda con el fin de que lo defienda contra terceros, y tiene interés en que Ceballos gane este pleito.

David Rodríguez, en dos declaraciones que rindió, afirma que conoce la finca de los señores Lalindes

y el lote materia del litigio; que en otra época el declarante pretendió dominio en el lote materia de esta litis, pero que después se convenció de que tenía verdadero dueño, y desistió y entregó lo que tenía; que Prudencio Ceballos entró a dicho lote hace unos treinta años, pero que solamente de unos nueve años a esta parte ha ejecutado actos de señor y dueño; que el testigo ignora a qué título ocupara Ceballos el lote antes. Afirma que Vicente Velásquez vive en el terreno que ocupa Ceballos, donde lo ha conocido, con sembrados y plancios; que Ceballos lo tolera en la finca para que lo ampare contra terceros.

Rafael Castaño declara que conoce la finca en litis, administrada por Francisco Echeverri, Marco A. Moreno, Manuel Agudelo y Felipe Cadavid, como recomendados de los señores Lalindes; que algunos cosecheros que el testigo nombra, sin comprender a Prudencio Ceballos, pagaban arrendamientos a los administradores, porque así se lo dijo al declarante el señor Francisco Echeverri.

Marcelino Mejía sólo declara que conoce personalmente la finca, que era de don Juan Lalinde, por los linderos que expresa el título de aquél, por haber sido el declarante administrador de ella, sin indicar cuándo, y haber nombrado también, con ese carácter, a Francisco Echeverri, quien daba cuenta puntualmente de los arrendamientos o producidos, hasta el año de mil novecientos veintitrés, en que tal finca fue comprada por los señores Isaac Martínez y Carlos Velilla.

De las declaraciones anteriores de la parte demandante aparece, pues, comprobado, que Francisco Echeverri, Marco A. Moreno, Manuel Agudelo y Felipe Cadavid fueron administradores del terreno de que hace parte el lote materia de la litis; pero sólo el testigo Echeverri asegura que el demandado Prudencio Ceballos le pagaba arrendamientos por el lote que el último ocupara en dicha finca, sin que se presentara comprobante alguno escrito que confirmara ese hecho. El testigo Marco A. Moreno dice que Ceballos pagaba arrendamientos a Echeverri, pero no expresa que presenciara ese pago; y los demás testigos nada dicen sobre este punto. Por consiguiente, no hay prueba completa de que Ceballos pagara arrendamientos, o que se hubiera reconocido como arrendatario del representante de los demandantes. Dos o tres testigos dicen que Ceballos entró a dicho terreno después de la inauguración de la estación Sofía del ferrocarril de Antioquia, sin que esté comprobado por otros medios cuándo ocurrió este hecho; pero esos tres testigos quedarían en oposición con los cinco o más del demandado, que dicen que Ceballos entró al terreno de que se trata hace más de treinta y ocho años.

No hay tampoco número plural de testigos, que dando razón de su dicho, afirmen que Ceballos reconociera dominio por otros medios a don Juan Lalinde o a sus sucesores; pues el haber conocido varios de esos testigos a Ceballos como cosechero en ese terreno, no es prueba de que reconociera dominio al demandante o a sus antecesores.

De modo que al no tener en cuenta el Tribunal las declaraciones presentadas por el demandado, como de mayor fuerza probatoria que las del demandante, sobre el punto de haber ocupado Ceballos con ánimo de dueño el lote de que se trata, en más de treinta y ocho años, y de haber dado por establecido el hecho de haber sido dicho demandado arrendatario del señor Lalinde, violó por error de hecho claro el artículo 75 de la Ley 105 de 1890.

En parte del cargo primero, sostiene el recurrente que el Tribunal violó también los conceptos expuestos en el aparte; a propósito del segundo cargo, los artículos 2512, 2518 y 2532 del Código Civil, por errónea interpretación, y también los artículos 762 y 768 de la propia obra, porque del tenor literal de esos textos, ni de su espíritu, puede deducirse que el poseedor que detiene la cosa en un lapso de treinta años, bajo la apariencia de dueño, o sea ejerciendo sobre la cosa actos a que da derecho el dominio, deba conocer quién es el dueño de ella. Al poseedor le basta—agrega el autor del recurso—los dos elementos, **animus** y **corpus**. El primero está en el fuero interno, y revela, mediante actos externos, que constituyen el segundo. Ninguno de estos elementos (artículo 762 del Código Civil), dice relación al vínculo de que habla el sentenciador, o sea al conocimiento perfecto de que el bien ésta de determinada persona. Si Ceballos ropió el terreno de propiedad del Estado, en el concepto de baldío, era incontestable que el reconocimiento de ser ajeno se cumplió en su posesión, y así quedó habilitado para la prescripción (artículo 2512 del Código Civil). De modo que no puede deducirse que la detención con ánimo de dueño, que constituye una presunción legal de dominio, se hubiera convertido en lo que el Tribunal llamó ocupación de colono.

Para la Corte, en el aparte a que el recurrente se refiere, se contienen dos conceptos opuestos al artículo 762 del Código Judicial, y, por lo mismo, erróneos: el primero, en cuanto el Tribunal dice que el poseedor debe tener conocimiento de que la cosa es de determinada persona, porque esto no lo exige para la prescripción el artículo citado, y el segundo, ya reconocido, de que el colono carece del ánimo necesario para adquirir, aun cuando haya ejecutado sobre una finca actos de dominio.

Estando, pues, acreditados los cargos que se han estudiado, y que comprenden los fundamentos del fallo, debe éste ser casado, sin necesidad de considerar los demás.

Para resolver en instancia, se considera:

El actor pide que el demandado Prudencio Ceballos sea condenado a restituirle el terreno que se determina en el punto primero de la parte petitoria del libelo, fundándose en que es dueño de dicho terreno. Ejercita, pues, la acción reivindicatoria que reconocen los artículos 946 y siguientes del Código Civil, y los elementos o requisitos para que prospere esa acción están, como dice el Tribunal, acreditados. Efectivamente, el demandante presentó copia de la escritura número 435, de fecha diez y nueve de agosto de mil ochocientos sesenta y tres, otorgada ante el Notario de Medellín, en la cual consta la adjudicación y entrega que se le hizo al señor Juan Lalinde del lote de que trata la demanda, como baldío, y que por traspasos sucesivos vino a ser del demandante Carlos Velilla. El demandado, lejos de desconocer que sea poseedor de dicho terreno, sostiene que lo ocupa con ánimo de señor y dueño. En ese es-

lado el debate, se impone el reconocimiento del derecho que el actor alega. Pero como el demandado ha alegado en su defensa las excepciones perentorias de prescripción adquisitiva de dominio, ordinaria y extraordinaria del expresado inmueble, y la de cosa juzgada, es preciso examinar si las ha acreditado.

Está descartada desde luégo la excepción de prescripción ordinaria adquisitiva, porque el demandado no presentó título inscrito que la acredite, y él es necesario, conforme al artículo 2529 del Código Civil. Funda la excepción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, en que ha poseído el terreno materia de la litis, con ánimo de señor y dueño, por más de treinta años. Atrás se dijo que por confesión del demandante está acreditado que el demandado Ceballos es poseedor del terreno. Resta ver si lo ha sido en el tiempo y con las condiciones que la ley exige.

Como se dijo al tratar de la casación, el demandado Ceballos comprobó con más de cinco testigos que ocupó el terreno materia de la reivindicación, con ánimo de señor y dueño, por más de treinta años, y que la parte demandante no alcanzó a contradecir ese hecho con las declaraciones de los testigos que presentó en su favor; ni tampoco comprobó que Ceballos hubiera sido arrendatario o se hubiera reconocido como tal dentro de esos treinta y ocho años. (Innecesario es repetir aquí ese estudio). Si, pues, el demandante no acreditó que se le hubiera reconocido su dominio en ese tiempo, aun en el supuesto de que Ceballos fuera mero tenedor como colono o cultivador, según él lo declaró, llegó éste a ganar por prescripción extraordinaria el terreno materia de la litis, conforme lo establece la circunstancia primera del artículo 2531 del Código Civil, lo cual quiere decir que dicho demandado comprobó la excepción alegada de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio en relación con el demandante. Estando probada esta excepción, no hay necesidad de estudiar las demás excepciones alegadas.

Por las anteriores consideraciones, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia objeto del presente recurso, revoca la de primera instancia, y en su lugar declara probada la excepción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, opuesta por el demandado Prudencio Ceballos. No hay lugar a resolver sobre las demás excepciones perentorias alegadas. Sin costas en las instancias y en el recurso.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Tribunal de su procedencia.

JUAN E. MARTINEZ—**Tancredo Nannetti**—**Francisco Tafur A.**—**Augusto N. Samper**, Secretario.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION CIVIL — BOGOTA, SEPTIEMBRE VEINTIUNO DE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y TRES.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

Ante el Juzgado 5º del Circuito de Bogotá, el señor José María Montaña instauró juicio ordinario contra la señora Elvira Fernández de Díaz para que se hicieran estas declaraciones:

"a) Que pertenece en pleno dominio y propiedad a mi poderdante, José María Montaña, la porción del inmueble de la casa número 194 de la calle 22, o sea la porción que está comprendida dentro de la siguiente alinderación: por el Oriente, parte, con propiedad de Ana María Ortega, y en parte con lote que fue de Tiberio Mier, y hoy es de José María Montaña, comprador de los derechos de éstos; por el Norte, con propiedad de José María Montaña; por el Occidente, con la porción entregada a José María Montaña y que es de su propiedad; por el Sur, calle de por medio, con propiedad que fue de Mateo Morales y luégo de la compañía constructora.

"b) Que está obligada a restituir a mi poderdante esta porción o parte de la casa que se entregó dentro del plazo de tres días o del plazo que usted señale en la sentencia.

"c) Que está obligada a restituir a mi poderdante esta porción de la casa junto con sus frutos naturales y civiles que haya producido o que hubiere podido producir en poder de mi poderdante con mediana inteligencia y cuidado, los cuales estimo en cinco mil pesos, a razón de veinte pesos mensuales, o la suma que fijen peritos nombrados por las partes.

"Subsidiariamente promuevo demanda para que en el caso que no prospere la acción que propongo como acción principal se declare por usted que pertenece a mi poderdante en pleno dominio y propiedad el siguiente inmueble limitado por estos linderos: por el Oriente, con lote número doce, de propiedad de Antonio Pardo; por el Norte, con el lote número ocho, de propiedad de Paulino Rosas; por el Occidente, con el lote número once, de propiedad de Anarcón Ospina; y por el Sur, calle de por medio, con parte del solar de Mateo Morales.

"2ª Que está obligada a restituir a mi poderdante este inmueble así alinderado dentro de tres días o dentro del plazo que usted señale en la sentencia.

"3ª Que la restitución debe hacerla junto con los frutos naturales y civiles que haya producido o que hubiera podido producir con mediana inteligencia y cuidado, frutos que estimo en diez mil pesos.

"4ª Costas."

En sentencia de veintitrés de octubre de mil novecientos veintinueve, el Juez de la causa resolvió el pleito así:

"1ª Declárase que el demandante José María

Montaña es dueño exclusivo de la porción del inmueble de la casa número 194, de esta ciudad, calle 22, porción que está comprendida dentro de la siguiente alinderación: por el Oriente, parte, con propiedad de Ana María Ortega, y en parte con lote que fue de Tiberio Mier, y hoy es de José María Montaña, comprador de los derechos de éstos: por el Norte, con propiedad de José María Montaña; por el Occidente, con la porción entregada a José María Montaña, y que es de su propiedad; y por el Sur, calle de por medio, con propiedad que fue de Mateo Morales y luégo de la compañía constructora.

"2ª Condénase a la demandada Elvira Fernández de Díaz a restituir al demandante Montaña el inmueble alinderado en el punto anterior, dentro del plazo de tres días.

"3ª Condénase a la demandada Elvira Fernández de Díaz, como poseedora de buena fe, a pagar al demandante Montaña los frutos civiles y naturales del inmueble expresado, desde el tres de septiembre de mil novecientos veinticuatro, frutos que se estiman en la suma de quince pesos mensuales; y

"4ª No se hace condenación en costas."

Por apelación de la demandada, el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de veinte de agosto de mil novecientos treinta y dos, falló la litis así:

"1ª No están probadas las excepciones perentorias de prescripción adquisitiva, ordinaria y extraordinaria, prescripción extintiva de la acción de entrega, cosa juzgada y existencia de servidumbre legal y gratuita de tránsito, opuestas por parte de la demandada.

"2ª Declárase que el demandante José María Montaña es dueño exclusivo de la porción de la casa número 194 de la calle 22 de esta ciudad, porción comprendida dentro de la siguiente alinderación: por el Oriente, parte, con propiedad de Ana María Ortega, y en parte con lote que fue de Tiberio Mier y hoy es de José María Montaña, comprador de los derechos de éstos; por el Norte, con propiedad de José María Montaña; por el Occidente, con la porción entregada a José María Montaña y que es de su propiedad; y por el Sur, calle de por medio, con propiedad que fue de Mateo Morales, y luégo de la compañía constructora. Esta porción es la parte del callejón o pasadizo de entrada de la mencionada casa, que está más cercana a la puerta del zaguán número 194 de la calle 22, y mide ocho metros con ochenta y nueve centímetros de longitud a partir de la puerta del zaguán.

"3ª Condénase a la demandada Elvira Fernández de Díaz a restituir al demandante José María Montaña la porción determinada en el punto anterior, dentro de tres días.

"4ª Condénase a la demandada Elvira Fernández de Díaz, como poseedora de buena fe, a pagar al demandante Montaña los frutos naturales y civiles del inmueble expresado, que se estiman en la suma de quince pesos mensuales, desde el tres de septiembre de mil novecientos veinticuatro hasta que haga la restitución.

"5ª No hay lugar a considerar la acción subsidiaria.

"6ª No se hace condenación en costas.

"7ª Queda así reformada la sentencia apelada.

"8ª No hay lugar a condenar en las costas de la segunda instancia a la apelante."

La misma parte interpuso casación. La Corte declaró admisible el recurso por auto de fecha primero de marzo de mil novecientos treinta y tres.

El recurso de casación se funda en las causales 1ª y 2ª del actual Código Judicial y 1ª y 2ª del artículo 2º de la Ley 169 de 1896.

El recurrente acusa la sentencia por error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba pericial practicada en primera y en segunda instancia, relativa a la identificación del inmueble que reivindica el demandante. La acusación es muy extensa, minuciosa, y se repiten con frecuencia las mismas razones. En seguida se transcriben los puntos fundamentales en que estriba el cargo.

"El Tribunal toma, como fundamento de su fallo, los títulos que figuran en el expediente, enumerándolos; también hace alusión a la diligencia de entrega verificada el veintisiete de octubre de mil novecientos ocho por el señor Juez 5º del Circuito al doctor Francisco Montaña, del predio que fue materia de un juicio fallado por la Corte Suprema de Justicia el veintidós de noviembre de mil novecientos siete. De estas pruebas no aparece en manera alguna la identificación de la porción o porciones de terreno que han motivado el juicio que es roca revisar. Esta prueba, es decir, la de la singularización de los predios, tiene que hacerse sobre el terreno, como trató de verificarse por medio de las inspecciones oculares practicadas en primera y segunda instancia. En la inspección practicada en primera instancia, que exige el Tribunal despreciando la de segunda instancia en que aparecen las constancias del mismo Magistrado actuante, no hay prueba alguna sobre la identificación de los predios. El Juez en esta diligencia, faltando a sus deberes, no dejó constancia alguna y se redujo a conceder a los peritos quince días de plazo para que dieran su dictamen. Los peritos, en su concepto, obraron de la propia manera que obró el Tribunal. Hacen una enumeración de los títulos en que se apoya el demandante para reclamar el dominio; citan la diligencia de entrega fechada el veintisiete de octubre de mil novecientos ocho, y a la vez dicen que hicieron un estudio en el archivo departamental del juicio seguido por Diego Camargo y Marcelino Montaña contra Ernestina Galvis de Díaz, y de ese estudio llegaron a la conclusión que en seguida transcribo, sin que haya prueba en los autos que respalden los hechos en que se fundan para apoyar sus conclusiones.

"De lo dicho hasta aquí se deduce que el Tribunal erró de hecho, por no haber tenido en cuenta

la prueba de inspección ocular de la segunda instancia, por haber interpretado mal, con error evidente, el dictamen de los peritos de segunda instancia y por interpretación errónea del dictamen de los peritos Pinto y Ruiz, ya que éstos ni el Juez identificaron sobre el terreno la finca. Estos errores condujeron al Tribunal a la violación directa de los artículos 733 del antiguo Código Judicial y 730 del nuevo Código Judicial. También violó, por aplicación e interpretación erróneas, los artículos 70 de la Ley 105 de 1930 y 722 del actual Código Judicial, por haberle dado el valor de plena prueba al dictamen de los peritos que actuaron en la primera instancia del juicio.

"Los errores de hecho y de derecho cometidos por el Tribunal al apreciar la prueba proveniente del dictamen pericial a que vengo refiriéndome trajeron como consecuencia la violación de los artículos 79 y 80 de la Ley 105 de 1930 y 722 del actual Código Judicial, porque no se los dio aplicación ni se reconoció el mérito probatorio que a tal prueba le asigna la ley. También violó en forma directa los artículos 593 y 595 del actual Código Judicial y 542 y 543 del antiguo Código si es que se consideran aplicables. Igual violación hubo, por indebida aplicación, del artículo 946 del Código Civil."

Se considera:

Después de analizar jurídicamente la prueba pericial, el Tribunal acoge el concepto de los peritos de primera instancia, el cual concluye así:

"Los suscritos tomamos la medida del lote que da sobre la calle 22 y obtuvimos una medida de doce varas de frente sobre dicha calle y diez y ocho varas de fondo aproximadamente, todo lo cual corrobora lo que dejamos expuesto.

"Teniendo en cuenta, pues, todos los antecedentes y observaciones que dejamos indicados, los cuales sirven de fundamento a nuestro dictamen, conceptuamos de común acuerdo que la porción de terreno individualizada por los linderos especificados en la acción principal es idéntico al que constituye el zaguán de la finca número 194 de la calle 22, y que forma parte integrante de la porción que fue entregada judicialmente por el Juzgado 5º de este Circuito al señor José María Montaña y al señor Diego Camargo el día veintisiete de octubre de mil novecientos ocho, según la copia que figura en autos."

El Tribunal estimó que sí se había identificado el inmueble que se reivindica, fundado no sólo en la prueba pericial de primera instancia, sino en otras pruebas de gran valía, según consta en el aparte que se copia a continuación:

"La confesión de la demandada al absolver la cuarta de las posiciones que le fueron propuestas en la primera instancia (folios 26 vuelto, 27, cuaderno 2); las confesiones de los apoderados de la demandada al solicitar pruebas y el formular la novena de las posiciones propuestas al demandante, en esta segunda instancia (folios 12, 63 vuelto, cuaderno 6); el hecho de haber alegado uno de los mismos apoderados como excepción la prescripción adquisitiva de la porción reivindicada, lo que supone necesariamente la posesión de ella por su poderdante; y el hecho de haber solicitado el mismo apoderado pruebas tendientes a fundar esta excepción, son elementos probatorios que acreditan plenamente que la señora Fernández de Díaz posee actualmente el inmueble de cuya reivindicación se trata en la acción principal."

Conforme a jurisprudencia constante y uniforme de la Corte, es función privativa de los Tribunales apreciar las pruebas, y la Corte no puede modificar su apreciación sino en el caso de error evidente de hecho o de derecho. La Corte estima que en lo tocante a la identificación del inmueble, no existen los manifiestos errores de hecho y de derecho alegados por el recurrente.

El cargo es infundado.

Alega el recurrente que el Tribunal ha debido declarar probadas las excepciones de prescripción ordinaria y extraordinaria, apoyado principalmente en las razones que aduce en los dos pasajes que se copian en seguida:

"De aquí se deduce la violación de los artículos 2512, 2518, 3621, 2527 a 2529 y 764 del Código Civil, porque mi mandante adquirió el dominio sobre el zaguán, el que desde mil novecientos seis en adelante ha venido transmitiéndose regularmente, con buena fe y justo título, de manera que no importan los vicios anteriores, pues el lapso de diez años es suficiente para purgarlos.

"Por otra parte el Tribunal violó por interpretación errónea e indebida aplicación los artículos 2512, 2534 y 2530 del Código Civil."

Se considera:

La Corte acoge los siguientes pasajes de la sentencia recurrida:

"Alega el apoderado de la demandada la prescripción adquisitiva, ordinaria y extraordinaria, de la porción reivindicada por el demandante en su acción principal. Por prescripción ordinaria no pudo adquirir la demandada, porque como atrás se vio no tiene título sobre el callejón o pasadizo, a lo menos en la parte que es materia del pleito, y porque en caso de que lo tuviera, ese título no podría ser sino la venta de Acevedo a Reyes, que tiene fecha del veinticuatro de febrero de mil novecientos quince, y desde esta fecha hasta el tres de septiembre de mil novecientos veinticuatro, fecha de la notificación de la demanda, no alcanzaron a transcurrir diez años.

"La prescripción extraordinaria la funda en que desde el veintitrés de julio de mil ochocientos noventa, en que Tiberio Mier vendió a sus hijas Ester y Sara la casa 156, después 194, de la calle 22, hasta la notificación de la demanda, transcurrieron más de treinta años, en que los antecesores de la demandada y esta misma poseyeron la porción oriental de dicha casa, que en parte hoy reivindica el demandante. Esta posesión quedó interrumpida por la demanda del diez y siete de diciembre de mil novecientos tres y su consiguiente notificación, propuesta por Montaña y

Camargo contra Ernestina Galvis de Díaz, antecesora de la actual demandada, en esa posesión (artículos 2521, 2532, Código Civil). De modo que el tiempo anterior no se puede contar, y sin él no completa la demandada los treinta años de posesión que le eran necesarios para prescribir extraordinariamente. Además, en el pleito mencionado fue vencida la antecesora de la demandada en la posesión del pasadizo, y se declaró que los dueños de la totalidad de la casa 194 de la calle 22 eran Montaña y Camargo, lo que excluía que hasta la terminación definitiva del pleito la señora Galvis de Díaz hubiera podido prescribir a su favor el dominio de dicha parte de la mencionada casa. Y en fin, desde el seis de diciembre de mil novecientos siete, fecha de esa determinación definitiva, hasta el tres de septiembre de mil novecientos veinticuatro, no pasaron sino diez y siete años y unos meses. (folio 83 vuelto, cuaderno 2º)."

El cargo es infundado.

Expresa el recurrente:

"Esta excepción, que fue también subsidiaria, es correlativa de la cosa juzgada. En la demanda afirma el demandante que la porción cuya reivindicación solicita en la petición principal —así lo dice también el Tribunal— está comprendida dentro de la finca alinderada en la petición subsidiaria. Por otra parte, los linderos especificados en esta última petición, coinciden con los linderos que expresa la sentencia de veintidós de noviembre de mil novecientos siete, proferida por la Corte Suprema de Justicia."

Se considera:

"Otra excepción —dice acertadamente el Tribunal— es la de prescripción extintiva de la acción de entrega que tuvieran Ester y Sara Mier o los sucesores de éstas en el dominio de la porción que reivindica el demandante para que se les entregara a virtud de la compra que habían hecho a Tiberio Mier. Esta excepción es claramente improcedente, porque en este juicio no se está ejerciendo la acción personal de las compradoras contra el vendedor, nacida del contrato de compraventa, para la entrega de la cosa comprada, sino la acción real reivindicatoria, nacida del derecho de dominio y que tiene el dueño de una cosa singular de que no está en posesión para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela."

El cargo es infundado.

Acusa el recurrente la sentencia por no haber declarado probada la excepción de cosa juzgada:

"En tratándose de un juicio reivindicatorio la litis consiste en que el demandante alega el dominio y no tiene la posesión, la cual está en poder del demandado. De aquí se deduce que la exigencia del Tribunal respecto del título de la demandada, es verdaderamente absurda, porque si la demandada tuviera el título de dominio no habría lugar a la acción reivindicatoria.

"El artículo 846 del antiguo Código Judicial, aplicable al caso presente, establecía:

"La sentencia dada en un pleito no perjudica sino a los que litigaron por sí o legalmente representados, o a sus herederos, o a sus legatarios, si éstos no lo son de la misma cosa que fue materia del pleito y a los que posteriormente adquirieran de aquélla la dicha cosa por cualquier título, conforme a lo prevenido en los artículos siguientes.'"

Se considera:

Para poner de relieve lo infundado del cargo, basta reproducir el pasaje respectivo de la sentencia:

"La excepción de cosa juzgada se funda en la sentencia del treinta de noviembre de mil novecientos cinco, que declaró a Montaña y Camargo, en contra de la Galvis de Díaz, dueños de la casa número 194 de la calle 22, cuyo zaguán reivindica ahora en parte el mismo Montaña, quien es sucesor en el derecho de Camargo, contra la señora Fernández de Díaz. No hay identidad jurídica en las partes demandadas en los dos pleitos, porque la señora Fernández de Díaz no es sucesora de la señora Galvis de Díaz en el dominio del zaguán o pasadizo. Ya quedó demostrado que aquella señora no tiene título de dominio sobre el pasadizo. Lo que la última de las demandadas vendió a Acevedo fue una casa interior con la servidumbre activa de entrada por el pasadizo. En la venta de Acevedo a Reyes y en las posteriores no se comprendió el dominio sobre el pasadizo ni se delimitó éste completamente. Pero, además de lo dicho, la sentencia anterior, lejos de perjudicar a Montaña le favorece, y en caso de que pudiera tener efecto respecto de la demandada, ese efecto no sería favorable sino perjudicial. Por último, si la cuestión que se discute en este juicio ya fue juzgada, se derivaría la consecuencia de que esta sentencia no podía ser contraria a la anterior (artículo 831 del Código Judicial antiguo)."

El cargo es infundado.

Acusa el recurrente la sentencia por no haber declarado probada la excepción de constitución legal de servidumbre de tránsito. Este punto es improcedente en este juicio, puesto que en él se ejercita única y exclusivamente la acción reivindicatoria; nada puede decirse en firme por ahora, pues lo que el recurrente llama excepción es por su naturaleza jurídica una acción, que ha de ofrecitarse en juicio separado. En éste se discutirá ampliamente si existe o nó la servidumbre legal de tránsito, conforme a las disposiciones legales que regulan la materia y a las pruebas que presenten las partes.

El cargo es infundado.

Segunda causal.

Manifiesta el recurrente:

"Otro cargo admite el fallo apelado, y consiste en no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. Este cargo dice relación al cuasicontrato

de la litis contestatio, y lo hago consistir en lo siguiente:

"En la petición a) de la demanda se señalan como linderos de la porción que se quiere reivindicar, los siguientes:

'Por el Oriente, parte, con propiedad de Ana María Ortega, y en parte con lote que fue de Tiberio Mier, y hoy es de José María Montaña, comprador de los derechos de éstos; por el Norte, con propiedad de José María Montaña; por el Occidente, con la porción entregada a José María Montaña, y que es de su propiedad; y por el Sur, calle de por medio, con propiedad que fue de Mateo Morales y luégo de la Compañía constructora.' "

Se considera:

En armonía con jurisprudencia constante y uniforme de la Corte, la segunda causal no procede sino cuando hay incongruencia en la parte petitoria de la demanda y la parte resolutiva de la sentencia. En el fallo recurrido se hizo la declaratoria tal como se pidió en la letra a), a que se refiere el cargo. El Tribunal agregó una aclaración, necesaria para prevenir dificultades al cumplirse la sentencia.

El cargo es infundado.

Ataca el recurrente la sentencia también por la segunda causal, en lo concerniente al pago de frutos:

"En el numeral 4º de la parte resolutiva de la sentencia se condena a mi mandante al pago de los frutos de la porción que se ordena reivindicar, estimados a razón de $ 15 mensuales y a contar de la fecha de la contestación de la demanda, o sea, desde el tres de septiembre de mil novecientos veinticuatro en adelante.

"Para esta condena se funda la sentencia en el dictamen de los peritos Eliseo Pinto y Jorge E. Ruiz A., rendido en la primera instancia, quienes avaluaron los frutos de la porción compuesta por el portón, zaguán y una pequeña parte del corredor y patio de la casa de la señora demandada, todo lo cual forma la entrada de la casa de dicha señora demandada, en la cantidad de $ 15 mensuales.

"La condena del Tribunal entraña un error de hecho en la apreciación del dictamen y una violación por indebida aplicación del artículo 964 del Código Civil, porque el avalúo de $ 15 mensuales corresponde a una porción de terreno mayor de la que se ordena reivindicar.

"Y violó de modo directo los artículos 835 del Código Judicial antiguo, vigente cuando se presentó la demanda, y el inciso final del artículo 471 del nuevo Código, por condenar a la demandada a más de lo pedido, todo lo cual entrañaría la causal segunda del artículo 520 del actual Código Judicial."

Se considera:

En la demanda pidióse que se hiciera esta declaración:

"Que está obligada a restituir a mi poderdante esta porción de la casa junto con los frutos naturales y civiles que haya producido o que hubiere podido producir en poder de mi poderdante con mediana inteligencia y cuidado, los cuales estimo en cinco mil pesos, a razón de veinte pesos mensuales, o la suma que fijen peritos nombrados por las partes."

El Tribunal hizo esta declaración:

"Condénase a la demandada Elvira Fernández de Díaz, como poseedora de buena fe, a pagar al demandante Montaña los frutos naturales y civiles del inmueble expresado, que se estiman en la suma de quince pesos mensuales, desde el tres de septiembre de mil novecientos veinticuatro hasta que se haga la restitución."

Como aparece claramente en los pasajes transcritos, la sentencia condena a la demandada a pagar frutos por cantidad menor de la que fijó el demandante. A la demandada, por ende, no se le condenó a pagar más de lo pedido, cual lo afirma el recurrente.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara:

1º No se infirma la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá el veinte de agosto de mil novecientos treinta y dos.

2º Condénase a la parte recurrente al pago de las costas del recurso, si se hubieren causado.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández—Germán B. Jiménez.

SALVAMENTO DE VOTO

del señor Magistrado doctor Arango.

No acepto la parte motiva del fallo referente a la excepción que el recurrente llama "constitución legal de servidumbre."

Ella fue considerada por el Tribunal en su fallo, de manera extensa, y sobre ella falló expresamente el Tribunal, declarándola no probada. Así las cosas, no puede decirse, como lo hace el fallo que impugno, que ese punto sea improcedente en el juicio, porque se ejercita única y exclusivamente la acción reivindicatoria, ya que fue materia de decisión, y las cuestiones materia de decisión no pueden considerarse extrañas al juicio en que fueron decididas.

Faltaba la excepción por sentencia definitiva, y no infirmado el fallo por ese extremo, como sucede ahora, esa decisión funda la excepción de cosa juzgada y no puede luégo en juicio distinto alegarse como acción, como lo pretende la Corte.

Considero, en suma, que la respuesta dada al recurrente ha debido ser distinta.

Bogotá, 25 de septiembre de 1933.

José Miguel Arango

ADVERTENCIA IMPORTANTE

Como está dicho en el editorial, no se ha propuesto el Relator hacer al principio de cada fallo un resumen de las doctrinas que puede contener, sino dar una ligera noticia de los puntos principales en él contemplados; mas como el extracto de las principales doctrinas de cada sentencia sea conveniente para información del lector, en el próximo número de esta publicación empezarán a darse, como antecedentes de las decisiones que en ella verán la luz, extractos sintéticos, ya que no sea posible hacerlos en la forma amplia y razonada en que el Relator está compilando la jurisprudencia de la Corte, que es decir, con el resumen del pleito, los motivos alegados por el recurrente en casación y el texto vivo de la correspondiente sentencia. A continuación puede darse cuenta el lector de la manera como van quedando extractadas las doctrinas de la Corte, con el ejemplo que va seguidamente.

En esa forma ha sido extractada ya, y está para mandarse a los tipos de imprenta, la jurisprudencia del tomo XXXVIII de la **Gaceta Judicial:**

ACCESION

Varias demandas instauraron Alejandro Anaya y otros ante el Juez de Lorica contra Daniel Nieves Polo, y entre ellas la que pidió se declarase de propiedad de la sucesión de Daniel Nieves Chupin una casa construida en suelo ajeno, más el correspondiente derecho de retención de él, mientras se pagaba aquélla por el dueño de éste. El Tribunal de Cartagena declaró que la casa era de propiedad de la sucesión de Nieves Ch., y que ésta tenía derecho a retener el suelo en que estaba edificada, hasta que el demandado pagase el valor de ella. En demanda de casación contra esa sentencia, alegó el demandado errónea interpretación del artículo 739 del Código Civil, en el sentido de entender que ese artículo, al par que consagra las acciones de indemnización por el valor de las mejoras, y la retención del suelo donde se han levantado, reconoce también la acción petitoria de propiedad. Citó en apoyo de su tesis la sentencia de la Corte de 21 de septiembre de 1911 (**Gaceta Judicial**, tomo XX, página 235), cuya doctrina extracta así el autor del recurso:

"La acción que tiene el que ha hecho plantaciones, edificaciones, etc., en terreno ajeno, creyéndolo propio, es personal contra el que es dueño del fundo cuando se hicieron las mejoras, y que tácitamente las permitió."

Dice la Corte:

"Observa la Corte que el caso de que trata la sentencia es distinto del presente, pues el dueño de las mejoras había perdido la tenencia de ellas y estaban en poder de un tercero, que no tenía obligación de responder de su valor. Dice así textualmente el fallo citado: 'Pues es bien sabido que la acción del que ha plantado, sembrado o edificado en terreno ajeno, a ciencia y paciencia del dueño, **habiendo perdido la tenencia de las mejoras**, es la personal contra el que era dueño cuando ellas se hicieron, y que tácitamente permitió la construcción del edificio o la formación de la plantación o sementera.' En el punto que se controvierte, la casa construida por Nieves Ch. está en poder de su sucesión, y tiene ésta el derecho de retener el terreno en que está edificada, hasta que le sea pagado el valor de la casa, conforme al artículo 739 del Código Civil. Conforme a este artículo, el que edificó, plantó o sembró en terreno ajeno, a ciencia y paciencia del dueño de éste, no tiene, en verdad, el derecho real de dominio sobre el edificio, plantación o sementera, sino el derecho a que el dueño del terreno le pague el valor de las mejoras, acompañado del derecho de retención del terreno, y por lo mismo, de lo edificado o plantado en él, hasta que el valor de éstos sea satisfecho. Por tanto, no es jurídica la declaración de dominio que hace la sentencia del Tribunal de la casa que se litiga." (Casación, XXXIX, número 189, mayo 28 de 1931, 80, 1ª).

INDICE

Págs.

Prelección.. 1
Sociedades. Doctor Miguel Moreno Jaramillo.. 2

DECISIONES PROFERIDAS EN EL ACTUAL PERIODO DE LA CORTE

CORTE PLENA

Se declara legal un impedimento expresado por el señor Procurador General de la Nación, en la demanda promovida por el doctor Carlos Bravo, sobre inconstitucionalidad del Decreto número 685 de 1934. (Magistrado ponente, doctor Gómez Naranjo).. 5
Se nombra un Procurador ad hoc. (Magistrado ponente, doctor Gómez Naranjo).. 6
No es inexequible el inciso 2º del artículo 3º de la Ley 46 de 1933, sobre venta de oro físico por el Banco de la República. (Magistrado ponente, doctor Gómez Naranjo).. 6

SALA DE CASACION CIVIL

No se casa la sentencia del Tribunal de Bogotá en el juicio de Mercedes Fernández viuda de Ospina contra Camilo Antonio Shrader, por pesos. (Magistrado ponente, doctor Rocha).. 7
Se admite el recurso de hecho contra el auto que negó el recurso de casación, en el juicio de Prudencio Guarnizo y otro contra Wenceslao Morales y otros. (Magistrado ponente, doctor Mújica).. 9
No se casa la sentencia del Tribunal de Buga en el juicio de Sergio Rojas y otros contra Pablo Emilio Ochoa y otros. Nulidad de una diligencia de deslinde. (Magistrado ponente, doctor Moreno Jaramillo).. 10
No se casa la sentencia del Tribunal de Pasto en el juicio de Milciades Santacruz B. contra Fortunato Caicedo G., por pesos. (Magistrado ponente, doctor Rocha).. 17
No se casa la sentencia del Tribunal de Neiva en el juicio seguido por Cristóbal Rodríguez contra Cristóbal Sánchez y otro. Nulidad de un contrato de compraventa. (Magistrado ponente, doctor Hinestrosa Daza).. 24
Se casa la sentencia del Tribunal de Bogotá en el juicio reivindicatorio seguido por José María Hurtado y otra contra Agustín A. Jiménez y otro. (Magistrado ponente, doctor Escallón).. 28
Se casa la sentencia del Tribunal de Buga en el juicio seguido por Teresa Martínez de Urba, contra Ramón Tascón y otro. (Magistrado ponente, doctor Zuleta Angel).. .. 34
Salvamento de voto del Magistrado doctor Moreno Jaramillo.. 46
Comentarios del doctor Valerio Botero Isaza sobre el fallo que precede.. 34

Págs.

Se infirma la sentencia del Tribunal de Medellín en el juicio seguido por el Municipio de Envigado contra el Municipio de Medellín, por incumplimiento de un contrato. (Magistrado ponente, doctor Zuleta Angel).. .. 52

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal de San Gil, en la causa contra Eufrasio Díaz, por homicidio. (Magistrado ponente, doctor José D. Rojas.. 56
Se declara una nulidad en el juicio seguido contra Judas Tadeo Gonzáles, por deserción. (Magistrado ponente, doctor Santander)... 58
Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal de Buga, en la causa seguida contra Daniel Posso Esquivel, por homicidio. (Magistrado ponente, doctor Rojas).. 59
Actas de visita correspondientes a los meses de junio y julio de 1935.. 69
Se declara que no hay materia sobre qué fallar en la revisión incentada por Roberto Echeverri Antía contra la sentencia del Juzgado del Circuito del Líbano, en donde se le condenó por estafa. (Magistrado ponente, doctor Rodríguez).. 70

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Declara la Corte que el Tribunal debe seguir conociendo del incidente de excepciones en el juicio ejecutivo seguido por jurisdicción coactiva contra Eduardo de Heredia. (Magistrado sustanciador, doctor Serna)... .. 71
Se declaran inadmisibles, por extemporáneas, las excepciones propuestas en el juicio ejecutivo seguido por jurisdicción coactiva contra Manuel Piedrahita D. (Magistrado ponente, doctor Gómez Naranjo).. 74
Se decreta una nulidad en el juicio ejecutivo seguido por jurisdicción coactiva contra Roberto Leal. Excepción de incompetencia de jurisdicción. (Magistrado ponente, doctor Gómez Naranjo).. 74
Se declara probada la prescripción de la acción ejecutiva en el juicio seguido por el señor Juez 1º Nacional de Ejecuciones Fiscales contra el señor Esteban L. Pedrosa. (Magistrado ponente, doctor Serna).. 75
Se decreta una pensión en favor de la señorita Flor de María Olivella, por sus servicios a la instrucción. (Magistrado ponente, doctor Gómez Naranjo).. 76
Se decreta una pensión en favor de la señorita Magdalena Alvarez por sus servicios a la instrucción primaria oficial. (Magistrado ponente, doctor Gómez Naranjo).. 77
Se decreta una pensión en favor del señor Aurelio Gil, por sus servicios como maestro de escuela. (Magistrado ponente, doctor Gómez Naranjo).. 78

Págs.

Confirma la Corte un auto del Tribunal de Bogotá en el juicio ejecutivo seguido por el Banco de Bogotá contra el Departamento de Cundinamarca. (Magistrado ponente, doctor Serna).. 79

Se reforma la sentencia que decretó una pensión vitalicia por servicios a la instrucción en favor del señor Ulderico Vallejo. (Magistrado ponente, doctor Gómez Naranjo). 83

Se declara probada la excepción de inexistencia de la obligación en el ejecutivo seguido por jurisdicción coactiva contra Pedro I. María R. y otro. (Magistrado ponente, doctor Serna).. 84

Se declara probada la excepción de carencia de causa en el juicio seguido por el Recaudador de Hacienda Nacional de Sogamoso contra Augusto Russelli y otros. (Magistrado ponente, doctor Serna) 85

Se abstiene la Corte de revisar el auto apelado en el juicio seguido por la Recaudación de Hacienda Nacional contra los herederos de Eliseo Acosta. (Magistrado ponente, doctor Serna).. 86

Se declara legal un impedimento manifestado por el señor Magistrado doctor Serna. (Magistrado ponente, doctor Cardoso Gaitán). 87

Se declaran no probadas las excepciones propuestas en el juicio seguido con jurisdicción coactiva por el señor Juez 1º Nacional de Ejecuciones Fiscales contra Manuel Antonio Borrero C. (Magistrado ponente, doctor Serna).. 87

Se declara no probada la excepción propuesta en el juicio ejecutivo seguido por jurisdicción coactiva contra Luis Alfredo Ortiz R. (Magistrado ponente, doctor Serna)... .. 89

No hay lugar a declarar erróneos los dictámenes periciales en el juicio seguido por la señora Castro de Olarte contra la Nación sobre indemnización de perjuicios. (Magistrado ponente, doctor Cardoso Gaitán).. 89

Se declaran no demostradas las tachas propuestas contra un dictamen pericial en el juicio sobre indemnización de perjuicios seguido por la señora Cleofe de Castro de Olarte y otro contra la Nación. (Magistrado sustanciador, doctor Cardoso Gaitán).. 92

Confirma la Corte un auto apelado en el juicio seguido por Senén Rodríguez y el Consorcio de Bebidas Fermentadas, S. A., contra el Departamento de Cundinamarca. (Magistrado ponente, doctor Cardoso Gaitán).. .. 95

Se confirma la sentencia del Tribunal de Pasto en el juicio ejecutivo seguido por jurisdicción coactiva contra Juan Reyes B. y otro. (Magistrado ponente, doctor Serna).. 96

Revoca la Corte un auto apelado en el juicio seguido por Rodolfo Danies contra el Departamento del Magdalena. (Magistrado ponente, doctor Cardoso Gaitán)... 93

No repone la Corte un auto revisado en el juicio ejecutivo seguido por el Banco de Bogotá contra el Departamento de Cundinamarca. (Magistrado ponente, doctor Serna).. 101

No se separa del conocimiento al señor Procurador, por haberse allanado el impedimento manifestado. Juicio ordinario de Domiciano Quiñones contra la Nación. (Magistrado ponente, doctor Serna).. 102

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

Se declara probada la excepción de inepta demanda en el juicio seguido por Jorge E. Ortiz contra la Nación. (Magistrado sustanciador, doctor Serna).. 104

CONTINUACION DE LAS DECISIONES PROFERIDAS POR LA CORTE EN EL PERIODO ANTERIOR

CORTE PLENA

Se declaran inexequibles los Decretos números 2429, del 28 de diciembre de 1934, por el cual se recrgandan la contribución denominada "cuota militar," y el número 2432, del 29 de diciembre del mismo año, por el cual se reforman las disposiciones vigentes del impuesto sobre la renta, se aumenta la tarifa y se establece un impuesto adicional. (Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).. 107

Salvamento de voto del señor Magistrado doctor Jenaro Ortiz V.. 119

Salvamento de voto del señor Magistrado doctor Remigio González Gooding.. 132

Salvamento de voto del señor Magistrado doctor José Joaquín Hernández.. 125

Salvamento de voto del señor Magistrado doctor Juan F. Mújica... 129

Salvamento de voto del señor Magistrado doctor Tancredo Nannetti.. 130

SALA DE CASACION CIVIL

Decide la Corte que debe darse cumplimiento a una sentencia de interdicción, proferida por el Juez 3º de la Provincia de San José, en la República de Costa Rica. (Magistrado ponente, doctor Martínez)... 133

No se infirma la sentencia profurida por el Tribunal de Santa Rosa de Viterbo en el juicio seguido por la sucesión de Cecilia Rincón contra Ramón Serrano. Nulidad de un contrato. (Magistrado ponente, doctor Arango).. 133

Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín en el juicio reivindicatorio seguido por Carlos Vejilla contra Francisco Ceballos. (Magistrado ponente, doctor Francisco Tafur A.).. 136

No se infirma la sentencia del Tribunal de Bogotá en el juicio reivindicatorio seguido por José María Montaña contra Elvira Fernández de Díaz. (Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).. 142

Salvamento de voto del señor Magistrado doctor Arango.. 147

Advertencia importante... 147

GACETA JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO XLII — Bogotá, febrero 15 de 1936. — No. 1898

DIRECTOR: JULIAN MOTTA SALAS, RELATOR DE LA CORTE

"Saber las leyes non es tan solamente en aprender las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento". (Siete partidas—Ley XIII)

"C'est le droit vivant que l'on veut connaitre, non un droit mort, ou conventionnel, imaginatif, variant au gré de chacun". (Louis Josserand—Cours de Droit Civil Positif Francais).

Sentencia de la Corte de Apelación de Aix

Aix, 28 de diciembre de 1933.—1° *RESPONSABILIDAD, CONCUBINATO, RUPTURA, AUSENCIA DE CULPA.* — 2° *SOCIEDAD, SOCIEDAD DE HECHO, AMANCEBADOS, EXPLOTACION COMERCIAL O INDUSTRIAL, COLABORACION, ACCION DE* IN REM VERSO.

El estado de concubinato, aun prolongado, puede cesar en todo momento por voluntad de uno solo de los amancebados, sin que aquel que haya puesto fin a ese estado pueda, por causa de ese solo hecho, ser demandado para el pago de perjuicios (C. civ., 1382, 1383). *La colaboración de uno de los amantes en los negocios del otro es susceptible de dar nacimiento a una sociedad de hecho y de abrir camino a la acción de* in rem verso *en provecho del que haya asistido al otro en sus empresas.* (C. civ 1832).

SENTENCIA:

LA CORTE, en relación con la apelación propuesta por Pozzi en el juicio intentado: Considerando que la acción introducida contra el apelante por la señora de Grandis no podía ciertamente tener fundamento jurídico en la quiebra de la palabra de matrimonio que ella alegaba ante los jueces, cuando, como lo han comprobado los debates seguidos ante la Corte, estaba, al unirse a Pozzi con vínculos de concubinato, comprometida aún con los de un matrimonio que no se había disuelto y que no lo estaba, al menos según todas las apariencias, cuando terminaron las relaciones existentes entre ella y el apelante; considerando que no podía basarse la acción de la señora de Grandis en los artículos 1382 *y* 1383 *del Código Civil, en que se apoyaba ante los primeros jueces, y que podía cesar el estado de concubinato, siquiera hubiese sido prolongado, sin que por eso e* ipso facto *pueda ser demandado el que puso fin a esa unión para el pago de perjuicios por causa de ese solo hecho; considerando que se impone, por consiguiente, reformar el fallo proferido en los dos capítulos que preceden; considerando al contrario, en cuanto concierne a la sociedad de he-*

cho que puede existir entre abarraganados y a la acción de in rem verso, *que la colaboración de uno de los amantes en los negocios del otro es susceptible de hacer nacer un derecho en provecho propio sobre los bienes adquiridos a consecuencia de esa colaboración; que los primeros jueces han hecho una exacta apreciación de las reglas dadas desde ese doble punto de vista, ya por la doctrina como por la jurisprudencia más recientes, y que era el caso de autorizar a la señora de Grandis para traer al proceso por vía de información la prueba de los hechos que articuló a ese respecto, los cuales, con excepción de los colocados bajo los números 2 y 3 de su enunciación, se hacen actualmente inoperantes en el estado de la reforma parcial arriba pronunciada, son indiscutiblemente pertinentes, concluyentes y admisibles y responden, por tanto, a las exigencias de la ley, tales como han sido formuladas en el artículo 253 del Código de procedimiento civil; considerando que conviene, en consecuencia, confirmar el juicio propuesto sobre los puntos especificados, pero de tal manera que se circunscriba la información a los hechos enumerados bajo los números 1, 4, 5 y 6 de la enunciación originaria de la señora de Grandis y salvo prueba contraria que permanezca reservada en provecho del señor Pozzi. Por estos motivos y los de los primeros jueces, mas únicamente en cuanto nada tienen contrario a la presente sentencia, reforma el fallo proferido en la parte en que decidió que la acción de la Sra. de Grandis podía tener como fundamento jurídico la ruptura de la pretendida promesa de matrimonio y las disposiciones de los artículos 1382 y 1383 del Código Civil; falla, en consecuencia, que tal acción no puede fundarse en ninguno de los dos capítulos que preceden; confirma, al contrario, el susodicho fallo en lo que que concierne a la posibilidad de la existencia entre abarraganados de una sociedad de hecho y en cuanto a la aplicación, en caso semejante, de los principios que rigen la acción de* in rem verso; *lo confirma, por ende, en cuanto ha autorizado a la Sra. de Grandis para traer por vía de información ordinaria la prueba de los hechos pertinentes, concluyentes y admisibles que invocó a ese tono; falla, sin embargo, que en ese caso sólo serán sometidos a información aquellos hechos que traten de la existencia de la sociedad de hecho pretendida por la señora de Grandis y de la aplicación de la acción de* in rem verso, *y que figuren bajo los números 1, 4, 5 y 6 de la enunciación originaria de la mentada señora de Grandis; falla y ordena, en consecuencia, que los hechos cuya prueba está autorizada para aducir la señora de Grandis son los siguientes, a saber: 1º Que vivió maritalmente con el señor Pozzi de 1910 a 1927; 2º Que durante el tiempo de esa vida común prestó ella, en la explotación de diversas empresas, diferentes servicios, colaborando con él en un mismo pie de igualdad y sin percibir remuneración alguna; 3º Que esa colaboración fue particularmente fructuosa y permitió a ambas partes realizar importantes economías; 4º Que en el curso del año de 1927 la hizo salir el señor Pozzi de su hogar y vida común, sin motivo alguno, dejándola bruscamente sin recursos, en los precisos momentos en que su estado de salud y su edad no le permitían fácilmente subvenir por sí sola a sus necesidades. La prueba contraria queda formalmente reservada al señor Pozzi.*

Corte de Aix, 28 de diciembre de 1933.

(Traducido del *Recueil Périodique et Critique de Jurisprudence, de Législation et de Doctrine.*—París).

COMENTARIO DE MARCEL NAST, PROFESOR DE LA UNIVERSIDAD DE ESTRASBURGO, A LA SENTENCIA QUE PRECEDE (1)

La ruptura sin motivo legítimo de las relaciones intersexuales que han revestido el carácter de concubinato o de una unión libre, puede ser causa de responsabilidad jurídica para quien la originó, al menos cuando de ella ha resultado un perjuicio para la víctima del abandono? Están casi acordes la doctrina y la jurisprudencia en responder afirmativamente a esta cuestión cuando el concubinato ha sido consecuencia de una seducción dolosa realizada mediante promesa de matrimonio, y cuando el autor de la ruptura es el concubinario: la joven seducida tiene acción para reclamar indemnización con fundamento en los artículos 1382 y 1383 del Código Civil, cuando justifica un perjuicio cierto, sin que pueda distinguirse si la seducción ha sido seguida o no de preñez. (Josserand, Curso de Derecho Civil Positivo francés, tomo I, Nº 1178; H. L. Mazeaud, Tratado de la Responsabilidad Civil, tomo I, Nº 15-2; T. II, Nº 1494). Pero ocurre lo mismo cuando el establecimiento de las relaciones íntimas o del concubinato no resulta de una seducción dolosa o cuando ha sido libremente consentido por una y otra parte? Divididos están los pareceres. Según una opinión, aún en este caso la ruptura de las relaciones sexuales puede ser, al menos para la concubina, fuente de un derecho a reparación civil. Según otra, se decide al contrario que fuéra del caso en que ha habido seducción dolosa, la cesación del estado de concubinato, debida a la sola voluntad del concubinario, no puede dar lugar, por sí misma, a indemnización de perjuicios en provecho de la mujer. (H. y L. Mazeaud, obra citada, Toma I, Nº 278, nota 3ª). Con la segunda opinión se relaciona la sentencia arriba reproducida; conviene, en nuestro sentir, seguirla, porque nos parece la única que está jurídicamente fundada. Y aunque se haya escrito mucho sobre el concubinato o la unión libre, creemos útil insistir sobre los motivos que justifican la negativa a la concubina de toda acción de indemnización, fundada en el solo hecho de la cesación del concubinato, en el caso de que las relaciones íntimas no hayan tenido por origen una seducción dolosa.

Pero antes de discutir la cuestión importa presentar dos observaciones cuyo interés estriba en precisar su alcance y en deducir los elementos de su solución. Desde luego, al leer las sentencias o los estudios doctrinales o los informes dados en ciertos congresos, parecería que no concerniese la cuestión sino a los derechos de la concubina o querida y no a los del concubinario o amante. Se la plantea generalmente así: la concubina abandonada sin motivo legítimo por su amante puede reclamarle indemnización? En la práctica, es siempre la mujer abandonada quien recurre a los tribunales con sus quejas; hasta el presente, ninguna acción de este género parece haber sido ejercitada por los amantes desechados, aunque los haya en número, quizá igual, al de las queridas abandonadas. Preciso es buscar una explicación en el hecho de que las mujeres son más vengativas o más celosas en la defensa de sus intereses que los hombres, o en el de que los hombres refractarios al matrimonio consienten en llevar el deber de mantenimiento que el artículo 314 del Código Civil pone a cargo del marido, o aun en la circunstancia de que los amantes desechados tienen el pudor de no mostrar su infortunio o sus miserias sentimentales ante los Tribunales? O es que temen ellos ver rechazada su demanda por la justicia? Tal parece, en efecto, que la jurisprudencia, ora cuando ha tenido que estatuír sobre la validez de las donaciones entre abarraganados, ora cuando se le ha presentado el caso de conocer de las acciones de indemnización propuestas por concubinas contra los autores de la muerte accidental de sus compañeros, se haya dejado llevar de un curioso "feminismo" tras el cual se encuentra sin esfuerzo un vestigio de ese sentimentalismo romántico que ha inspirado a tántos literatos o novelistas obras destinadas a excitar la compasión del público por las mujeres galantes, las "amiguitas" o viejas queridas abandonadas, y que en muchas ocasiones ha conducido a la concubina a una situación preferible a la de la mujer legítima. Y este parecer se fortifica cuando se comprueba que la única demanda que hasta ahora se ha presentado por un concubinario, en reparación del perjuicio que pretendía haber sufrido por el hecho de la muerte casual de su querida, fue rechazada por motivo de indecencia. Con todo, cualquiera que sea la razón que explique la au-

(1) Hemos dado cabida en estas páginas al comentario del profesor Nast, en atención a su interés jurídico, ya que no podamos conformarnos (quod absit!) con la opinión de la licitud moral del acto sexual efectuado fuéra de matrimonio. A su debido tiempo podrán leer nuestros lectores en uno de los números próximos de la GACETA JUDICIAL una importante sentencia de la Corte y otra del Tribunal de Pasto sobre el interesante tema de la sentencia y comentario que insertamos.

sencia práctica de acciones de indemnización de perjuicios ejercitadas por amantes injustamente despedidos por sus compañeras o queridas, no se podría restringir la cuestión de indemnización por ruptura unilateral del concubinato o de las relaciones fuéra del matrimonio, al único caso en que ella proviniese del hombre; si así no fuese, se correría el riesgo de dejarse dominar, por resolverla, de un sentimentalismo mezclado de feminismo que no tiene nada de jurídico ni legal, y que no puede menos de falsear los elementos del problema. Es posible, con efecto, que haya tenido el amante que sufrir materialmente por causa de la cesación del concubinato o de la ruptura de relaciones fuéra de matrimonio, ya fuera que su querida contribuyera al mantenimiento de los hijos o del seudomatrimonio, ya que subviniera sola y en condiciones no deshonrosas al sostenimiento de su mancebo o amante, el cual, achacoso, ciego o paralítico, no podía ganarse la vida. No se ven motivos serios, cuando así sucede, para rehusar al amante un derecho que se reconocería a la querida. Por consiguiente, la cuestión que hay que examinar no debe limitarse a la hipótesis del abandono de la mujer por el hombre, y debe ser propuesta de manera general en estos términos: la ruptura unilateral del concubinato o de las relaciones fuéra del matrimonio, abre en provecho del hombre o de la mujer que la ha soportado un derecho a indemnización contra el otro?

Ahora, pues, la cuestión así planteada es una cuestión de responsabilidad civil. Mas no se trata de responsabilidad contractual que tiene su fuente en la ruptura de un contrato. Puede acontecer, sin duda, y acontece a menudo, que se hayan establecido las relaciones fuéra de matrimonio de común acuerdo, sobre todo cuando revisten la forma de una unión libre o de un "matrimonio aparente"; en la práctica existen uniones ilegítimas que son más sólidas y duraderas que las legítimas. Pero suponiendo que haya intervenido un verdadero contrato para crear entre los amantes una comunidad de vida y de techo, el tal contrato no tiene ningún valor legal, y, por consiguiente, ninguna fuerza obligatoria, así como una donación no tiene en principio valor legal ni fuerza obligatoria si no ha sido hecha en forma notarial; pues la sola unión intersexual a la cual reconoce la ley el valor de un contrato obligatorio, es aquella que tiene nacimiento en un matrimonio celebrado en la forma legal. No puede, pues, tratarse sino de responsabilidad delictual o cuasi-delictual, basada en los artículos 1382 y 1383 del Código Civil y originada de una culpa extracontractual; y está el toque de la cuestión en saber si, en caso de ruptura unilateral e injustificada del concubinato o de las relaciones fuéra de matrimonio, se hallan reunidas las condiciones generales de la responsabilidad delictual o cuasidelictual. No podría responderse a priori al problema así planteado con un fallo negativo deducido del hecho de que al pasar por alto la ley las relaciones fuéra de matrimonio y el concubinato (cuando por lo menos no se halla en juego ninguna relación de filiación), no se puede atribuír a aquel hecho ningún efecto jurídico; porque si la ley no se ocupa de tales relaciones, no las prohibe, salvo en ciertos casos particulares en que hace de éstos infracciones penales (valgan por ejemplo la violación, el adulterio, los atentados contra el pudor, etc., etc.); fuéra de esos casos, dichas relaciones son hechos que ni son lícitos ni ilícitos y que, como cualesquiera otros, pueden ser fuente de responsabilidad delictual. Pero, si la cuestión debe ser resuelta negativamente es, primero porque la ruptura del concubinato no constituye culpa jurídica; luego, porque ella no entraña ningún perjuicio actual y cierto, y, finalmente, porque no hay relación alguna de causalidad entre la ruptura y el perjuicio.

Ante todo, constituye culpa romper por su sola voluntad relaciones que se han establecido fuéra del matrimonio? Eso se ha pretendido; pero la justificación que se ha dado a esa opinión no ha sido siempre la misma. Según unos, estribaría la culpa en el hecho mismo de hacer cesar el concubinato, y, especialmente, en el de abandonar sin motivo a la mujer; según otros, en el de haber mantenido relaciones íntimas, aun extrañas a toda maniobra dolosa. Una y otra de esas justificaciones son igualmente inadmisibles. En primer lugar, no constituye culpa el poner fin a relaciones intersexuales que se han creado fuéra del matrimonio. En efecto, culpa delictual es una falta, ya a una obligación legal, ya a una consuetudinaria, vale decir, impuesta por la moral social contemporánea; es el hecho de no haberse portado como lo prescribe la ley o como lo ordenan las costumbres actuales. Ahora bien, no hay ninguna obligación legal para los amancebados de mantener el concubinato, porque la ley no conoce otra unión irrevocable que la del matrimonio y pasa por alto las uniones llamadas libres. No hay para ellos ninguna obligación consuetudinaria de continuar las relaciones que han establecido, puesto que el concubinato es, por

una parte, una unión que los abarraganados, al no casarse, han querido hacer esencialmente precaria, y por otra y por sobre todo, lo que caracteriza al concubinato en las costumbres contemporáneas y lo que explica su considerable extensión, principalmente en los medios obreros, es el ser una unión "libre", un "matrimonio libre", susceptibles de ser disueltos en cualquier momento, aun por voluntad de una sola de las partes y sin que esté obligada a ejercitar una acción judicial para obtener la disolución. Así en la mente de los que forman esa unión como en la opinión pública, el concubinato es, pues, una unión que, por su naturaleza misma, es revocable en todo momento, sin formalidad alguna, sin motivo, de común acuerdo o por voluntad de uno solo. Consiguientemente, no puede resultar obligación de mantenerla y no puede haber culpa en el hecho de ponerle fin, aun sin motivo plausible. Tal era, por lo demás, la opinión de nuestros antiguos autores. Verdad es que en casos de seducción dolosa, la ruptura de relaciones por voluntad del seductor puede originar indemnización de perjuicios en provecho de la seducida; pero, como se ha hecho notar con justicia, la indemnización no es la reparación del perjuicio causado por la ruptura (pues, aun en caso de seducción dolosa, la ruptura es lícita), sino la del perjuicio causado por la seducción dolosa, la cual ciertamente constituye una culpa civil. No pudiéndose considerar por este motivo como un acto culpable la ruptura unilateral del concubinato, se ha querido asimilar jurídicamente la seducción no dolosa a la dolosa y ver una culpa en el solo hecho del establecimiento de relaciones íntimas. Pero esta asimilación no puede aceptarse; fuéra de los casos en que la ley penal reprime y, por consiguiente, prohibe las relaciones sexuales, el acto sexual efectuado fuéra del matrimonio no constituye culpa en el sentido jurídico de la palabra, o lo que es lo mismo, una culpa generadora de responsabilidad civil. Eso era lo que antes se admitía y lo que debe admitirse hoy todavía. Como lo ha dicho en términos muy exactos la Corte de Casación, las relaciones fuéra de matrimonio no constituyen culpa civil, cuando "han sido resultado de un entendimiento recíproco, de una mutua simpatía, de un acuerdo de voluntades" y cuando los amantes se han "entregado uno a otro libre y conscientemente". (H. y L. Mazeaud, obra citada, tomo II, N° 1494). Por qué? Ante todo, porque si se supone que hubo culpa, ella fue común a ambas partes y no pudo atentar sino contra la sociedad, si se considera que el concubinato es antisocial; pero no hay ciertamente culpa en perjuicio del hombre ni de la mujer, como que ambos se han puesto de acuerdo para un acto que está, sobre todo, conforme a la naturaleza humana. Esto es verdad, especialmente, cuando la joven ha sido advertida, o cuando ha sido, como acontece frecuentemente hoy, la instigadora de las relaciones sexuales, o cuando la mujer es "experimentada", o cuando es una viuda, o una mujer casada o una mujer casada y divorciada tres veces. Desde el momento en que la culpa no entraña sino un perjuicio social y en que la ley penal no la castiga, ninguna sanción civil puede aplicársele".

Es verdad que muchos autores ven en las relaciones fuéra del matrimonio una culpa moral y en el concubinato un estado inmoral, y tal parece ser también la opinión de la jurisprudencia, que tiene por inmorales las donaciones entre amancebados, cuando el móvil de ellas ha sido el establecimiento o la continuación de las relaciones sexuales. Pero una culpa moral no constituye necesariamente una culpa civil. Así, las culpas contra sí mismo no son en general culpas jurídicas, como no lo son en relación a aquellos que han dado su adhesión a la culpa: **volenti non fit injuria**. Además, a pesar de lo que digan algunos autores, no está comprobado que el acto sexual fuéra de matrimonio sea una culpa moral; cuando ese acto se lleva al cabo con amor en particular, no es más inmoral que ciertas relaciones íntimas que se disimulan tras el velo del matrimonio. No se ve por qué un acto es moral o no según que haya sido ejecutado dentro de las normas legales o fuéra de ellas, y el querer juzgar el acto sexual exclusivamente de acuerdo con la ley moral, conduciría a anular muchos matrimonios que tienen todas las apariencias de verdaderos negocios. Sea lo que fuere, no es dudoso que ni la ruptura unilateral del concubinato, ni las relaciones fuéra del matrimonio constituyen culpas jurídicas.

Pero aun cuando se considerase como culpa jurídica el abandono injustificado de la concubina o de su amante, no resultaría necesariamente un derecho a indemnización para la víctima del abandono: en caso tal se necesitaría que se hubiese sufrido un perjuicio susceptible, por su naturaleza, de ser tomado en consideración para servir de base a una responsabilidad jurídica. Y eso no es así: porque una de dos: o la víctima del abandono se prevale de un perjuicio moral, consistente en un ataque a su interés de afecto, o invoca un perjuicio material y pecuniario. Si el perjuicio sufrido es solamente moral, la acción de indemnización no es

ciertamente improcedente. Primero, porque el interés de afecto no puede servir de fundamento a una demanda de indemnización sino cuando proviene de un lazo de parentesco o de afinidad, y tal no es el caso para los amancebados. Luego, porque el interés de afecto no puede justificar una acción de responsabilidad civil sino cuando aquélla se dirige contra un tercero, y no contra la persona a la cual estaba unida la víctima del daño por un lazo de afecto, porque para que entonces fuese procedente la acción, sería preciso la existencia de un deber legal de afecto que hubiese sido violado; ahora bien, si no existe deber legal de afecto, ni siquiera entre esposos (art. 212 y siguientes del C. C.), ni entre padres, con mucho menor razón entre amancebados: al afecto, en realidad de verdad, no se le manda. Por tanto, y el hecho merece ser notado, las queridas abandonadas no se duelen nunca contra sus amantes infieles de un perjuicio moral; ellas tienen el espíritu más positivo y realista, y siempre se quejan de un daño material, pero ese mismo daño material es insuficiente en sí mismo para fundar un derecho a reparación. Porque, si proviene del hecho de que la concubina ha sacrificado inútilmente su juventud o su vida, se responderá muy justamente a la demandante que en compensación de su sacrificio se ha beneficiado con ventajas correlativas y especialmente pecuniarias; y si proviene del hecho de que en adelante no será mantenida por su ex-amante, se le responderá, ante todo, que el perjuicio que ha sufrido es eventual, puesto que si el concubinato hubiese continuado, no es cierto que el autor de la ruptura, quien no era sujeto de ninguna obligación alimentaria, hubiese continuado procurándole subsidio, y un perjuicio eventual no puede dar derecho a reparaciones; luego, que ella no tenía ningún derecho a ser mantenida y que no hay perjuicio, en el sentido jurídico de la palabra, cuando el interés lesionado no estaba jurídicamente protegido.

En fin, en la hipótesis de que la concubina rechazada pudiese invocar un perjuicio material cierto, faltaría para la procedencia de su demanda de indemnización por abandono injustificado, otra condición, a saber: una relación de causalidad entre el abandono y el daño sufrido por ella. Este daño, en efecto, no puede consistir sino en la pérdida de los subsidios que suministraba el amante a su querida, el cual no tiene su causa en el solo hecho de la ruptura; la prueba está en que, si el amante continúa suministrando a su querida abandonada con qué subvenir a sus necesidades, o si él hace una donación en el momento de la ruptura, o aún si se ha comprometido a darle una pensión, el abandono no habrá causado ningún perjuicio material a la concubina y ella no podrá reclamar ninguna indemnización. La causa del daño es, pues, no ya el abandono mismo sino la cesación del mantenimiento de la querida, y no existe ninguna relación de causalidad entre el abandono y el perjuicio. Como, por otra parte, salvo un compromiso escrito, el amante no está obligado a subvenir a las necesidades de la concubina, después de la ruptura, como no lo está antes, no se ve sobre qué podría fundarse el derecho de la concubina a indemnización de perjuicios.

Preciso es, pues, que las concubinas tomen su partido: si sus amantes las abandonan carecen en principio, como no sea en el caso de seducción dolosa, de derecho a indemnización de perjuicios. Hay que dolerse de ellas? No parece, pues al entregarse libre y conscientemente sabían a qué se exponían, y porque en todo momento, una vez desvanecidas las ilusiones del amor, podía cesar su unión por la voluntad del uno o de la otra. Por otra parte, al no exigir el matrimonio, han aceptado y aun preferido una unión libre que pudiera ser disuelta fácilmente: al rechazar las cargas y los inconvenientes del matrimonio, no han podido llegar a aprovechar su principal ventaja, que es la estabilidad e irrevocabilidad de la unión del hombre y la mujer, sobre todo cuando, como en la mayor parte de los casos, su acción de indemnización tiene todas las apariencias de una venganza o de un chantage. En fin, es preciso no olvidar que el divorcio no da, por sí mismo, al esposo inocente un derecho a indemnización; es solamente en el caso en que carece de recursos suficientes para vivir, o en el de que el esposo culpado tiene todos los medios de proveer al sostenimiento del otro, cuando puede obtener la concesión de una pensión alimenticia. Luego conceder en todo caso una indemnización a la concubina abandonada, sería darle a ésta una situación superior a la de la mujer legítima; y esto es inadmisible mientras que el derecho positivo mantenga la institución del matrimonio.

Una reserva debe hacerse, sin embargo, análoga a la que se admite en jurisprudencia para la ruptura de los esponsales. Es posible que la ruptura del concubinato haya sido acompañada de hechos o de circunstancias que, independientemente de la sola cesación de las relaciones íntimas, hayan causado un perjuicio cierto, moral o material, a la víctima de la ruptura. En ese caso

no es dudoso que, por aplicación de los artículos 1382 y 1383 del Código Civil y si las condiciones de la responsabilidad civil se hallan reunidas, puedan tener derecho el amante o la concubina a indemnización de perjuicios. Lo cual sería especialmente así si se hubiese acompañado la separación de golpes, difamaciones o injurias, o aun simplemente con una publicidad tal que hubiese podido redundar en cierto descrédito para la concubina o su compañero. Pero entonces la fuente de la acción de reparación no sería la cesación del concubinato, sino hechos independientes de él.

Es frecuente que no pudiendo obtener las concubinas abandonadas resarcimiento de daños por el solo hecho del abandono, pero deseosas, a pesar de todo, de atacar al amante infiel en su bolsa, traten de utilizar de alguna manera una posición de repliegue que les sea más favorable que la de la responsabilidad civil. Ora recurren ellas a la teoría del enriquecimiento sin causa y ejercitan una acción de in rem verso, basada en el provecho que sus amantes han derivado de sus cuidados y servicios; ora, y más a menudo, invocan la teoría de las sociedades de hecho y reclaman una parte de los bienes puestos o adquiridos en común, o una parte de los beneficios obtenidos por sus amantes. Son procedentes tales acciones?

Tres observaciones preliminares se imponen. No parece, desde luego, contrariamente a lo que decide la sentencia citada, que si la concubina se prevale de una sociedad de hecho pueda obrar por la acción de in rem verso. A este respecto, la referida sentencia, al declarar procedente esta acción, ha incurrido en error manifiesto. En efecto, la acción de in rem verso es una acción subsidiaria, que no puede ser ejercitada sino a falta de otra vía de derecho; desde el instante en que hay sociedad de hecho, tiene la concubina a su disposición la acción pro socio, que hace inútil la de enriquecimiento sin causa; por otra parte, esta última acción no puede permitirle obtener sino una indemnización en dinero, igual al provecho procurado, mientras que la acción pro socio debe hacerle obtener una porción en frutos de los bienes comunes: no es, pues, indiferente para la concubina que su acción sea la social o la de in rem verso. Habiendo invocado la concubina en el juicio citado la existencia de una sociedad de hecho, erró la Corte de Aix al calificar su acción de in rem verso; y lo que prueba el error de la sentencia es que reconoció a la demandante un derecho sobre los bienes adquiridos a consecuencia de su colaboración y que este derecho no puede nacer, como ya se dijo, de un simple enriquecimiento sin causa. La segunda observación que debe hacerse es que el concubinato, aun cuando haya sido acompañado de una comunidad de habitación, no crea por sí mismo una comunidad de bienes, ni aun una sociedad de hecho, como no la crean la cohabitación de un hermano y su hermana, o la de dos amigos, o la de dos hermanos o hermanas. Pero inversamente (y ésta es la tercera observación que se impone), el concubinato no podría ser, por sí mismo y por sí solo, un obstáculo a la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa, o a la de las sociedades de hecho, suponiendo que se encuentren reunidas las condiciones para aplicar esas teorías; por tanto, la jurisprudencia no ha dudado en hacer su aplicación. Se pueden dar dos motivos. El uno es que la ley ignora las relaciones fuéra del matrimonio, ya sea para hacerles producir efecto (con excepción del caso en que se halle en juego una cuestión de filiación), ya para atribuírle una incapacidad civil: cualesquiera contratos son, pues, permitidos entre abarraganados, salvo aquellos cuyo único objeto sea el de crear el concubinato o mantenerlo. El otro motivo es el de que no se podría deducir pretexto de la inmoralidad del concubinato para rehusar a los amancebados la aplicación del derecho común, ante todo, porque no es cierto que las relaciones fuéra de matrimonio sean necesariamente inmorales; luego, y sobre todo, porque se puede hacer abstracción de las relaciones sexuales para apreciar la situación de hecho creada por el concubinato; hay o puede haber concubinatos blancos, como hay matrimonios blancos, y a menos de verse obligado a ello para apreciar los hechos, no tiene el juez para qué penetrar en los secretos de alcoba, ya sea en el concubinato o en el matrimonio.

En la referida sentencia, habiendo invocado la concubina la existencia de una sociedad de hecho, no tenemos que examinar la cuestión de la admisibilidad de la acción in rem verso entre amancebados, sino solamente la de la admisibilidad de la acción pro socio. En general, las sentencias admiten esta acción, cuando se establece que ha existido realmente una sociedad de hecho, y especialmente cuando, como acontece a menudo, han explotado los amantes en común un comercio, una industria, una hacienda. Se han emitido dudas, sin embargo, sobre la legitimidad de esta solución por motivo de que no han tenido en mientes los amancebados una partición de beneficios, que es

condición necesaria para que haya sociedad (art. 1832 C. C.), sino solamente poner en común sus ganancias para subvenir a los gastos del seudo-matrimonio. La verdad es que es imposible adoptar una solución única para todos los casos que se presentan: todo depende de una cuestión de hecho y en particular de la intención de los amantes, con tal que ésta pueda inferirse de la conducta que hayan observado. Cuando han explotado en común un establecimiento industrial o comercial o un fundo rural, convendrá decidir, de acuerdo con las circunstancias, que existía entre ellos una asociación en participación o una sociedad de hecho con nombre colectivo, o que al contrario, no existía entre ellos ninguna sociedad, cuando haya consistido la colaboración del uno con la explotación gerenciada por el otro solamente, en una prestación de servicios sujeta a remuneración. Cuando los amantes han vivido bajo un mismo techo, en principio, sus bienes muebles e inmuebles permanecerán como una propiedad separada del uno o del otro, así como para los esposos separados de bienes o dos amigos que viven en común; pero se podrá considerar como si fuesen bienes indivisos de ambos, sujetos a partición de frutos, aquellos que hayan adquirido en común o con sus comunes economías, y aquellos cuya propiedad no se sepa a cuál de los dos pertenece.

Marcel Nast,
Profesor de la Facultad de Derecho de Estrasburgo.

COLABORACION JURIDICA

SOCIEDADES

Miguel Moreno Jaramillo

TOMO IV

(Continuación)

395.—"Compañías que elaboran minas" es el nombre de la tesis que en el año de 1897 presentó el doctor Antonio José Montoya, para graduarse de abogado en la Facultad de Derecho del "Colegio de Zea", hoy Universidad de Antioquia. (Imprenta de El Espectador. Medellín. 1897).

Veamos en los siguientes números algunas de las acotaciones que el doctor Montoya hace a varios artículos del código minero, referentes a compañías que elaboran minas.

396.—Las sociedades para la elaboración de las minas pueden ser de cuatro clases: **colectivas, en comandita, anónimas y ordinarias** (artículo 247 del código de minas).

Dice el doctor Montoya:

"Tanto el código civil como el de comercio reconocen tres clases de sociedades, que son: sociedad **colectiva**, sociedad **en comandita** y sociedad **anónima**. Este artículo, al enumerar las sociedades que elaboran minas, agrega una clase más: sociedad **ordinaria de minas**, que es una especialidad de este ramo del derecho civil. El origen de esta institución jurídica se halla en las leyes que el Rey de España dio para el gobierno de sus colonias americanas, y es de advertirse que las leyes no hicieron en esta materia sino reconocer y sancionar lo que de hecho se había establecido. Para comprobación de lo que decimos, citamos a continuación el artículo 1º del Título XI de las Ordenanzas de Minería, de Nueva España (Méjico), que rigieron en Nueva Granada desde el año de 1829, en lo que no se opusieran a las leyes y decretos vigentes en aquel entonces, y exceptuando algunos de los títulos de esa obra. Dice así el nombrado artículo:

'Por cuanto muchas minas se trabajan por varios mineros unidos, tratando de compañía desde que las denuncian, o contrayéndola posteriormente en diferentes maneras, siendo esto de grande provecho y utilidad al laborío de ellas, pues es más fácil que se determinen a él entre muchos, concurriendo cada uno con parte de su caudal, o porque no siendo suficiente el de uno solo para grandes empresas puede serlo el de todos los compañeros, quiero y mando que se procuren, promuevan y protejan semejantes compañías particulares y generales por todos los términos convenientes, concediendo mi Virrey a los que las formaren todas las gracias, auxilios y exenciones que fueren de conceder a juicio y discreción del Real Tribunal de Minería, y sin detrimento del interés del público y de mi real Erario'.

"El derecho a formar compañías de minas **ordinarias** o **de hecho**, desde entonces consagrado, acomodáronlo los legisladores colombianos al espíritu de nuestra legislación, y rige hoy para beneficio de la rica industria minera". (Tomo I, números 36, 53 y 129. Tomo II, números 149, 153, 167, 168, 169, 180 y 186. Tomo III, números 286, 288 y 313).

397.—Son compañías **ordinarias** las que se forman comúnmente para el laboreo de las minas, sin los requisitos necesarios para que pudieran considerarse como de alguna de las clases anteriores, las cuales se rigen por las disposiciones especiales de este capítulo, no obstante de no ser reconocida su existencia por el código civil (artículo 251 del código de minas).

Dice el doctor Montoya:

"Las sociedades que se forman para elaborar minas, sin los suficientes requisitos para ser sociedades civiles o comerciales, son las compañías **ordinarias**, que reconoce y regla este capítulo. En todo caso, los estatutos que las sociedades tengan establecidos o aceptados para su organización y gobierno, prefieren a la ley (si no son contrarios a ella); y aquí cabe la regla de nuestro derecho civil:

'Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede

ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales'.

"Las sociedades comerciales se forman y prueban por escritura pública, debidamente registrada, y están sujetas a las disposiciones estrictas del código mercantil. En las sociedades civiles la ley deja mucho a la voluntad de los contratantes, y no es obligatoria la escritura pública para probar la existencia de las colectivas y en comandita. En cuanto a las anónimas, puede decirse que todas son comerciales, pues siempre se rigen por el código mercantil. A propósito dice el código civil:

'Las sociedades civiles anónimas están sujetas a las mismas reglas que las sociedades comerciales anónimas' (artículo 2090).

"Finalmente, las sociedades ordinarias de minas pueden contraerse por escritura pública (medio que sólo acostumbran los mineros cuando la mina es conocidamente rica), por documento privado o por simple compromiso, y de hecho, cuando se denuncia una mina para varios compañeros que no han celebrado contrato de sociedad (y no puede celebrarse el contrato sin poseer todavía la cosa que se va a poner en común), y entonces probarse la compañía con el título de la mina, y aun con el escrito de denuncio. Es de advertirse que cuando se enajena parte de una mina, lo que trae por consecuencia el cambio de un socio por otro, o la introducción de un nuevo socio a la compañía, o la creación de sociedad si el propietario era único, es preciso otorgar instrumento público, porque las minas son bienes raíces".

"Llamaremos sociedades de hecho a las que la ley llama ordinarias de minas, para establecer su analogía o identidad con el cuasicontrato de comunidad, que sí es reconocido por el código civil. Pasaremos en seguida a tratar de demostrar que las compañías ordinarias no son verdaderos contratos, sino simples cuasicontratos, lo que en verdad no es mera diferencia de palabras, pues según el carácter que tengan, las consecuencias jurídicas serán diversas".

"Cuando dos o más individuos denuncian una mina, sin haber celebrado contrato de sociedad, se forma, según el artículo 251 en relación con el inciso 6º del artículo 33, una sociedad ordinaria; la compañía, en el presente caso, nace de un hecho lícito, el denuncio común de la mina, y esto es suficiente para deducir que una compañía, así de hecho formada, es un cuasicontrato. Veamos la definición de cuasicontrato:

'Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley o del hecho voluntario de las partes. Las que nacen de la ley, se expresan en ella. Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato...' (artículo 31, ley 57 de 1887).

"En las minas de compañía la obligación no nace de la ley sino del hecho del denuncio; la ley reconoce lo que hacen los interesados, pero no le da nacimiento a la obligación. La obligación se expresa en la ley, pero no nace de ella; decir que nace de ella, sería establecer que el cuasicontrato de comunidad también nace de la ley, porque en la ley se expresa".

"El hecho de denunciar una mina es un hecho lícito".

"Conclusión: la compañía ordinaria es un cuasicontrato".

"Supuesto lo anterior, la definición que da el código civil del cuasicontrato de comunidad trae al ánimo una nueva ejecutoria de la verdad sentada. Leámosla:

'La comunidad de una cosa universal o singular, entre dos o más personas, sin que ninguna de ellas haya contratado sociedad, o celebrado otra convención relativa a la misma cosa, es una especie de cuasicontrato'. (Artículo 2322).

"De lo dicho concluímos que las compañías ordinarias de minas sí son reconocidas por el código civil como simples comuniñades, aunque es verdad que no les reconoce existencia como contrato de sociedad. Se regirán, pues, por las reglas del cuasicontrato, y todo lo que la ley diga del cuasicontrato de comunidad debe aplicarse a las compañías ordinarias, en cuanto lo permita la naturaleza de las minas y el derecho especial que las rige".

"Veamos las consecuencias concretas de esta doctrina:

"1º—Cada socio debe a la comunidad lo que saca de ella, incluso los intereses corrientes de los dineros comunes que haya empleado en sus negocios particulares, y es responsable hasta de la culpa leve por los daños que haya causado en las cosas y negocios comunes. (artículo 2326, código civil)".

"2º—En todo caso puede pedirse por cualquiera o cualesquiera de los socios que la mina se divida, si fuere posible hacerlo, o se venda para repartir su producto. Es muy raro que se presente el caso de poder dividir equitativamente una mina".

"3º—Cuando alguno o algunos de los socios soliciten la venta de la mina, los otros socios o cualesquiera de ellos pueden comprar los derechos de los solicitantes, pagándoles la cuota que les corresponda, según el avalúo de la mina. Si la venta se hubiere veri-

ficado, tendrá cabida el derecho de retraer".

"4º—La compañía termina: 1º, por la reunión de las acciones de todos los socios en una sola persona; 2º, por la extinción de la mina; 3º, por el abandono de la mina; 4º, por ser privados en juicio del derecho a ella, uno, varios, o todos los socios, y 5º, por la división de la mina". (Tomo I, números 36, 121, 138 y 140. Tomo II, número 256. Tomo III, números 279, 286 y 288).

398.—Las compañías de que hablan los artículos 248, 249 y 250 se regirán por las reglas o estatutos que tengan establecidos o aceptados, y en su defecto por las disposiciones del título 28, libro 4º, del código civil.

Sólo por insuficiencia de esas disposiciones se observarán las de este capítulo (artículo 252 del código de minas).

Dice el doctor Montoya:

"El título 28, libro 4º del código civil, a que se refiere este artículo, corresponde al título 27 del mismo libro del código civil actual".

"Las definiciones que dan los artículos 248, 249 y 250, son las mismas que contiene el código civil en su artículo 2087. El 252, aquí transcrito, dispone que en defecto de los estatutos que deben regir a las sociedades mineras, se acuda a las disposiciones del código civil, de lo cual resulta que el contrato para trabajar una mina en compañía es un contrato civil (en los casos en que haya verdadero contrato). Podrá también regirse por el código de comercio —si así se estipula— conforme al artículo 2086 del código civil, que dice:

'Podrá estipularse que la sociedad que se contrae, aunque no comercial por su naturaleza, se sujete a las reglas de la sociedad comercial'.

"El título 27 del libro 4º del código civil regla íntegramente la materia, y el inciso 2º del artículo que comentamos, dice: 'Sólo por insuficiencia de esas disposiciones se observarán las de este capítulo (el 16 del código de minas); pero este capítulo establece una clase especial de sociedad, la sociedad ordinaria de minas o compañía de hecho, ¿a qué insuficiencia se refiere, pues, el inciso 2º, citado, cuando el código civil desarrolla el contrato de sociedad civil en todos sus pormenores? Parécenos que la insuficiencia puede referirse al arreglo del laboreo y explotación de las minas, por la naturaleza del contrato mismo en su aspecto jurídico".

"Es de advertirse que la mayor parte de las sociedades mineras no establecen estatutos en su principio, y muchas en ningún tiempo".

399.—Toda mina en compañía se considerará dividida en veinticuatro derechos o acciones iguales, que representarán los votos que deben computarse en las deliberaciones de la sociedad (artículo 255 del código de minas).

Dice el doctor Montoya:

"Estos derechos o acciones eran llamados barras en las ordenanzas de minería de Nueva España".

"La inteligencia de este artículo es que ninguno de los socios puede trabajar una parte determinada de la mina, poniendo su montaje particular en tal o cual veta, hilo, aguja o formaciones por aluvión, sino que el laborco hay que emprenderlo en común, concurriendo a los gastos todos los socios, y dividiendo luégo las utilidades. Sin embargo, la mayoría de los socios puede acordar otra cosa. Además, si la sociedad resolviere no emprender trabajos en común por cierto tiempo, y alguno o algunos de los socios quieren emprenderlos por su cuenta, no podrá la sociedad impedirlo, siempre que, a juicio de peritos, estos trabajos no perjudiquen a los que más tarde piense montar la sociedad".

"El laboreo aislado de los compañeros haría inútil la asociación, cuyo objeto es el aumento de fuerza por la unión de capitales, conocimientos y brazos; en la asociación está el secreto de la prosperidad para las compañías extranjeras que explotan las minas antioqueñas, quizá con más éxito que los mismos naturales de la tierra".

"Supuesto el laboreo aislado, serían constantes e infinitas las disputas: nacerían ya del tope de los diversos trabajos; ya de la competencia sobre un punto rico de la mina; otra del reclamo por el derecho a las aguas, que se van haciendo indispensables; otra de destrucción de trabajos del comunero. No se hallaría más filón que el de la discordia..."

"El artículo que comentamos, al establecer el modo cómo deben computarse los votos de la sociedad, elimina las personas y atiende a las acciones o derechos; en otras palabras, da la ley la mayoría de la mina, no la mayoría de las personas, cosa muy puesta en razón, porque el derecho a las minas es un derecho en la cosa, no personal".

"La división en veinticuatro partes iguales no es obligatoria, y los socios pueden hacer una división arbitraria, como más les convenga. También pueden subdividirse esas acciones indefinidamente". (Tomo I, números 7, 10, 32 y 90. Tomo II, números 145,

217 y 249. Tomo III, números 262, 303 y 309).

400.—Las resoluciones de la sociedad se tomarán siempre por mayoría absoluta de votos, decidiéndose los casos de empate por un arbitrador nombrado por el juez de más categoría del lugar en que delibere la sociedad, y si hubiere varios de la mayor categoría, por uno de ellos. El juez procurará hacer recaer el nombramiento en un minero inteligente y honrado, si el negocio requiere conocimientos prácticos en la materia.

Para que el juez pueda hacer el nombramiento de arbitrador, es necesario que se le presente copia del acta de la referida sesión celebrada por la sociedad; y hará tal nombramiento breve y sumariamente sin necesidad de más actuación.

Lo dispuesto en los dos incisos precedentes no impide que los socios puedan terminar su diferencia por otro medio, siempre que la mayoría esté de acuerdo para este efecto (artículo 256 del código de minas).

Dice el doctor Montoya:

"Como las leyes colombianas no establecen tribunales ni juzgados de minería, es necesario recurrir para todos los asuntos que exijan una decisión judicial, a los jueces civiles ordinarios. Cuando los negocios requieran conocimientos especiales en la minería, de modo que no sea suficiente para ilustrarlos el conocimiento que el juez tenga del derecho de minas, la ley dispone, en la mayoría de los casos, que los jueces se ayuden de peritos, que deben ser mineros entendidos y honrados".

"Uno de los casos en que se ocurre a un arbitrador, es cuando hay empate en el cómputo de los votos de los socios que deliberan sobre el laboreo que ha de darse a una mina en compañía. Con una copia del acta de la sesión celebrada por la sociedad, se presentará al juez una solicitud firmada por todos los socios concurrentes a la deliberación, o simplemente por el presidente de la sociedad. El juez nombrará breve y sumariamente un arbitrador, que decidirá el empate, atendiendo a la justicia y a la utilidad".

"Las razones aducidas en la sesión empatada deberán ser atendidas y estimadas, como alegatos de las partes, por el arbitrador, para que su resolución no resulte arbitraria". (Tomo I, números 39, 40, 41 y 131. Tomo II, número 255. Tomo III, número 329).

401.—Los socios pueden enajenar libremente sus derechos; pero en caso de venta deben avisarlo inmediatamente a la sociedad, con el fin de que si le conviene retraer los derechos enajenados, es decir, tomarlos por el tanto, lo verifique dentro de quince días; pasados los cuales puede cada socio en particular tomarlos para sí, y al efecto gozará de diez días más de término, los cuales se contarán, bien desde el vencimiento de los quince que tiene la sociedad para retraer, o bien, desde el en que ella declare que no usa de ese derecho. Toda venta hecha sin el requisito expresado es nula y de ningún valor (artículo 275 del código de minas).

La nulidad de que habla el artículo 275, se subsana por el hecho de llegar la venta a conocimiento de la sociedad y no hacerse uso del derecho de retraer dentro de los términos fijados en él, los cuales se contarán desde que la sociedad tenga conocimiento de la enajenación (artículo 279 del código de minas).

Dice el doctor Montoya:

"Es de advertirse que el derecho de retraer tiene aplicación, conforme a las disposiciónes anteriores, en los casos de venta verificada por un accionista, pero no en los casos en que un derecho de una mina se enajene por otros medios, como permuta o donación".

"Para los juicios de retracto había un procedimiento especial, sumario, a que hace referencia el artículo 444 del código de minas, procedimiento que no reprodujo el código judicial vigente, siendo hoy necesario recurrir a la vía ordinaria para ejercitar ese derecho".

"Para retraer las acciones de una mina en compañía, cuando han sido vendidas, señalan estos artículos términos perentorios e improrrogables, y ocurre la cuestión de cómo deben contarse esos términos. Si comprendiendo en ellos los días feriados y de vacantes, o al contrario. Ambas maneras de contarse los términos se han creído aplicables al caso, por distintos peritos en derecho..." (Tomo I, números 14, 16, 19 y 33. Tomo IV, número 386).

402.—Si la sociedad resolviere no emprender trabajos en común por algún tiempo, y alguno o algunos de los socios quieren emprenderlos por su cuenta, no podrá la sociedad impedirlo, siempre que a juicio de peritos, estos trabajos no perjudiquen a los que más tarde piense montar la sociedad. Los productos que se obtengan pertenecen al socio o socios que hayan emprendido los trabajos (artículo 281 del código de minas.

Dice el doctor Montoya:

"Ya hicimos notar los inconvenientes del laboreo aislado o individual de una mina de

compañía, y las ventajas del laboreo común por la concurrencia de todos los compañeros. Sin embargo, la ley quiere que a todo trance se trabaje en las minas, de una manera o de otra, y por eso dispone que si la sociedad resuelve no emprender trabajos, pueden emprenderlos los socios aisladamente y por cuenta propia".

"Es costumbre muy extendida entre los dueños de minas ya montadas, permitir a los mineros que pongan trabajos en pequeño, separados de los que tiene la empresa, y permitirles también que muelan los minerales que extraigan en las mismas máquinas de la empresa dueña. Los mineros hacen todos sus gastos; no pueden impedir a los dueños que trabajen en otra parte el filón que ellos van explotando, y no tienen derecho sino a la frente que adelantan. El precio depende de la convención, y es proporcional a la utilidad que los mineros obtienen, dando, por ejemplo, una parte del oro y vendiendo la otra a un precio convencional al mismo dueño de la mina. Este negocio da buena utilidad, y contribuye a que no merodeen de los minerales los mineros pobres que viven cerca, o en los mismos terrenos de las minas ricas. Aquellos trabajos es costumbre llamarlos de parejas, porque suelen emprenderse por dos personas, para facilitar el trabajo".

"¿Qué clase de contrato es el que celebran las parejas con los dueños de minas?"

"No es contrato de sociedad, porque le faltan los requisitos precisos para formar una sociedad (no hay persona jurídica distinta de los copartícipes, individualmente considerados)".

"No es arrendamiento en sentido estricto, porque no hay un precio determinado, sino eventual, de tal modo que el dueño de la mina tiene ganancia directamente proporcional al de la pareja".

"Creemos, sin embargo, que el contrato es de arrendamiento, en el caso especial del artículo 2041, inciso 2º, del código civil. Las parejas deben, pues, considerarse como colonos aparceros, entre los cuales y el dueño de minas existe una especie de sociedad".

403.—El presidente o director nombrado de conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior, es representante legal de la sociedad, y la obliga en sus actos así judiciales como extrajudiciales.

Además, la sociedad puede ser representada por cualquiera persona a quien conceda este derecho, según sus reglamentos, y por los apoderados directos, o sustitutos, del presidente o director.

Con todo, cualquier socio puede gestionar por sí en los asuntos que tenga interés la sociedad, y se atenderá a sus solicitudes, en cuanto fueren legales, como hechas por parte legítima, aunque esa parte no sea necesaria en el juicio, y no haya necesidad de contar con ella para el adelantamiento y determinación de él (artículo 284 del código de minas).

Dice el doctor Montoya:

"Desde luégo advertimos que en la práctica suele distinguirse entre presidente y director de una mina. Presidente es el que preside, por voto de sus compañeros, las sesiones de la sociedad, y dirige de lejos el laboreo, sin intervenir en los trabajos materiales. Director es quien dirige inmediatamente los trabajos, aunque no sea socio de la empresa, y el cual debe ser un minero entendido".

"Para probar el carácter de presidente o director bastará presentar una copia autenticada del acta de la sesión en que se hizo el nombramiento".

"Si no hay presidente, porque aún no se ha formalizado la sociedad, ninguno de los socios puede presentarse a gestionar como representante legal de ella. Puede gestionar cualquier socio por sí, en los asuntos en que tenga interés la sociedad, conforme al inciso 3º, pero no la representa. Para obrar en nombre de ella sólo podría admitirse la representación de todos los socios".

"En las otras tres clases de compañías, los estatutos señalarán al socio que debe representar a la sociedad, judicial y extrajudicialmente".

"Cuando cese en sus funciones un presidente, deberá entrar a representar la sociedad el que le suceda, aun en aquellos negocios en que ya se había reconocido la personería del director saliente". (Tomo I, números 34, 35, 107, 120 y 141. Tomo II, números 229, 238 y 250).

CORTE PLENA

IMPEDIMENTOS DE LOS MAGISTRADOS DE LA CORTE PARA CONOCER DE LAS DEMANDAS SOBRE INEXEQUIBILIDAD

Es procedente la admisión de incidentes sobre impedimentos en los juicios sobre inexequibilidad de leyes y decretos, porque si bien es verdad que la Corte ejerce funciones especialísimas como guardián de la Constitución, también es indudable que en ejercicio de la jurisdicción constitucional la Corte no puede prescindir de su condición de juzgador que hace que sus miembros estén sujetos a los mismos impedimentos de los Jueces y Magistrados en los juicios en que sólo se ventilan cuestiones de intereses particulares, con las distinciones e interpretaciones correspondientes a la índole natural de los negocios. Las causales de impedimento no pueden ser otras que las señaladas por el Código Judicial para los juicios civiles. El principio sentado en el numeral 6º del artículo 435 del Código Judicial es aplicable a los que, siendo Magistrados de la Corte, han sido antes miembros del Congreso y han de conocer de las demandas de inexequibilidad de las leyes en cuya discusión o preparación tomaron parte.

Corte Suprema de Justicia.—Corte Plena.—Sala de Decisión.—Bogotá, octubre siete de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

En la demanda sobre inexequibilidad de la Ley 37 de 1932, a la cual se hallan acumuladas las demandas contra las Leyes 11 y 46 de 1933, se declararon impedidos los honorables Magistrados doctores Cardoso Galtán, Iglesias, Rocha y Serpa. La Sala de Decisión, integrada por los Magistrados restantes, procede a calificar tales impedimentos, previas las siguientes consideraciones:

En primer lugar, es preciso establecer si en esta clase de acciones caben los incidentes sobre impedimento.

En sentencia de 18 de marzo de 1927, la Corte dijo: "Es indudable que las causales de impedimento que enumera el Código Judicial, y que han sido establecidas para los litigios entre particulares, no son aplicables por vía de interpretación extensiva a los juicios de que trata el artículo 41 del Acto Legislativo Nº 3 de 1910, en los que se ventilan cuestiones de orden constitucional y la Corte ejerce funciones de poder colegislador".

Esta doctrina ha sido rectificada en la práctica posteriormente, porque la Corte ha entrado a decidir cuestiones de impedimento de los Magistrados y del Procurador General de la Nación. Y es procedente darles cabida a esta clase de incidentes en los juicios sobre inexequibilidad de leyes y decretos, porque si bien es verdad que la Corte ejerce funciones especialísimas como guardián de la Constitución, también es indudable que en ejercicio de la jurisdicción constitucional la Corte no puede prescindir de su condición de juzgador que hace que sus miembros estén sujetos a los mismos impedimentos de los Jueces y Magistrados particulares, con las distinciones e interpretaciones correspondientes a la índole natural de los negocios. Por tanto, deben estudiarse los impedimentos manifestados por los Magistrados en los juicios de inexequibilidad y las causales no pueden ser otras que las señaladas por el Código Judicial para los juicios civiles.

Dos clases de impedimentos se han manifestado en este juicio, los cuales se estudian separadamente.

El honorable Magistrado doctor Salvador Iglesias, se ha declarado impedido por ser deudor y acreedor, conforme a obligaciones que fueron contraídas dentro del período de tiempo comprendido en la Ley 37 de 1932. Considera el expresado Magistrado que en él concurre el impedimento de que trata el numeral 3º del artículo 435 del Código Judicial, o sea, "Tener interés en el pleito el Juez o alguno de sus parientes expresados en el ordinal 1º".

Sobre esto se observa:

El impedimento a que se refiere el honorable Magistrado doctor Iglesias, cabría en el caso de encontrarse el funcionario, en el hecho, ante una controversia entre acreedor y deudor, en donde se discutieran las determinaciones legales consignadas en los actos materia de la acusación; pero la sola circunstancia de tener la condición de acreedor o de deudor, no constituye sino una situación hipotética en cuanto al ejercicio de las acciones o excepciones legales. Por otra parte, en los casos de inexequibilidad de leyes, en que se deciden cuestiones de interés público, no se pueden interpretar las disposiciones del Código Judicial sobre impedimentos en la misma forma que en los juicios en que se deciden asuntos de intereses particulares.

Por tanto, la Sala no estima que sea legal el impedimento manifestado por el honorable Magistrado doctor Iglesias.

El honorable Magistrado doctor Aníbal Cardoso Gaitán, hace consistir su impedimento en que como Senador intervino en la discusión del proyecto que llegó a ser la Ley 37 de 1932, y consignó su voto favorable a él en todos los debates.

El honorable Magistrado doctor Antonio Rocha se declara impedido, porque como Representante al Congreso fue uno de los proponentes de la Ley 11 de 1933 y redactó el artículo 1º de la Ley 46 del mismo año.

El honorable Magistrado doctor Eleuterio Serna R., manifestó que se halla impedido por concurrir en él la circunstancia de haber intervenido en los debates parlamentarios de la Ley 37 de 1932, en su calidad de Representante al Congreso, no sólo dando el voto respectivo, sino participando en la discusión sobre la constitucionalidad de ella.

Sobre estos impedimentos se observa:

El numeral 6º del artículo 435 del Código Judicial dice que es causal de impedimento haber dictado la providencia de cuya revisión se trate, y aun cuando esta disposición se refiere a Jueces y Magistrados y a providencias judiciales, el principio es aplicable a los miembros del Congreso, cuando han contribuído en la forma en que lo hicieron los doctores Cardoso Gaitán, Rocha y Serna a expedir las leyes, y después tienen a su cargo, como Magistrados de la Corte, el ejercicio de la jurisdicción constitucional respecto de tales actos.

Es, por consiguiente, legal el impedimento manifestado por los referidos Magistrados.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, reunida en Sala de Decisión, resuelve:

1º No es legal el impedimento manifestado por el honorable Magistrado doctor Salvador Iglesias;

2º Es legal el impedimento manifestado por los honorables Magistrados doctores Aníbal Cardoso Gaitán, Antonio Rocha y Eleuterio Serna R. en este juicio, y en consecuencia, se les declara separados del conocimiento; y

3º Señálase la hora de las diez de la mañana del siguiente día útil al de la notificación de este auto para verificar el sorteo de los respectivos Conjueces.

Cópiese y notifíquese.

Ricardo Hinestrosa Daza, Pedro A. Gómez Naranjo, Eduardo Zuleta Angel, Liborio Escallón, Pedro Alejo Rodríguez, Juan Francisco Mújica, Miguel Moreno J., José Antonio Montalvo.

Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

de los honorables Magistrados Moreno Jaramillo y Mújica

Con el mayor respeto hacia nuestros colegas reunidos en Corte Plena, nos separamos de su opinión expresada en auto de hoy —proferido en juicio sobre inexequibilidad de las leyes 37 de 1932 y 11 y 46 de 1933— en cuanto tal providencia declara no ser legal el impedimento manifestado por el honorable Magistrado doctor Salvador Iglesias.

Creemos que la Corte Plena, al calificar el impedimento puesto de presente por dicho magistrado, ha debido declarar a éste separado del conocimiento de la causa en que se juzgan las leyes aludidas.

El señor magistrado ha dicho que en sí concurre la causal de impedimento marcada con el ordinal 3º del artículo 435 del Código Judicial, por ser deudor de varias personas y acreedor de otra, en obligaciones a que se refiere la Ley 37 de 1932, acusada de inconstitucional, y ha dicho que sobre tales deudas no ha hecho todavía arreglo alguno.

Esta manifestación del señor magistrado no constituye, en nuestro sentir, "una situación hipotética", como lo estima la Corte, sino un caso real y concreto que coloca al funcionario deudor y acreedor en circunstancias de tener interés particular en el ne-

gocio. Para él no es indiferente, y así puede desprenderse de su auto, que las leyes sobre deudas sean declaradas exequibles o inexequibles.

No por ventilarse cuestiones de interés público, en las controversias referentes a la constitucionalidad de las leyes, puede decirse, así en general, que siempre esté descartado el interés particular, pues hay casos, como el de que tratamos, en que el señor magistrado, desde su punto de vista, estima hallarse en un estado conflictivo que es, precisamente, su impedimento.

Bogotá, 7 de octubre de 1935.

Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica.

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

RESCISION POR LESION ENORME

La carga de la prueba incumbe al actor. De acuerdo con este principio, que los romanos expresaban en el adagio "actori incumbit probatio", halló el Tribunal que no aparecía prueba legal para decretar la rescisión demandada.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, junio ocho de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Eduardo Zuleta Angel).

Ante el Juez del circuito de Popayán el señor doctor Avelino Córdoba y Bravo, como apoderado de Inés Tejada v. de Campo, entabló juicio ordinario contra el presbítero Moisés Ordóñez C., para que se declarara: "viciado de lesión enorme" y en consecuencia rescindido, el contrato de compra-venta a que alude la escritura número 84 de 15 de marzo de 1930, pasada ante el Notario 1º de Popayán, por medio del cual el señor presbítero Moisés Ordóñez vendió a la señora Inés Tejada v. de Campo, por el precio de $ 5,000 oro, una casa ubicada en la mencionada ciudad, en el barrio denominado el Empedrado.

El señor Juez 1º de Popayán, en sentencia de 4 de agosto de 1933, fundándose en que la actora no había comprobado que hubiese sufrido lesión enorme en la compraventa celebrada con el demandado y que consta en la escritura antes citada, absolvió al presbítero señor Moisés Ordóñez de los cargos formulados por la señora viuda de Campo.

El Tribunal de Popayán, en sentencia del 22 de junio de 1934, confirmó la sentencia del Juez, por no haber "comprobado la señora Inés Tejada v. de Campo que la casa comprada al presbítero Moisés Ordóñez valía el día en que se otorgó la escritura pública número 84 de 15 de marzo de 1930, menos de $ 2,500".

Como apoderado de la señora viuda de Campo interpuso, contra esa sentencia, recurso de casación, el doctor Jorge Méndez Valencia, quien alegó:

1) Violación directa de los artículos 1946 y 1947 del Código Civil, por cuanto el Tribunal "admitió como prueba de la falta de esa lesión", alegada por la compradora, un avalúo pericial que el recurrente considera mal hecho.

2) Violación del artículo 721 del Código Judicial, por error de derecho en la apreciación de la prueba y violación indirecta de las disposiciones antes citadas (arts. 1946 y 1947 del C. C.), por cuanto el Tribunal "con prueba tan deficiente (el dictamen pericial antes aludido) no podía saber cuál fue el verdadero valor de la finca a la época de

la convención, y no podía por lo mismo absolver al demandado de los cargos formulados en la demanda".

Termina el recurrente pidiéndole a la Corte que al infirmar el fallo recurrido", decrete una nueva prueba pericial, con nuevos peritos, para establecer el valor real de la finca materia de este pleito al tiempo de la celebración del contrato".

Con respecto al primero de los cargos expuestos, la Corte considera:

1º Que la carga de la prueba incumbía al demandante. Era éste quien tenía que probar que el inmueble objeto de la compraventa no valía, en el momento de la celebración del contrato respectivo, menos de $ 2,500.

2º Que de acuerdo con ese principio fundamental que los romanos expresaban con el adagio "Actori incumbit probatio", principio que era de rigurosa y estricta aplicación en este caso, el Tribunal, después de analizar las pruebas y constatar que ellas no eran bastantes para demostrar que la casa valía menos de $ 2,500 el día de la escritura respectiva, rechazó las pretensiones del demandante por esa falta de prueba con respecto al hecho fundamental y básico expuesto por el demandante como directamente generador de su pretendido derecho a la rescisión de la venta.

3º Que, por lo tanto, el Tribunal lo que hizo no fué "admitir como prueba de la falta de lesión" un determinado dictamen pericial, sino constatar que no había prueba suficiente sobre la existencia de tal lesión y fundarse en esa FALTA DE PRUEBA para negar las declaraciones pedidas, por lo cual carece de fundamento el primero de los cargos expuestos.

4º Que, en consecuencia, no hubo violación de los artículos 1946 y 1947 del Código Civil.

En cuanto al segundo de los cargos, la Corte considera:

1º Que si el Tribunal, como lo dice el recurrente, "no podía saber cuál fue el verdadero valor de la dicha finca a la época de la convención", lo único procedente era la absolución del demandado, pues la condenación de éste no podía resultar sino de todo lo contrario: el conocimiento exacto de que la finca, el día del contrato, tenía un determinado valor inferior a $ 2,500.

2º Que la misma circunstancia de que el recurrente haya pedido a la Corte, como pidió, que infirmara la sentencia y decretara: "una nueva prueba pericial con nuevos peritos, para establecer el valor real de la finca materia de este pleito al tiempo de la celebración del contrato", está poniendo de manifiesto que no hubo, por parte del Tribunal, error de derecho ni error de hecho en la apreciación de las pruebas al sacar del análisis de éstas la conclusión de que no estaba demostrada la lesión;

3º Que, por muchas y muy graves que pudieran ser las deficiencias del dictamen pericial a que se refiere el recurrente, de ellas no se deduciría un error de derecho ni un error de hecho en la apreciación de las pruebas por parte del Tribunal, ya que el Tribunal no se basó en tal dictamen para rechazar o desvirtuar una verdadera prueba de la cual pudiera deducirse la lesión, pues precisamente el dictamen en cuestión fue rendido en atención al auto que el Tribunal dictó para mejor proveer, considerando que no había elementos de apreciación suficientes para determinar el valor de la finca el día del contrato.

4º Que habiéndose limitado la demanda exclusivamente a la acción de lesión enorme, el Tribunal no podía entrar a estudiar y a analizar las pruebas desde un punto de vista distinto para investigar si estaban o no probados hechos que, sin tener conexión ninguna con la lesión, pudieran tener repercusiones distintas.

Por lo cual 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 infirma la sentencia acusada; condena al recurrente a las costas de este proceso y ordena devolverlo al Tribunal de su origen.

Notifíquese, cópiese y publíquese.

Eduardo Zuleta Angel, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno Jaramillo, Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha.—**Pedro León Rincón**, Srio. en ppd.

DEMANDA DE NULIDAD DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA DE UN INMUEBLE INSCRITO COMO EMBARGADO

El Tribunal que declaró la nulidad absoluta no incurrió en error de hecho ni de derecho al considerar embargado el inmueble, y, por consiguiente, fuéra del comercio. El concepto de interés exigido por nuestra ley —ya que no pueda seguirse la doctrina de otras legislaciones que atienden de una manera más técnica a las consecuencias que se derivan de la naturaleza misma de la nulidad absoluta— para poder invocar la nulidad, puede y debe admitirse que los acreedores tienen, con respecto a la solvencia de su deudor y a la consiguiente posibilidad de hacer embargos que garanticen la efectividad de sus créditos, un INTERES de esos que la ley exige (artículo 15 de la Ley 95 de 1890) para poder alegar la nulidad absoluta.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, veintiuno de junio de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Eduardo Zuleta Angel).

I

HECHOS

Para cumplir lo ordenado por el artículo 471 del Código Judicial se hace a continuación una relación concisa de los hechos importantes conexionados con las cuestiones de derecho que han de resolverse:

1. Por la escritura número 309 de 9 de agosto de 1927 de la Notaría 1ª de Sonsón, el señor Pedro María Arias dijo que vendía a Luciano Ruiz "un lote de terreno en el paraje de Naranjal de este Municipio y que tiene en mancomún con el comprador". Se estipuló como precio de la venta el de $ 7,400 oro legal, pagaderos así: 500 el día de la escritura y el resto, o sea la suma de $ 6,900, a plazo.

2. Para garantizar el pago de los $ 6,900 en cuestión, el comprador hipotecó a favor de Arias "todo el terreno que compra por la presente escritura y por los linderos arriba expresados".

3. En el juicio sobre la venta de la cosa hipotecada promovido por el acreedor Arias contra el deudor Ruiz, de conformidad con la ley 103 de 1923, el juez del conocimiento, por auto de 17 de julio de 1929, decretó de plano: "el embargo y secuestro del inmueble determinado en la escritura Nº 309 de 9 de agosto de 1927 otorgada en la Notaría 1ª de este circuito".

4. El mencionado auto de embargo le fue comunicado al registrador de instrumentos públicos en oficio de la misma fecha, y en tal oficio, después de la transcripción textual del auto, se lee lo siguiente: "El inmueble a que se refiere la demanda anterior (la promovida por Arias contra Luciano Ruiz sobre la venta de la cosa hipotecada) es un terreno en el paraje de Naranjal, de este Municipio, con varias casas de habitación, deslindado en general así..."

5. De conformidad con este oficio, el registrador inscribió el embargo bajo la partida Nº 648 de 19 de julio de 1929.

6. En el mismo juicio de Arias contra Luciano Ruiz, con posterioridad a los hechos expuestos, el demandado Ruiz pidió y obtuvo que se decretara el desembargo de la mitad pro indiviso de la finca de Naranjal, y como consecuencia de esto canceló el embargo sobre esa mitad pro indiviso el 21 de mayo de 1930.

7. Por medio de la escritura número 645 de 3 de septiembre de 1929, otorgada ante el notario del circuito de la Ceja, Luciano Ruiz vendió a Juan Pablo Ruiz B. "la mitad de una finca, con casas de habitación, mejoras y anexidades, situada en el paraje de Naranjal, fracción del Municipio de Sonsón, en indivisión con el vendedor.

II

SENTENCIA ACUSADA

En el juicio ordinario promovido ante el juez del Circuito de Sonsón por el doctor Germán Giraldo, mayor y vecino de Sonsón, contra Luciano y Juan Pablo Ruiz, mayores y vecinos de los municipios de La Ceja y La Unión, respectivamente —juicio que versa sobre nulidad del contrato contenido en la escritura últimamente citada (645 de 1929)—, el Tribunal de Medellín, en sentencia de 15 de febrero de 1934, declaró la nulidad del referido contrato y la invalidez del registro de la expresada escritura, y agregó que, por lo tanto, Juan Pablo Ruiz no es dueño de la mitad de la finca de Naranjal.

Consideró el Tribunal en tal sentencia que, de acuerdo con los artículos 1521 y 1741 del Código Civil, debían hacerse esas declaraciones por cuanto en su concepto el día 6 de septiembre de 1929 (fecha de la venta de Luciano Ruiz a Juan Pablo Ruiz, de cuya nulidad se trata) estaba vigente el registro de embargo de Naranjal, siguiendo el certificado del registrador de instrumentos públicos y privados, que dice:

"El suscrito registrador de instrumentos públicos y privados del Circuito de Sonsón, adiciona el certificado anterior, haciendo constar que el seis de septiembre de mil novecientos veintinueve estaba vigente el registro del auto de embargo de la finca de Naranjal, de propiedad del señor Luciano Ruiz, alindada y demarcada en la escritura número 309 de 9 de agosto de mil novecientos veintisiete, embargo decretado por el señor Juez de este Circuito en juicio ejecutivo o acción hipotecaria promovido por el señor Pedro María Arias contra el nombrado señor Luciano Ruiz. La inscripción lleva fecha diez y nueve de julio de mil novecientos veintinueve, bajo la partida número 43".

III

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El doctor Eduardo Serna, como apoderado de Juan Pablo Ruiz, formuló demanda contra la sentencia en cuestión. Aduce como motivos de casación los señalados en los ordinales primero y segundo del artículo 520 del Código Judicial, que fundamenta en substancia así:

Segundo motivo: Incongruencia en el fallo por no haber decidido el Tribunal nada sobre las excepciones perentorias propuestas por ambos demandados en las contestaciones que dieron a la demanda.

Primer motivo: En relación con el primero de los motivos a que se refiere el artículo 520, el recurrente formula cuatro cargos, así:

Primer cargo: Al considerar el Tribunal que el día 6 de septiembre estaba embargada la finca de Naranjal, incurrió en errores de hecho manifiestos y en errores de derecho, no sólo en la apreciación del certificado del registrador de instrumentos públicos y privados, sino también de varias otras pruebas del proceso, a saber:

A) La escritura número 309 de 9 de agosto de 1927 y la confesión del demandante contenida en los hechos 1º, 2º y 3º de la demanda.

B) El registro de la hipoteca constituída por dicha escritura.

C) El auto de embargo proferido por el Juez de Sonsón el 17 de julio de 1929. El recurrente estima que, como consecuencia de esos errores, el Tribunal violó los artículos 6, 1531, 1741, 1760, 2674 y 2675 del Código Civil; 630 y 632 del Código Judicial; 30, 41 y 43 de la ley 57 de 1887.

Segundo cargo. Violación de los artículos 1759 del Código Civil, y 593, 601 y 234 del Código Judicial, por cuanto el Tribunal, en concepto del recurrente, echó encima del demandado la carga de la prueba al no absolver a éste por falta de pruebas, faltando como faltaron pruebas suficientes para probar las aserciones del demandante.

Tercer cargo. Violación del artículo 1746 y del artículo 1525 del Código Civil, por cuanto el Tribunal, al declarar que Juan Pablo Ruiz no es dueño de la mitad de la finca de Naranjal, en un fallo sobre nulidad de una compra-venta, le asigna a esa nulidad declarada un efecto distinto del que establece el primero de los textos citados.

Cuarto cargo. Interpretación errónea del artículo 1443 del Código Civil, e infracción directa de los artículos 11 de la ley 108 de 1928, 15 de la ley 95 de 1890, por cuanto Giraldo carecía de la acción que consagra el artículo 15 de la ley 95 de 1890 para invocar la nulidad.

IV

EXAMEN DE LAS CAUSALES

Segundo motivo. La Corte considera: (a) Que el Juez de primera instancia discurrió largamente sobre las excepciones propuestas para llegar a la conclusión de que no estaban probadas; (b) Que el Tribunal, en la parte motiva de su sentencia, habló de tales excepciones y explicó el modo como las había fallado el Juez; (c) Que del contexto de la parte motiva de la sentencia del Tribunal y especialmente de los dos pasajes aludidos, se deduce claramente que si el Tribunal no se extendió más allí sobre las excepciones fue porque estuvo, en cuanto a la apreciación de ellas, enteramente de acuerdo con el Juez; (d) Que la parte resolutiva de la sentencia del Tribunal es de por sí absolutamente incompatible con la suposición de que el Tribunal hubiera disentido de las ideas del Juez de primera instancia sobre las mencionadas excepciones; (e) Que, en consecuencia, es evidente que el Tribunal, al declarar nulo el contrato en cuestión, en la forma en que lo hizo, falló

implícitamente, y en el mismo sentido del fallo de primera instancia, las excepciones mencionadas en la parte motiva de la sentencia, por lo cual no puede admitirse que haya en ésta la incongruencia de que habla el recurrente.

Primer motivo.—Primer cargo: La Corte considera: (a) Que al serle comunicado al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Sonsón el auto de 17 de julio de 1929, dictado en el juicio de Arias contra Ruiz, en el oficio respectivo, después de transcribir dicho auto, se le dijo al Registrador: "El inmueble a que se refiere la demanda anterior es un terreno en el paraje de Naranjal de este Municipio, con varias casas de habitación, delimitado en general así..."; (b) Que esta explicación sobre el alcance de un auto por medio del cual se había decretado "el embargo y secuestro del inmueble determinado en la escritura 309 de 9 de agosto de 1927" era de por sí bastante para que el Registrador entendiera que se trataba de todo el inmueble y no de la mitad proindiviso, por más que la mencionada escritura, cuya redacción es muy defectuosa, deba entenderse, al ser estudiada de acuerdo con sus antecedentes, como una venta de la mitad proindiviso de Naranjal; (c) Que según lo confiesa, en la contestación de la demanda, el mismo Luciano Ruiz, éste, "considerando que la acción hipotecaria promovida por Arias contra él, no podía hacerse extensiva a la integridad de la finca de Naranjal, pidió y obtuvo que se decretara el desembargo de la mitad de dicha finca"; (d) Que examinado a la luz de tales antecedentes, el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos, de fecha 26 de julio de 1932, antes transcrito, demuestra sin lugar a duda —ya que, por otra parte, el texto mismo del certificado es muy claro— que la inscripción que estaba vigente el 6 de septiembre de 1929 se refería a la totalidad del inmueble de Naranjal, como cuerpo cierto y no a una mitad proindiviso de él; (e) Que, en consecuencia, el Tribunal no incurrió en error de hecho ni en error de derecho en la apreciación de las pruebas, al fundar en ellas, y especialmente en el certificado aludido, la afirmación —que sirve de base fundamental a la parte resolutiva de la sentencia—, de que "el día 6 de septiembre de 1929 estaba vigente el registro del auto de embargo de la finca de Naranjal, según inscripción hecha el 19 de julio del mismo año" y de que, por lo tanto, la compra de Juan Pablo Ruiz a Luciano Ruiz "versó sobre un bien embargado, o lo que es lo mismo, sobre un bien que estaba fuera del comercio".

Segundo cargo: Por las mismas razones expuestas en el párrafo anterior, se ve claramente que el Tribunal no echó sobre el demandado la carga de la prueba. El Tribunal, al no absolver al demandado, no se fundó en una falta de prueba como lo dice el recurrente, sino que, por el contrario, consideró que estaba debidamente probado —con el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos, y con las demás piezas mencionadas en el párrafo anterior— el hecho básico y fundamental de que el 6 de septiembre de 1929 estaba vigente el registro del auto de embargo de la finca de Naranjal.

Tercer cargo: La Corte considera que el Tribunal, al sacar, de la declaración de nulidad de la escritura 645, la consecuencia de que Juan Pablo Ruiz no es dueño de la mitad de la finca de Naranjal, no violó ni el artículo 1525 ni el artículo 1746. No violó el primero porque éste se limita a prescribir que "no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas" y el Tribunal nada dispuso ni tenía que disponer sobre el derecho que le asistiera, en este caso, al comprador para repetir lo pagado. No violó tampoco el artículo 1746, que reglamenta las restituciones mutuas consiguientes a la declaratoria de nulidad de un acto o contrato, pues tales restituciones cabalmente presuponen, cuando se trata, como aquí, de una compra-venta, que, precisamente por haber sido nulo el contrato, no adquirió el comprador como consecuencia de él, la propiedad de la cosa. Y por no haber adquirido el comprador tal propiedad es por lo que hay lugar a las restituciones mutuas. En otros términos: la declaratoria de nulidad, en un caso como el que se estudia, contiene en sí la afirmación de que no hubo compra-venta ni por consiguiente transferencia de propiedad, por lo cual surge la necesidad de las restituciones mutuas cuando el contrato ha tenido o comenzado a tener ejecución, y, por lo cual, también, uno de los textos siguientes, el 1748, le da al vendedor, en un contrato declarado nulo, la acción reivindicatoria que presupone en el titular de ésta la calidad de propietario de la cosa.

Cuarto cargo: El Tribunal, para declarar la nulidad del contrato en cuestión, se fundó en la doctrina expuesta por la Corte en el año de 1893, conforme a la cual "la nulidad absoluta de que, por ilicitud, adolece el contrato de venta de un bien que se halle embargado, debe ser declarada de oficio por

el juez, aunque no aparezca de manifiesto en el documento que contiene el contrato, con tal que su existencia no pueda revocarse a duda en presencia de la certificación del Registrador que acredita el embargo del inmueble al tiempo de la enajenación". No habiéndose acusado la sentencia recurrida en concepto de que el Tribunal, al prohijar esa doctrina, violara, por errónea interpretación, el artículo 15 de la ley 95 de 1890, bastaría para considerar infundado este cuarto cargo, la consideración de que el Tribunal expuso como fundamento de su fallo esa doctrina conforme a la cual era procedente, DE OFICIO, la declaración de nulidad. Pero a ello puede agregarse, para desechar el cargo que se analiza, la siguiente consideración: las nulidades absolutas, por su carácter de nulidades de orden público, debieran, en principio, poder ser invocadas y alegadas por todos, puesto que ellas están establecidas en interés general. Si nuestra ley, separándose de otras legislaciones —que atienden de una manera más técnica a las consecuencias que se derivan de la naturaleza misma de la nulidad absoluta— establece que sólo puede alegarla "el que tenga interés en ello", obvio es que tal concepto de interés puede y debe tomarse en el sentido más amplio y comprensivo y que, consecuencialmente, debe admitirse que los acreedores tienen, con respecto a la solvencia de su deudor y a la consiguiente posibilidad de hacer embargos que garanticen la efectividad de sus créditos, un INTERES de esos que la ley exige para poder alegar la nulidad absoluta. Sin que pudiera argüirse, contra lo que acaba de exponerse, que Giraldo ejecutaba con acción personal y no podía pretender el embargo de la mitad proindiviso de la finca por haber ejercitado antes Pedro María Arias la acción real hipotecaria que consagra la ley 168 de 1928, pues ya está visto que Luciano Ruiz pidió y obtuvo que se decretara, en el juicio que le seguía Arias, el desembargo de la mitad proindiviso del Naranjal, lo que le permitía a Giraldo proceder a embargar a su turno esa mitad desembargada en el juicio de Arias contra Ruiz. Por otra parte, en el supuesto de que Giraldo no hubiera podido obtener por razón de la acción de Arias, el embargo de la mitad del Naranjal, ello no significaría, según lo antes dicho, que careciera de un interés jurídico en hacer volver al patrimonio de su deudor bienes que aumentaran el activo de éste. De todas maneras —aun en el caso de que tales bienes reintegrados al patrimonio del deudor se hagan embargar y rematar por uno solo de los acreedores— ello repercute en favor de todos, ora por la posibilidad de aprovechar, para la efectividad de sus créditos, el sobrante o los remanentes; ora por la posibilidad de hacer embargar y rematar otros bienes distintos sin la concurrencia del acreedor que embargó y remató los bienes reintegrados al patrimonio del deudor y sin el consiguiente prorrateo en favor de éste.

Por todo lo cual, 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 infirma la sentencia acusada, dictada por el Tribunal de Medellín el 15 de febrero de 1934 en el juicio ordinario de Germán Giraldo contra Luciano y Juan Pablo Ruiz.

No hay costas.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase oportunamente.

Eduardo Zuleta Angel, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno Jaramillo, Juan F. Mújica, Antonio Rocha. Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

DEMANDA SOBRE INCUMPLIMIENTO DE UN PRETENDIDO CONTRATO DE PERMUTA DERIVADO DE UNA PRETENDIDA SOCIEDAD DE HECHO, Y SOBRE PAGO DE PERJUICIOS

No se encuentra probada la aseveración del recurrente en cuanto a una errónea interpretación que de las posiciones absueltas por el demandado hubiera hecho el Tribunal sentenciador, pues en realidad de verdad no hubo confesión de los hechos que el recurrente creyó encontrar confesados, ora con relación al negocio de sociedad, ora a la pretendida permuta. Sobre el cargo de aplicación indebida del artículo 91 y la falta de aplicación del 93 de la ley 153 de 1887, por considerar el recurrente que el Tribunal debió apreciar unas facturas y una relación escrita de unas cuentas como un principio de prueba por escrito de la permuta, dice la Corte que la ley exige que el principio de prueba por escrito emane del demandado o de su representante y haga verosímil el hecho litigioso, y que si es verdad que la nota de cesión del crédito de que hablan los autos emana de su cedente y que el demandado presenció el acto de la cesión, tal documento sí constituye un principio de prueba por escrito que serviría para demostrar la alegada permuta, pero que faltan otras pruebas para ello, tales como la entrega del título cedido, que no está acreditada. Análisis de otros cargos. La industria, servicio o trabajo apreciable en dinero puede constituir evidentemente el aporte de uno de los socios, según el artículo 2081 del Código Civil, pero esa sola circunstancia no basta para hacer de un contrato una sociedad o compañía, si además, no concurren otras circunstancias propias del contrato de sociedad; al contrario, la industria, servicio o trabajo apreciable en dinero puede ser remunerado dentro de un contrato distinto, como el de comisión, ya por un precio fijo, ya por una eventualidad en el negocio, y sin embargo por ello ese negocio no deja de ser de comisión.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, junio veinticuatro de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Antonio Rocha).

José Domingo Robledo, vecino de Medellín, en demanda de diez de julio de mil novecientos treinta y uno, manifestó al Juez segundo de aquel circuito los hechos que en seguida se resumen:

Que a mediados de diciembre de mil novecientos treinta se presentó a su oficina de comisiones, denominada "Agencia Robledo", Juan de Dios Rodríguez V. a proponerle a Robledo pusiera en venta, "utilidades en compañía" (sic), un lote de joyas de propiedad de Rodríguez, determinadas según factura sin firmar que Robledo acompañó a la demanda; que también podía permutarlo o hacerlo objeto de otra operación cualquiera, obrando, en todo caso, de acuerdo con Rodríguez V.; que el lote de joyas se avaluaría por peritos a fin de que el mayor valor que se obtuviera al negociarlas sería distribuído por iguales partes entre Robledo y Rodríguez. Conviene advertir desde ahora que en el curso del juicio y en la demanda de casación ese negocio ha sido considerado por Robledo como de sociedad de hecho.

Que aceptada por Robledo la propuesta, dos peritos le fijaron al lote de joyas, por escrito, un valor de cinco mil pesos; que ellas fueron retiradas de la joyería de "La Marquesa", donde Rodríguez las tenía depositadas y a la venta, y con ellas se vinieron ambos para Bogotá con el fin de realizarlas, pero que desgraciadamente, al llegar a La Dorada, Rodríguez se enfermó y perdió, al parecer, la razón, y hubieron de regresar a Medellín acompañados de hermanos de Rodríguez, y las gestiones del negocio se suspendieron después de haber depositado Robledo las joyas a su propia orden en una arquilla de seguridad del Banco de Bogotá.

Lo relatado hasta aquí puede considerarse como la primera etapa de los negocios debatidos en el juicio.

Según los cargos de la demanda pueden seguirse resumiendo los negocios posteriores así:

Recobrada la salud de Rodríguez, éste, su hermano Ricardo y Robledo retiraron el depósito del Banco y consiguaron las joyas nuevamente a la joyería de "La Marquesa", quedando ambos en libertad para iniciar ne-

gocios con otras personas por todas o parte de dichas joyas; que iniciaron varios sin que se consumaran por falta de autorización de Rodríguez y que al fin, el diez y seis de abril de mil novecientos treinta y uno, por iniciativa de Rodríguez, convinieron en que Robledo le tomaba un lote de joyas por valor de siete mil setecientos pesos ($ 7,700), y que en cambio Robledo le cedía a Rodríguez un crédito hipotecario de segundo grado por valor de tres mil cien pesos ($ 3,100) que Robledo tenía contra Ramón Arroyave, constante por escritura número mil quinientos setenta (1570) otorgada en la notaría cuarta de Medellín el veintiséis de agosto de mil novecientos treinta, y considerando que el resto del precio de la permuta cancelaba las utilidades que podrían haberle correspondido a Robledo en el negocio de que primeramente se habló. Para la mejor inteligencia de este cargo de la demanda conviene transcribir en seguida el hecho octavo, en que Robledo relata el negocio en la siguiente forma:

"8º—Tras de esas gestiones sin éxito efectivo, el diez y seis de abril del corriente año, me propuso el señor Rodríguez V. que le tomara yo su parte de joyas para que diéramos por terminado el negocio que teníamos celebrado, a lo cual le manifesté que solamente poseía yo un crédito por la cantidad de tres mil cien pesos ($ 3,100), y después de las propuestas y ofertas usuales entre negociantes, celebramos el siguiente contrato: Rodríguez V. me cedió o trasmitió a mí un lote de joyas por valor de siete mil setecientos pesos ($ 7.700), parte por las utilidades que podrían haberme correspondido en el negocio que teníamos celebrado y parte por un crédito de tres mil cien pesos ($ 3.100) y sus accesorios, contra el señor Ramón Arroyave, con canción hipotecaria sobre el remanente de una finca llamada El Bosque, en el municipio de Ebéjico, constante en la escritura pública número mil quinientos setenta, de fecha veintiséis de agosto de mil novecientos treinta a favor de la señorita Julia Robledo Villa, cedido por ésta a mi favor".

Que celebrado ese negocio fueron las partes a la oficina judicial del doctor Daniel Uribe del Valle, quien, enterado, puso al pie de la escritura la nota de la cesión que Robledo hacía del crédito hipotecario de segundo grado a favor de Rodríguez, ante testigos, uno de los cuales fue el mismo abogado Uribe del Valle, con aceptación del deudor cedido Ramón Arroyave, tal como obra en el juicio; que así endosado, Rodríguez recibió el título de manos de Robledo; que inmediatamente se trasladaron al almacén de "La Marquesa" a recibir el lote de joyas, que personalmente ordenó Rodríguez a los dueños de la joyería, que se las entregaran a Robledo, y reservándose Rodríguez otro lote por valor de mil trescientos pesos ($ 1,300); pero que, posteriormente, Rodríguez retiró la orden de entrega y Robledo no pudo hacerse a su lote. Dice Robledo que con la orden de entrega que verbalmente les dio Rodríguez a los dueños del almacén La Marquesa quedó consumada la tradición de las joyas a su favor; que el título de crédito que en cambio le había entregado él a Rodríguez le fue devuelto posteriormente por éste en su oficina arrojándoselo sobre el escritorio y manifestándole que no cumplía el convenio; y todo, no obstante que Rodríguez, después de la cesión del crédito y de la orden de entrega de las joyas, estuvo negociando tanto el lotecito que se reservó de valor de mil trescientos pesos ($ 1,300), como el mismo crédito hipotecario, según casos que cita. Puede considerarse que ésta fue la segunda etapa de los negocios entre las partes.

Un tercer orden de negocios relata el actor, consistentes en las averiguaciones que él hizo sobre el paradero de las joyas, las cuales, reunidas de nuevo en un solo lote por Rodríguez, y apartadas unas por valor de siete mil pesos ($ 7,000) a precio de factura, éste se las vendió a Néstor Jaramillo, y el resto, equivalente a dos mil pesos ($ 2,000), las conservaba Rodríguez en su poder.

Basado en estos antecedentes, que constituyen los diez y seis hechos de la demanda, pide Robledo que judicialmente se hagan las siguientes declaraciones, resumidas así: Que Rodríguez no le cumplió el contrato de diez y seis de abril de mil novecientos treinta y uno, en virtud del cual cree haber adquirido la propiedad de un lote de joyas por valor de siete mil setecientos pesos ($ 7,700) y cuyo precio en cambio consistió en el crédito cedido por valor de tres mil cien pesos ($ 3,100) y el resto en pago de las utilidades que a Robledo le correspondían o hubieran podido corresponderle en el primitivo negocio que originó el fracasado viaje de ambos a Bogotá; que por el referido incumplimiento del segundo negocio y por concepto de indemnización de perjuicios, le debe pagar cuatro mil seiscientos pesos o en defecto la suma que fijen los peritos en éste o en otro juicio; que en subsidio le debe pagar Rodríguez dos mil pesos ($ 2,000), así: mil ($ 1,000) correspondientes al cincuenta por ciento que le

corresponden en la venta del lote de siete mil pesos ($ 7,000) que le hizo Rodríguez a Néstor Jaramillo, y los restantes mil ($ 1,000) como mitad del lote que después de venderle a Jaramillo se reservó Rodríguez, o en su defecto la suma que fijen peritos; y, finalmente, en subsidio de las condenaciones anteriores, que Rodríguez está obligado a pagarle dos mil pesos ($ 2,000) en que estima su servicio o trabajo "como comisionista" en el viaje a La Dorada, cuidados al enfermo y de las joyas, más las gestiones posteriores de depósito en una arquilla del Banco y hasta que, retiradas de éste, fueron nuevamente depositadas para la venta en el almacén de La Marquesa; todas estas sumas con sus intereses legales y las costas del juicio.

Rodríguez, al contestar la demanda, niega todos y cada uno de los siete primeros hechos, referentes a su primera etapa de negocios, es decir, a los llamados de compañía por el demandante; pero da las explicaciones que en seguida se sintetizan:

Que a la Agencia Robledo concurría, no con un fin determinado, sino como amigo, a comentar los negocios de terceros en la ciudad; que de las joyas hablaron varias veces, pues siendo un artículo ajeno a sus ocupaciones habituales no tenía interés en conservarlas; que consistió lo ocurrido con ellas en que sabiendo Robledo que Rodríguez deseaba enajenarlas, éste se hallaba listo a oír las propuestas que en la agencia se le hicieran a Robledo como comisionista, pero sin que pudiera obrar libremente, porque en ningún tiempo lo facultó para ello; que no medió entre ellos ningún contrato de compañía ni otro que le transmitiera la propiedad de las joyas. Que Carlos Isaza F. y uno de los socios de R. Ortiz y Cº, preguntados por las partes sobre el valor que pudieran tener las joyas, les manifestaron que en su concepto valían al rededor de cinco mil pesos ($ 5.000), avalúo que debía tener presente Robledo para las propuestas que recibiera y que, repite, en ningún caso podía aceptar sin previo conocimiento y consentimiento de Rodríguez. Que con motivo de un viaje de estudio de la plaza de Bogotá que pensaba hacer Robledo para establecerse allí, Rodríguez retiró personalmente las joyas del almacén de La Marquesa para llevarlas en unión de Robledo; que fue cierto lo del viaje, pero que los gastos con motivo de su enfermedad y regreso de La Dorada a Medellín los pagó él, según cuenta que Robledo le presentó; acepta el depósito de las joyas en el Banco de Bogotá y el retiro de nuevo para el almacén de La Marquesa, y dice que ninguno de los negocios que en esa primera ocasión se presentaron, y a los cuales alude Robledo, se consumaron porque él, Rodríguez, no los autorizó por ser ruinosos.

Respecto del negocio ya directo entre Robledo y Rodríguez, éste le contesta en los hechos 8º a 10, que para efectos posteriores conviene reproducir textualmente. Dicen así:

Al punto 8º: "Lo niego en general y explico: como no se hiciera ninguno de los negocios propuestos, el mismo señor Robledo me propuso cederme en cambio de parte de las joyas, un crédito a cargo del señor Ramón Arroyave, crédito garantizado con hipoteca en una finca situada en el distrito de Ebéjico, pero en los remanentes, pues tenía una hipoteca de primer grado en favor del señor Gonzalo Arango, garantizándome el señor Robledo, en ese momento, que el crédito a favor del expresado señor Arango estaba pagado, lo que, hechas las averiguaciones del caso con el mismo señor Arango, resultó ser falso, hecho confirmado por el mismo señor Arroyave".

Al punto 9º: "Le niego también mi asentimiento en general y explico: en principio creí factible la operación de recibir el crédito a cargo del señor Arroyave, ya mentado, en cambio de parte de aquellas joyas, tomando como hecho cierto la celada que el señor Robledo me tendió, de estar pagada la deuda a favor del señor Gonzalo Arango, más averiguada la verdad de los hechos no acepté la cesión del crédito dicho, que a toda prisa, sin pérdida de tiempo, ordenó el señor Robledo que se hiciese. Por esto, tal crédito no está en mi poder".

Al punto 10: "Le niego en general mi asentimiento y explico: el contrato a que aquí alude el actor no se perfeccionó, como lo tengo expresado; pero, el señor Robledo andaba en el asunto con tánta precipitación, por causa del hecho falso anotado, que ocurrimos a La Marquesa para la separación de joyas y formación de lotes, mas malicioso el suscrito de que en el asunto mediara algo malo para mí, me anticipé a notificarle a la señorita que trabaja en el almacén La Marquesa, que no hiciera ninguna separación de joyas ni le entregara ni una sola al señor Robledo hasta nuevo aviso, hasta que el negocio entremano estuviese legalizado en debida forma".

Y, finalmente, sobre el negocio que hizo Rodríguez con Néstor Jaramillo, dice aquél que las operaciones que haya hecho con sus joyas durante el tiempo a que alude el actor sólo demuestran el ejercicio natural del

derecho de dominio que sobre ellas tenía, y que, para evitarse las molestias que le proporcionaba Robledo, le ofreció regalarle algunas de esas joyas, sin reconocerle ningún derecho.

El Juez falló declarando que no había lugar a decretar ninguna de las peticiones principales ni subsidiarias contra Rodríguez. El veintisiete de octubre de mil novecientos treinta y tres el Tribunal Superior de Medellín confirmó ese fallo, materia del presente recurso de casación.

RECURSO DE CASACION DEL DEMANDANTE

1—La demanda de casación no expone con la separación debida los distintos motivos en que consisten los cargos que le hace a la sentencia dentro de la primera de las causales del artículo 520 del Código Judicial. Es necesario separarlos aquí, a fin de recoger lo sustantivo de las acusaciones con claridad.

De que la sentencia afirme que no encuentra confesión alguna del demandado Rodríguez en las posiciones del juicio y que las demás pruebas carecen de valor y eficacia para acreditar los hechos narrados, el recurrente le acusa un evidente error de hecho en la apreciación de la confesión del demandado y falta de apreciación de otras pruebas, que implican una violación de los artículos 1769 del Código Civil, 604 y 606 del Código Judicial. Lo fundamental de este cargo estriba en que para el recurrente, fuera de las posiciones absueltas dentro del juicio por Rodríguez y a las cuales el Tribunal negó todo valor, se encuentra la contestación de la demanda en que se aceptan hechos o circunstancias que en sentir del recurrente son una confesión de que el contrato de permuta, el de dieciséis de abril de mil novecientos treinta y uno, sí fue celebrado; y que habiéndole negado todo valor el sentenciador a las posiciones dichas, ellas fueron apreciadas erróneamente y dejadas de apreciar, de otro lado, las confesiones que el autor del recurso encuentra hechas en la contestación de la demanda.

Como la sentencia sí se refiere expresamente a las posiciones absueltas por Rodríguez en el juicio, precisamente para negarles todo valor, y también expresamente dice que las demás piezas no son suficientes para acreditar los hechos, observa la Corte que no ha podido haber falta de apreciación de ellas, sino, cuando más, una errada apreciación de esos documentos, y en este último sentido entiende la Corte que se encamina la acusación.

Para analizar a fondo la extensión de las confesiones que el recurrente quiere hallar tanto en las posiciones absueltas en el juicio como en la contestación de la demanda, es necesario hacer una aclaración cuya omisión de parte del Tribunal implica una deficiencia que cabe llenar aquí con motivo del cargo que se estudia.

Ya se ha dicho aquí cuál fue la primera etapa de los negocios entre las partes: aquella que tendía a que Robledo vendiera el lote íntegro de joyas para repartirse con Rodríguez el mayor valor de realización sobre el avalúo previo de peritos; se dijo también que con insistencia ha sido considerado ese proyectado negocio por el demandante como una compañía o sociedad de hecho y que todavía en la demanda de casación lo ha analizado como tal. El interés del demandante está en deducir utilidades derivadas de la comprobación de ese contrato y de las operaciones que en su desarrollo pudieron hacerse, para poder llevar esas utilidades como una parte del precio de la permuta, parte que, unida a los tres mil cien pesos ($ 3,100) del crédito hipotecario que dice Robledo le cedió a Rodríguez, formaba lo que Rodríguez recibía de Robledo a cambio del lote de joyas por valor de siete mil setecientos pesos ($ 7,700).

Como se ve, si el recurrente pretende demostrar aquí que Rodríguez confesó al contestar la demanda y al absolver posiciones, hechos demostrativos de las acciones incoadas en el juicio, esos hechos tienen que referirse a ambas etapas de los negocios, es decir, tanto al llamado de compañía o sociedad de hecho como al siguiente de permuta, de fecha diez y seis de abril de mil novecientos treinta y uno, puesto que si el primero no se realizó, o si en desarrollo de ese contrato no se verificaron operaciones posteriores de las cuales Robledo pudiera deducir utilidades, mal pudo éste llevarla luégo a la permuta de dieciséis de abril, como parte de lo pagado a Rodríguez por las joyas.

El sentenciador no hace, como ya se ha observado, estas consideraciones, ni el recurrente las extraña, ni de la omisión le hace cargos a la sentencia, pero, aclarada así la cuestión, sí se puede ver ahora que los hechos que el recurrente cree encontrar confesados por Rodríguez no implican la confesión de aquellos negocios, sino, al contrario, una constante y expresa negación de ellos, apenas un principio de negocios que no se realizaron, según el demandado, meros

indicios de que sí pudieron haber llegado a ellos, pero en ningún caso de que tuvieran efectividad y mucho menos la calidad jurídica que les atribuye el recurrente. En efecto, las circunstancias en que conviene Rodríguez en las piezas que el recurrente considera no apreciadas o indebidamente estimadas, no van más allá de que Rodríguez concurriera frecuentemente a la oficina de Robledo, de que hubieran hablado de sus joyas, de que ambos preguntaron informalmente a dos personas sobre el valor de las mismas, de que emprendieron un viaje a Bogotá, ocasionalmente juntos, y de que la enfermedad mental de Rodríguez trajo como consecuencias su regreso a un manicomio de Medellín, y el de las joyas a su primitivo lugar de expendio, el almacén La Marquesa, después de haber estado unos días depositadas en una arquilla del Banco de Bogotá.

Lo dicho se refiere al negocio de "compañía", para usar de la calificación del recurrente; en cuanto al de permuta, tampoco existe confesión alguna de Rodríguez, y esto prescindiendo de la necesaria comprobación del primer negocio para la consecuente viabilidad del segundo. En efecto, en el hecho octavo de las posiciones, Rodríguez va hasta aceptar que el negocio se inició pero no quedó en firme; que la cesión del crédito hipotecario de segundo grado, dice al contestar la posición novena, sí fue consecuencia de la iniciación del negocio de permuta que no se cerró, porque él exigió la solidaridad de un tercero, que no la pudieron conseguir, por lo cual, dice Rodríguez en otro lugar, no recibió él el título cedido y ordenó a los depositarios de las joyas que no se las entregaran a Robledo, aunque sí había ordenado separarlas en dos lotes, orden de no entrega que dio temeroso de que el crédito no se le pudiera ceder en las condiciones que deseaba. De manera que Rodríguez sí fue constante en negar la perfección o acuerdo final de voluntades respecto del negocio de permuta.

No son, pues, justificados estos cargos de la demanda de casación.

II.—El segundo cargo consiste en aplicación indebida del artículo 1757 del Código Civil, pecando contra el principio de que la extinción de una obligación debe probarla quien la alega, y en violación del artículo 609 del Código Judicial, en cuanto se aceptaron sin prueba hechos que constituyen excepciones afirmadas por el demandado. El recurrente parte de la base de que Rodríguez confesó la tradición del lote de joyas como consecuencia del contrato de dieciséis de abril, cuando, acompañado de Robledo, fueron juntos a La Marquesa a hacer el apartado del lote que le correspondía a Robledo; y que ante esa confesión de Rodríguez el Tribunal aceptó sin prueba la calificación de Rodríguez de que la separación del lote la consintió él creyendo erradamente que la primera hipoteca que expresaba el crédito cedido había sido pagada ya y de que se le cedía un crédito hipotecario de primer grado.

No puede aceptarse el cargo de que fueron violadas estas disposiciones, porque ello supondría la preexistencia de una obligación confesada por Rodríguez para poder afirmar que éste se hallaba en el caso de comprobar la extinción de la obligación confesada, y ya se vio que la confesión no existe.

III.—Consiste el tercer cargo en mala interpretación de la demanda y violación del artículo 1690 del Código Civil, porque en sentir del recurrente, hubo novación de la primitiva sociedad de hecho con la permuta, demostrada, dice el recurrente, nada menos que con la misma confesión aceptada del crédito y con la tradición de las joyas a su favor. Que dada esa novación y siendo sólo la permuta la materia sujeta del litigio, no se discutía a la luz de las peticiones principales de la demanda nada relativo a la compañía anterior a la permuta, y que al entenderlo así el Tribunal erró en la interpretación de la demanda y violó el primer inciso del artículo 1690 del Código Civil.

La Corte observa que para que hubiera podido violarse uno de los modos por los cuales puede efectuarse una novación, se necesitaría precisamente que en los autos se hubiera acreditado la existencia de la primitiva obligación derivada de la sociedad de hecho y la sociedad de hecho misma, para que las obligaciones resultantes de ésta hubieran podido ser sustituidas con la permuta subsiguiente, y esa obligación primitiva no se ha demostrado ni el sentenciador la encontró por parte alguna. El cargo es infundado.

IV.—Considera el recurrente que el Tribunal dejó de aplicar los artículos 1524 y 1527 del Código Civil, por cuanto entendió que la permuta no tuvo causa, siendo así que la permuta se hizo cumpliendo un contrato de sociedad anterior y que en el caso de que dicha sociedad no le hubiera dado derecho al actor para exigir su cumplimiento, Rodríguez podría haberse limitado a cumplir una obligación natural, o la causa podría estar en la mera liberalidad de Ro-

dríguez de darle a Robledo una suma de dinero convertida en joyas.

Con la anterior argumentación quiere decir el recurrente que cuando Rodríguez le vendió un lote de joyas por valor de siete mil setecientos pesos ($ 7,700), Robledo se los pagó con el crédito de tres mil cien pesos ($ 3,100); y los cuatro mil seiscientos ($ 4,600) restantes, saldo del precio de la permuta, se los pagaba a Rodríguez, ya con las supuestas ganancias de la primitiva sociedad, y si estas ganancias no existieron, con la sola liberalidad de Rodríguez, que era causa suficiente de su obligación. No es posible aceptar que habiendo negado sistemáticamente Rodríguez la existencia de esa permuta desproporcionada en el valor efectivo de las cosas cambiadas, pueda abonársele al ánimo de Rodríguez esa intención de liberalidad, y mucho menos verse una violación de la ley en cuanto regula la causa de las obligaciones y el cumplimiento de obligaciones naturales, cuando, descartada la liberalidad, el primitivo negocio de venta a comisión o de sociedad de hecho no fue seguido en el supuesto de que estuviera probado, de ninguna operación y por tanto de ninguna utilidad que Robledo hubiera podido llevar a su haber para luégo cancelar con ella el precio de un negocio. Es, pues, absolutamente infundado este cargo, porque el Tribunal es perentorio en afirmar, y así es, que no se probó la existencia de la primitiva operación o sociedad de hecho.

V.—Aplicación indebida del artículo 91 y falta de aplicación del 93 de la ley 153 de 1887, porque la confesión del demandado, las facturas que obran en el juicio y la relación escrita de las cuentas presentadas y aceptadas son un principio de prueba por escrito, al menos.

Debe advertirse que el Tribunal echó de menos la existencia de un principio de prueba por escrito para poder complementar con declaraciones de testigos, a falta de confesión del demandado, la prueba del primitivo negocio entre las partes, y que no entró a considerar, como le imputa el recurrente, si faltaba prueba por escrito respecto del negocio de permuta. Pudo hacerlo así, pero no lo hizo, porque consideró que las declaraciones de testigos y la falta de confesión del demandado no hacían viable la realidad del contrato de diesiséis de abril de mil novecientos treinta y uno.

Pero es lo cierto que las facturas o listas de joyas en que el recurrente ve el principio de prueba por escrito, no contienen firma alguna y fueron en cambio expresamente negadas por Rodríguez, y en cuanto a la cuenta de los gastos ocasionados por la enfermedad de Rodríguez en La Dorada y su regreso a Medellín, que el recurrente conviene en que Robledo se la pagó, dice relación, según el recurrente, al primitivo negocio y no al de permuta. Considerando si la correlación de los dos negocios y la dependencia del segundo al primero, cuyas utilidades se invirtieron en la permuta, puede extrañarse la prueba escrita para la demostración del segundo contrato.

El Tribunal consideró que este último negocio reviste más seriedad que todos los demás y requiere la mejor prueba, que no existe sino la nota de cesión y el testimonio de quienes intervinieron en ese acto, de donde no se puede deducir, repite el sentenciador sin otra prueba mejor, que el negocio efectivamente se hizo y menos que Rodríguez se retractara sin causa justificativa; agrega que las declaraciones de los señores Arango carecen de eficacia, dada la significación del acto y el valor del negocio; que de la simple cesión sin otras pruebas que complementen la verdad del hecho, no puede concluírse que el contrato sobre venta de las joyas se hubiera perfeccionado y que, por último, en este estado de inseguridad de lo litigioso no es descabellada la explicación que da el demandado sobre la cesión del crédito.

La Corte quiere ver en estas consideraciones de la sentencia la exigencia de la prueba por escrito y la conducencia del cargo contra ella, en casación. La ley exige que el principio de prueba por escrito emane del demandado o de su representante, y haga verosímil el hecho litigioso. Y aunque la nota de cesión del crédito emana de su cedente, que es el demandante Robledo y del deudor cedido que aceptó la cesión, Ramón Arroyave, el demandado sí presenció el acto de la cesión y concurrió con Robledo a que el abogado redactara la nota de endoso; hay más, en la novena de las posiciones confiesa que ella es consecuencia de la iniciación del negocio que no se cerró; en estas circunstancias la Corte considera que sí es conducente ese documento como un principio de prueba por escrito que, debidamente complementada con otras pruebas serviría para demostrar el negocio. Pero es lo cierto que faltan otras pruebas para ello, v. gr., la entrega del título cedido, que Rodríguez niega rotundamente haber recibido, porque no se llenaron otras condiciones de solidaridad en el endoso, esenciales para el contrato, como para demostrar el negocio mismo y la

entrega, consecuencial de éste, del lote de joyas a Robledo. No es, pues, viable este cargo.

VI.—Dice el recurrente que la sentencia sienta la doctrina de que las cesiones de créditos hipotecarios por más de quinientos pesos ($ 500) no pueden hacerse por simple nota puesta en el título, violando así el artículo 33 de la ley 57 de 1887, el 761, el 1960, 1500, 1602, 1857 y 1958 del Código Civil.

Se observa: Las pruebas a que parece referirse el autor del recurso en relación con la cesión del crédito, son para la Corte las manifestaciones hechas al respecto por Rodríguez, especialmente en la contestación de la demanda, los testimonios de Alejandro Echeverri y del abogado Uribe del Valle, testigo de la nota de cesión, el del deudor cedido Ramón Arroyave, que firmó aceptando el endoso, y el de Ricardo Arango Alvarez que hace referencia a la cesión del crédito.

Este último es el único que dice "que después de haberse celebrado el negocio entre Rodríguez y Robledo, Rodríguez recibió el crédito debidamente endosado, conservándolo varios días..." Nada dicen sobre entrega del título del crédito los testigos signatarios de la nota de cesión. También el deudor Arroyave, que firma al pie de la nota de endoso, aceptándolo, dice: "sí sé que el crédito estuvo en poder de Rodríguez", sin dar razón de su dicho, lo que hace inadmisible el reconocer a su testimonio mérito suficiente para poder concluir, relacionando su declaración con la del testigo Arango A., que la cesión se perfeccionó sin que el título del crédito fuera entregado a Rodríguez. A tal respecto la prueba ha debido ser concluyente, siendo así que el demandado Rodríguez negó rotundamente haber recibido el título del crédito, y éste, con la nota de cesión, fue presentado al juicio por Robledo.

En tales condiciones no se puede reconocer que el Tribunal hubiera apreciado erróneamente las pruebas relativas al negocio de la cesión, ni violado los preceptos legales que determinan la manera como un crédito hipotecario queda cedido.

Por otra parte, no dijo el sentenciador, como lo pretende el recurrente, que los créditos hipotecarios de más de quinientos pesos no pueden transmitirse por la pura nota de cesión acompañada de la entrega; ni que en tales circunstancias no tenga efecto la cesión entre cedente y cesionario; ni que no tenga efectos la cesión contra el deudor y terceros, aceptada ella por aquél o notificada al mismo; tampoco afirmó que la permuta no sea esencialmente consensual. Del desarrollo de su pensamiento se desprende con claridad que lo que quiso decir no fue sino que, pretendiéndose por el actor que la nota de cesión puesta en el título del crédito fuera una de las pruebas definitivas de que el contrato de permuta había sido perfeccionado, de dicha nota de cesión no se "podía deducir sin otra prueba mejor que el negocio se hizo efectivamente y que el demandado Rodríguez V., sin causa justificativa, se retractó". Y para la Corte no hay duda de que ello sea así, si se tienen en cuenta las consideraciones hechas sobre el particular en el estudio de cargos anteriores, máxime si al mismo tiempo se considera que por el aspecto ahora enfocado del problema, resulta que ni siquiera se ha establecido debidamente la entrega del título hecha por Robledo a Rodríguez, primer fundamento jurídico que debe establecerse con nitidez para que sean sólidas las argumentaciones que en él pretenden fundarse.

Tampoco entendió el Tribunal que la permuta no es un contrato consensual; sólo dijo, con muy buen acuerdo, que dada la cuantía mayor de quinientos pesos, era necesario siquiera un principio de prueba por escrito que hiciera admisible la prueba testimonial. Y de ello no hay duda, puesto que no debe perderse de vista que el escrito en este caso no se exige **ad solemnitatem**, sino **ad probationem**.

VII.—Con relación a la petición subsidiaria de segundo grado, dijo el Tribunal:

"En resumen, se puede aseverar que, por carencia de pruebas adecuadas, ninguno de los hechos cardinales están comprobados, y, por consiguiente, esta providencia no puede introducir variación ninguna al fallo recurrido. Ni aún por el simple aspecto de la intervención del señor Robledo como comisionista, porque tampoco se sabe si la venta de dicho servicio era incondicional, esto es, se hiciera o no la venta, y es de aceptarse, como lo mejor indicado en tal ocurrencia, que habría pago de honorarios siempre que el negocio, con gestión del comisionista, se efectuara, como se estila consuetudinariamente". No dice más el Tribunal al respecto.

El recurrente dice que, en lo relativo a esa petición, el fallador barajó (sic) la comisión con el arrendamiento de servicios, por lo cual interpretó la demanda con error de hecho; que Rodríguez confesó que en su compañía salió de Medellín para Bogotá a efectuar el negocio de las joyas y que al contestar el hecho quinto de la demanda, reconoció implícitamente todos sus servicios,

por lo cual solicitó el pago de ellos para el caso de que fracasaran las otras peticiones; que por eso obra en el juicio la cuenta o relación de gastos en ese viaje en que soportó la responsabilidad por la vida de un loco y por una fortuna considerable representada en joyas, cuenta de gastos que aceptó Rodríguez y que por sí sola, dice, prueba los servicios personales que le prestó. Y concluye así el cargo: "Como el Tribunal dejó de apreciar esa prueba, incurrió en evidente error de hecho, y por el aspecto del derecho violó los artículos 1761, 1763 del Código Civil y 637 del Código Judicial, dejando de aplicar tales preceptos".

Como se advierte de la lectura del cargo, el recurrente no censura la sentencia por la manera como aprecia el posible negocio de mandato, o venta a comisión que pudo caracterizar las relaciones comerciales que mediaron en la primera época de sus negocios con Rodríguez, y cuyos honorarios se negó a decretar el Tribunal, según el párrafo transcrito, al cual alude en casación, porque la remuneración de la comisión, siendo de un cincuenta por ciento sobre las utilidades, parecía subordinada a la celebración de venta de las joyas, que no se realizó, y porque no se demostró que en caso de no venta se hubiera pactado el pago incondicional de honorarios, observación que es fundada e inobjetable.

El cargo se refiere a que el Tribunal no condenó a Rodríguez a pagarle a Robledo el arrendamiento de sus servicios durante el viaje interrumpido y su regreso de La Dorada a Medellín con un enfermo y unas joyas de valor, viaje evidentemente probado con la confesión de Rodríguez, así como su enfermedad y su regreso a Medellín, en los cuales Robledo le prestó servicios inapreciables al velar por su salud, su transporte, la llamada de personas de su familia y la devolución cuidadosa de las joyas hasta depositarlas religiosamente en una arquilla de seguridad de un Banco, actos en que éste obró con el solícito cuidado de un amigo.

Pero de que esto sea así, como lo reconoce la Corte, no sólo por la relación de gastos de regreso de La Dorada a Medellín, que le pasó Robledo a Rodríguez y que éste le pagó sin objeción, sino también por confesión de Rodríguez, no puede sacarse en consecuencia que el Tribunal, al abstenerse de condenarlo al pago de servicios personales prestados al amigo, haya violado los artículos 1761 y 1763 del Código Civil y 637 del Código Judicial, referentes a la fuerza probatoria de documentos, que son los únicos preceptos legales que se han estimado como infringidos por falta de aplicación, según el recurso.

El recurrente no se encamina contra la sentencia por haber negado el pago o reembolso de gastos y honorarios del comisionista, sino, se repite, el arrendamiento de sus servicios personales. Aceptando que el viaje se inició con motivo de un negocio de venta a comisión, y no de compañía de hecho, hipótesis la más favorable al recurrente, para la prosperidad de esta causal, sus honorarios consistían en partirse una futura utilidad que no se realizó porque no hubo operaciones de disposición de las joyas; los gastos o expensas causados por la comisión hasta La Dorada eran en compañía, a ganar o perder, según lo confiesa Robledo en la siguiente confesión de posiciones: "Los gastos de ida, por transportes y alimentación hasta La Dorada los hicimos en compañía, pues ésta era condición del negocio celebrado"; y los de regreso a Medellín con el enfermo, fueron pagados por Rodríguez al tenor de la cuenta que le formuló Robledo y que éste aceptó sin objeción.

Los cargos de casación no dan motivos para más, porque los artículos citados, 1761, y 1763 del Código Civil y 637 del Código Judicial, no son pertinentes. Además, hay que considerar que este cargo de casación no concuerda con la acción ejercitada en la demanda, cuya última petición subsidiaria es de pago de honorarios y reembolso de gastos "como comisionista".

Por último, arguye el recurrente, que la industria, el servicio o trabajo es aportable a una sociedad, y da a entender que por no haber considerado el Tribunal como de sociedad ese negocio, violó directamente el artículo 2081 del Código Civil.

La Corte considera que la industria, servicio o trabajo apreciable en dinero puede constituir evidentemente el aporte de uno de los socios, según el aludido artículo 2081 del Código Civil, pero que esta sola circunstancia no basta para hacer de un contrato una sociedad o compañía, si, además, no concurren otras circunstancias propias del contrato de sociedad, que no se reúnen en el presente caso; y que, al contrario, la industria, servicio o trabajo apreciable en dinero puede ser remunerado dentro de un contrato distinto, como el de comisión, ya por un precio fijo, ya por una eventualidad en el negocio, y sin embargo por ello ese negocio no deja de ser de comisión, como sucedió en el presente caso, en que la mitad del mayor valor de realización de las joyas,

y en el caso de que realmente se realizaran, era el precio o comisión que recibiría Robledo a cambio de su industria, servicio o trabajo. No hubo, pues, violación del artículo 2081 del Código Civil.

Y siendo éste el último de los cargos, estudiados por la Corte con grande amplitud, hay que concluír que el fallo materia del recurso está en firme.

En consecuencia, LA SALA DE CASACION CIVIL DE LA CORTE SUPREMA, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, no infirma la sentencia de veintisiete de octubre de mil novecientos treinta y tres, pronunciada por el Tribunal Superior de Medellín, y condena en costas al recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese e insértese en el órgano de publicidad de la Corte. Devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

Eduardo Zuleta Angel, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., J. F. Mújica, Antonio Rocha.—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

REIVINDICACION DE UN LOTE DE TERRENO.

Sobre el modo de producirse los efectos del pacto comisorio, opina la Corte que si bien el vendedor puede optar por la resolución del contrato cuando el comprador incurre en mora en el pago del precio, y si bien, optando el vendedor por resolver el contrato y no usando el comprador el derecho de pagar en las veinticuatro horas subsiguientes a la notificación de la demanda, la resolución se produce, no cabe dentro de nuestra legislación conceptuar que ésta sobrevenga de suyo o automáticamente. Por el contrario, los términos del artículo 1937, que inequívocamente habla de DEMANDA, obligan a reconocer que la ley exige que haya una demanda sobre resolución o alguna gestión de aquellas a que se refieren los artículos 1095 y siguientes del Código Judicial vigente hoy.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, junio veintiséis de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

El señor Juan B. González demandó a la sociedad comercial colectiva de este domicilio Viuda de Richard & Plata sobre reivindicación del lote de terreno que el libelo determina. El Juzgado 3º Civil de Bogotá, a quien éste se repartió, falló la primera instancia absolviendo al demandado. Contra la sentencia confirmatoria de segunda instancia recurrió en casación el demandante. Admitido y tramitado el recurso, es llegada la oportunidad de decidirlo.

El problema cardinal de este litigio consiste en esto: De un lado, en la causa mortuoria del señor Antonio Izquierdo, protocolada en la Notaría 3ª de Bogotá por instrumento Nº 1633, el 15 de septiembre de 1924, se adjudicó el lote en referencia al señor Antonio Izquierdo Toledo. Y éste lo vendió, junto con otros varios bienes, a Viuda de Richard & Plata, por escritura Nº 2112, de esa Notaría, el 29 de noviembre subsiguiente. Y de otro lado se presenta el demandante con una cadena de títulos que se remontan —en lo pertinente a este pleito— al mismo señor Antonio Izquierdo y a la venta que de ese mismo lote hizo este señor al señor Eudoro Obando, en escritura Nº 551, el 14 de julio de 1900, en esa Notaría.

Este vendió a Alfredo Ortega el 4 de diciembre del mismo año, por escritura Nº 903, en esa Notaría; Ortega vendió, el 10 de octubre de 1902, por escritura Nº 689, en esa Notaría, a Salomón Rojas; éste, en escritura Nº 54, de 20 de enero de 1909, de la Notaría 2ª, a Adriano Obando; a éste, en la ejecución que le siguió Carlos A. Morales en el Juzgado 6º de este Circuito, se le remató el 8 de junio de 1926 por el señor Buenaventura Cuéllar, a quien el Juzgado hizo entrega material el 24 de noviembre del mismo año; Cuéllar vendió a Pantaleón Vargas y otro el 20 de junio de 1927, por escritura Nº 1893, en la Notaría 2ª; éstos vendieron a Marco A. Restrepo y Horario Uribe M., por escritura Nº 400, en la Notaría 3ª, el 22 de marzo de 1928, y éstos a

Juan B. González, en escritura Nº 1359, otorgada ante el Notario 2º, el 3 de mayo de 1928.

Estas Notarías son del Circuito de Bogotá. Todos estos títulos obran en copias notariales registradas, complementadas con certificados del Registrador de este Circuito que corroboran lo que acaba de advertirse sobre inscripción de ellas en el competente libro de Registro y acredita cómo cada uno de esos títulos sucesivos fue cancelando el precedente y que está vigente la inscripción del último, o sea el del señor González.

Se transcriben, por su pertinencia al presente fallo, las estipulaciones de la citada escritura de 14 de julio de 1900, por la cual don Antonio Izquierdo vendió, tomadas de la copia registrada de ella que forma los folios 4 a 9 del Cuaderno 3º Dicen:

"Primera.—Eudoro Obando pagará a Izquierdo el precio total de esta venta por mensualidades anticipadas de a diez pesos cuarenta centavos, pagos que hará en la moneda legal de la mejor especie que circule en el país.

"Segunda.—Si pasaren tres meses sin que Obando haga los pagos dichos, se resolverá de hecho el contrato y en ese caso podrá Izquierdo entrar por sí mismo en la posesión material del lote vendido.

"Tercera.—Si al vencimiento de las tres mensualidades dichas, el comprador quisiere evitar la resolución del contrato, sólo podrá hacerlo pagando el día mismo del vencimiento y no con posterioridad, el monto de las tres mensualidades e intereses al uno por ciento mensual.

"Cuarta.—En el caso de resolución indicado, Izquierdo pondrá en remate público, extrajudicialmente, el lote vendido. Base del remate será el monto de las mensualidades vencidas y no pagadas y el resto del precio del lote que quede adeudando. El rematador pagará a Izquierdo lo que todavía le esté debiendo Obando, en los mismos términos estipulados en esta escritura, de manera que quedará ocupando el mismo lugar que como deudor tenía el comprador. El valor de las mensualidades dichas lo pagará el rematador al contado, y lo mismo pagará el mayor precio en que haga el remate sobre la base señalada. Este excedente de precio pertenecerá al comprador. Los gastos que ocasione el remate serán en todo caso reembolsados a Izquierdo de aquel excedente de precio si lo hubiere; en caso contrario lo pagará el rematador, y mientras ellos no sean cubiertos no podrá exigirse a Izquierdo que otorgue la escritura consecuencial del remate.

Tales gastos se fijan desde ahora en veinte pesos.

"Quinta.—En el mismo caso de resolución indicado no será obligado Izquierdo a que devuelva las sumas que el comprador le haya pagado, sino que podrá apropiárselas, y ellas se considerarán como remuneración correspondiente al uso del lote, el cual se entrega desde hoy al comprador.

"Sexta.—El comprador se obliga a no emplear en chircal el lote que compra, mientras no haya satisfecho en los términos estipulados el precio total de esta venta y quede por consiguiente su dominio libre de la condición resolutoria señalada. El violar esta obligación dará derecho a Izquierdo para resolver inmediatamente el contrato, con relación o acuerdo con lo estipulado en la cláusula cuarta, pudiendo apropiarse las mejoras del lote y las cantidades recibidas, así como se dijo en las cláusulas cuarta y quinta.

"Séptima.—Si el comprador traspasare a cualquier título el dominio del lote que compre el adquirente quedará sujeto a todas las condiciones estipuladas, sin que por eso deje Obando de quedar obligado a los pagos estipulados.

"Octava.—El valor de los gastos necesarios para la expedición de recibos, por las cantidades que Obando pague a Izquierdo para la cancelación definitiva de la deuda de éste y por el otorgamiento de esta escritura serán del cargo del comprador, quien se compromete a cercar con pared el frente del lote dentro de los seis meses contados desde hoy; y

"Novena.—No obstante lo estipulado en las cláusulas segunda y siguientes anteriores, Izquierdo no queda obligado a optar en los casos de falta de cumplimiento del comprador de que allí se habla por la resolución del contrato. Esas estipulaciones deben entenderse hechas en favor de Izquierdo únicamente y será potestativo para él escoger entre la resolución del contrato de acuerdo con lo que se dice en las citadas cláusulas y el cumplimiento del mismo contrato".

Sostiene el demandado, y con él Juzgado y Tribunal, que la cláusula resolutoria expresa contenida en ese instrumento y la manera de pactarla autorizaron al vendedor para recuperar por sí y ante sí el inmueble en faltando el comprador al pago en la forma allí prevista; y deducen de ahí que, no habiéndose demostrado en este pleito ese pago, tal recuperación ocurrió y consiguientemente quedó bien inventariado y adjudicado ese lote en la causa mortuoria del vendedor, y por ende, bien vendido por el adjudicatario al actual demandado.

De ahí la absolución de éste.

El demandante, hoy recurrente, acusa la sentencia del Tribunal de no haber apreciado debidamente las escrituras públicas con que acredita la cadena de títulos no interrumpida que presenta, desde el conferido por el señor Izquierdo el 14 de julio de 1900 hasta el del actual demandante; por haber dado por probada, sin estarlo, la alegada recuperación material del lote por el señor Izquierdo; por haber dejado de apreciar, a más de las referidas escrituras públicas, el comprobante del pago hecho por consignación al señor Izquierdo; y por la consiguiente violación de las diversas disposiciones de nuestro Código Civil que al efecto cita, y de que pasan aquí a verse las pertinentes al cargo principal de los varios del recurrente en su demanda de casación que se está estudiando, de entre los cuales es el aludido el que debe preferirse para seguir el orden lógico de que habla el artículo 537 del Código Judicial.

Ese cargo puede resumirse así: se trata de un juicio de reivindicación y se rechaza la acción del verdadero dueño y se absuelve al poseedor que no presenta título; para reputar que éste sí lo tiene se basa el Tribunal en la condición resolutoria expresa antedicha; pero ella no es de por sí, cualesquiera que puedan ser a la postre sus efectos, un título en favor del señor Izquierdo, de suerte que, no habiendo título alguno conferido a este señor e inscrito en el competente libro de registro, mal puede reputarse dueño quien aduce tan sólo su compra al adjudicatario del lote en la mortuoria del señor Izquierdo.

Por eso violó el Tribunal, según el recurrente, estas disposiciones del Código Civil: el artículo 950 que atribuye la acción reivindicatoria aquí negada, a quien ha comprobado ser el verdadero dueño; el artículo 745, que requiere para que valga la tradición un título traslaticio de dominio, que aquí no hubo para el señor Izquierdo; el 756, que para la tradición de inmuebles exige inscripción del título en el registro, inscripción, que no habiendo tal título, mal pudo haberla en el presente caso en favor del mismo Izquierdo; el 759, según el cual, sin registro del título traslaticio, no se da ni trasfiere la posesión efectiva; el 789, según el cual, para que cesara la posesión de Obando o sus compradores sucesivos sería preciso voluntad de las partes, o nueva inscripción, o decreto judicial, a lo que se agrega que el inciso 2º de este artículo dice: "Mientras subsista la inscripción, el que se apodere de la cosa a que se refiere el título inscrito, no adquiere posesión de ella ni pone fin a la posesión existente"; el 1760, según el cual la falta de instrumento público no puede suplirse cuando la ley requiere esa solemnidad; el 1857, que la exige para la venta de inmuebles; el 2652, que somete a registro todo contrato o acto que cause mutación en el dominio de inmuebles; el 2610, que define la cancelación notarial, y el 2211, que dice que tiene lugar cuando las partes la manifiestan al notario o se presenta a éste un instrudento en que conste esa cancelación otorgada ante otro, o por decreto del juez que la ordene; el 2676, que define la cancelación en el registro, y el 2677, según el cual para el Registrador hacerla debe presentársele el certificado de cancelación del título.

Estudiando el proceso se encuentra que efectivamente el único fundamento que ha tenido el Tribunal para reconocer válido y preferible al del actor el título del demandado, procedente, repítese, de la adjudicación hecha a su vendedor en la partición de bienes de don Antonio Izquierdo, es la estipulación expresa sobre derechos de este señor en su citada venta a Obando.

Interesa por tanto y ante todo, indagar los efectos de esas estipulaciones y, principalmente, el modo de producirse ellas.

Según el artículo 1931 del Código Civil, hoy artículo 1º de la ley 45 de 1930, la cláusula de no trasferirse el dominio de un inmueble sin el pago, no produce otro efecto que el de dar al vendedor la acción alternativa establecida en el artículo 1930, o sea, la escogencia entre la resolución del contrato o el cobro del precio, caso de faltar el pago de éste. La acción alternativa que al vendedor confiere, en su caso, este artículo, es la misma que en general para los contratos bilaterales da el artículo 1546 a la parte para con la cual la otra está en mora.

Si en el caso extremo de estipularse lo que previene el artículo 1931 no se produce la resolución de suyo o automáticamente, sino que, como efecto de tan grave estipulación, tan solo viene el de que el vendedor a quien el comprador le falta en el pago tenga la alternativa antedicha, parece evidente que no puede llegar a más cuando se limita a expresar en la escritura de venta la condición resolutoria. El mero hecho de expresarse ésta no puede entenderse como generador de aquel efecto.

Más todavía: cuando el comprador está en mora y ya el vendedor acabó con la incertidumbre de la negativa porque ya optó por la resolución, aún así las cosas, en ese estado tiene el comprador el derecho de ha-

cer subsistir el contrato pagando, así sea en el breve plazo de horas que le concede el artículo 1937.

Nótase de paso que las estipulaciones de la escritura trascrita (Izquierdo a Obando) contienen la misma del posible pago, si no en las dichas 24 horas, sí, al menos, el día del vencimiento del trimestre de que hablan las cláusulas segunda y tercera.

Ese artículo 1937 figura en el capítulo correspondiente al pacto comisorio, definido allí mismo (artículo 1935, inciso 2º), en el sentido de que es la misma condición resolutoria de todo contrato bilateral y, por ende, de la compraventa, cuando las partes la revisten de ese detalle: expresarla.

Nuestra ley procedimental no tenía reglamentada esta acción, como acontecía con muchos otros derechos que, establecidos en la ley sustantiva, carecían de un medio especial de llegar a la efectividad práctica, por lo cual había de recurrirse a juicios ordinarios o a buscar analogías más o menos discutibles. Tal, por vía de ejemplo, con el decreto judicial de posesión efectiva de la herencia, ausente en lo judicial y trascendentalmente presente en el Código Civil.

La nueva ley de procedimiento (105 de 1931), interesada en llenar los vacíos de esa clase, estableció lo que rezan sus artículos 1095 y 1096 para la condición resolutoria expresa, o, por mejor decir, para el pacto comisorio, sobre lo cual cabe observar que este artículo 1095 cita expresamente el referido artículo 1937 del Código Civil. Para la retroventa, vinieron allí mismo (Título XXXVI) los artículos 1097 a 1099. Para el caso del artículo 1944 del Código Civil, el artículo 1100 del Código Judicial, etc. Y el artículo 1102 final, de ese título, previene el registro de las respectivas demandas.

Sin incurrir en el error de juzgar los casos o analizar las sentencias a la luz de disposiciones legales no promulgadas o no dictadas siquiera cuando aquéllos sucedieron, se traen a cuento estas disposiciones del nuevo Código Judicial como una corroboración —y la más alta— de las precedentes consideraciones de la Corte sobre el modo de producirse los efectos del pacto comisorio.

Opina, pues, la Corte, al respecto que, si bien el vendedor puede optar por la resolución del contrato cuando el comprador incurre en mora en el pago del precio y, si bien, optando el vendedor por resolver el contrato y no usando el comprador el derecho de pagar en las veinticuatro horas subsiguientes a la notificación de la demanda, la resolución se produce, no cabe dentro de nuestra legislación conceptuar que ésta sobrevenga de suyo o automáticamente.

Por el contrario, los términos del artículo 1937, que inequívocamente habla de demanda, obligan a reconocer que la ley exige que haya una demanda sobre resolución.

Y no podría ser de otro modo, aun antes de establecerse el procedimiento creado por los citados artículos 1095 y 1096, porque de no existir aún, antes del Código actual y de establecerse un procedimiento especial, no puede deducirse que no fuera indispensable algún procedimiento, algún trámite judicial, siendo así, repítese, que el artículo 1937 habla de demanda y parte de la base o principio de que hay demanda.

Y sólo habiendo demanda y una tramitación (ordinaria que fuese, a falta de toda otra) podía haber sentencia, y con ésta, un instrumento anotable en el competente libro de registro, cuya inscripción en éste cancele el título inscrito otorgado al comprador por el mismo vendedor que con la nueva inscripción viene a obtener la tradición consiguiente a la recuperación que hace de su dominio, por virtud de la resolución de la venta que había efectuado.

Y así como sin esa cancelación en el Registro ha de entenderse en ley que sigue vigente el título inscrito conferido por el vendedor a favor del comprador y ha de seguir apareciendo allí el comprador como dueño, del propio modo y vistas las cosas del lado del vendedor, no puede ser conceptuado éste allí como dueño sin ese título a su favor debidamente inscrito.

Por más que se repute o dé por sentado, en cualquier caso dado, que por no haber prueba del pago, el comprador ha faltado en éste, no se está aún por ese solo hecho ante una resolución consumada y efectiva, sino simplemente ante la alternativa de acciones antedicha, que implica, por decirlo así, una perplejidad y una incertidumbre, mientras no haya hecho el vendedor la escogencia, la que no se puede saber por el comprador mismo ni, mucho menos, por terceros, mientras no se haya manifestado en alguna de las formas en que legalmente y hasta humanamente es indispensable que se manifieste para saberla.

Bien que las precedentes reflexiones fundadas en los textos de nuestras leyes, conducen a conceptuar sobre modo de producirse los efectos de la condición resolutoria expresa tal como la Corte aquí conceptúa, no sobra traer a cuento doctrinas de los expositores que así lo proclaman.

Varios se han consultado, en lo relativo al artículo 1656 del Código Civil francés que

versa, como el 1937 del nuéstro, sobre la condición resolutoria en la compraventa por falta en el pago, y con el cual guarda el nuéstro completa analogía. Se recuerda, para mayor claridad, que el artículo 1184 del francés corresponde al 1546 del nuéstro, pero tiene un inciso final que dice: "La resolución debe ser demandada judicialmente y puede concederse al demandado un plazo, según las circunstancias".

De los expositores consultados se escoge por su pertinencia al caso del presente pleito, a Planiol y Ripert en su obra Droit Civil, de la cual se traduce lo que dice bajo el epígrafe "Cláusula expresa de resolución", tomado del Tomo VI, págs. 603 y siguientes (edición de 1930), lo que pasa a leerse:

"Para evitar la concesión de plazo y una posible apreciación del Juez favorable al deudor, los acreedores se han visto en el caso de insertar en el contrato una cláusula de resolución expresa. El incumplimiento se toma, como otro hecho cualquiera puede tomarse, por constitutivo de condición resolutoria: pero la cláusula produce distintos efectos, según el modo como esté redactada. Su interpretación implica una investigación de la intención de las partes.

"1º Si las partes se limitan a estipular la resolución a falta de cumplimiento, el Juez puede ver en ello simplemente la advertencia de la facultad dada por la ley de demandar la resolución. Se necesitará, pues, una demanda y el Juez tendrá los poderes indicados en el estudio del artículo 1184. De ahí que no se encuentre de ordinario semejante cláusula.

"2º La cláusula por la cual una de las partes se reserva la facultad de resolver el contrato en faltando el cumplimiento en cierto día fijo, puede interpretarse como que confiere la facultad de resolver por medio de simple declaración de voluntad, sin intervención de la justicia, pero como no obrando o produciéndose la resolución sino el día de la declaración. El Juez no tendría el poder de conceder prórroga; pero el cumplimiento sí podría válidamente ocurrir o verificarse hasta el día de la declaración".

"3º La cláusula según la cual la resolución tendrá lugar de pleno derecho manifiesta la voluntad cierta de rehusar a los Tribunales la potestad de conceder prórrogas. Pero los autores estiman generalmente que la resolución supone aún una notificación por el acreedor, porque, según el artículo 1139, la llegada del día no constituye por sí sola al deudor en mora, a menos de haberse estipulado lo contrario; y el artículo 1656, en caso de venta del inmueble en que se haya estipulado la resolución de pleno derecho por falta de pago en el término convenido decide que el adquirente, puede, sin embargo, pagar hasta el día de la notificación. Es asunto de interpretación de voluntad; pero la interpretación más normal es considerar la cláusula como que implica, en todos los contratos distintos de la venta de inmuebles, que el vencimiento del plazo vale por notificación. En todo caso, después de ésta ya es tarde para cumplir".

"4º En busca de mayor seguridad se ha llegado a precisar en la cláusula que la resolución tendrá lugar de pleno derecho y sin notificación o sin formalidad. Preciso es referirla a la estipulación de que tendrá lugar de pleno derecho un mes, por ejemplo, después de que una notificación ha sido infructuosa; es claro que así queda descartada la necesidad de nueva notificación, e impedida la concesión de prórroga".

"En toda hipótesis, y aún en presencia de estas últimas cláusulas, la resolución no es automática, en el sentido de que la parte que falta al cumplimiento puede invocarlas para hacer obrar la resolución aún queriendo la otra parte obtener el cumplimiento".

"Por otra parte, aquel contra quien la resolución se invoca puede alegar que no ha ocurrido porque la inejecución proviene del acreedor, que ha rehusado las ofertas de cumplimiento. Las cláusulas precitadas no privan al deudor del derecho de oponer la excepción de incumplimiento o una demanda de reconvención, con tal que proceda de buena fe y que en la resolución no se haya incurrido porque sea sobre esta base como él se haya negado antes provisoriamente a cumplir".

El texto trascrito gradúa, pues, las estipulaciones sobre resolución, sucesivamente más y más exigentes o estrechas; la simple advertencia de resolución, equivalente al silencio, puesto que de suyo se entiende hecha o contenida en todo contrato bilateral, según nuestro citado artículo 1546 y según el 1930 en la compraventa; la resolución expresa o pacto comisorio; la resolución de pleno derecho con cierto plazo fijo, y la resolución de pleno derecho con renuncia a intervención extraña.

Y si bien se ve que aún en este último evento, que es el más grave para el comprador incurso en mora de pagar el precio, es necesario, a pesar de todo, una notificación, algo que pueda tomar existencia y anotarse por el comprador mismo y por terceros acerca de la decisión tomada por el vendedor.

No se discute a éste, en ninguno de los casos contemplados, el derecho de optar por la resolución si el comprador falta al pago del precio; pero sí se exige que del ejercicio de ese derecho haga alguna manifestación visible o perceptible, y por ende, conocible.

Este derecho coexiste con el de insistir en el contrato; la potestad de hacerlo resolver no implica prescindencia suya o carencia de la potestad de hacerlo subsistir y cumplir. Ambas facultades, con derecho de elección, las tiene el vendedor alternativamente. De su decisión debe hacer sabedor al comprador en alguna forma. En el caso extremo de los ya relacionados en la gradación de agravantes ya vista, tampoco puede dejarse de exigir, por hasta físicamente necesaria, la manifestación de la elección que el vendedor ha hecho. Absurdo sería, por ejemplo, que por la escogencia de la resolución por la parte vendedora se tomara la inclusión que en el relato de los bienes del vendedor hicieran sus causahabientes, en la causa mortuoria de él, en la cual el comprador no es parte. A lo que se agrega aquí que la partición de bienes en la causa mortuoria del señor Izquierdo vino a hacerse en 1924; que la venta de él a Eudoro Obando fue en 1900 y que el artículo 1938 del Código Civil señala un plazo improrrogable de cuatro años para el pacto comisorio.

La primera noticia que viene a tenerse de esa supuesta voluntad y consiguiente recuperación del señor Izquierdo es esa que en este proceso consta y la inclusión del lote referido en el inventario de sus bienes en su causa mortuoria, la que es de suponerse ante lo único aquí comprobado que es la adjudicación de ese lote, en la partición de los bienes al señor Izquierdo Toledo.

Después de ella (setiembre de 1924) vino el citado remate en la ejecución contra Cuéllar, precedido (es obligado suponerlo) del secuestro, es decir, de la entrega material al depositario, y seguido de la entrega material por el juez rematador. (Noviembre de 1926).

Y es después de esto cuando aparece, ya para la época de la demanda de la precedente causa, poseyendo el actual demandado.

En el cuaderno 6º (pruebas de González en segunda instancia) obra copia de la actuación seguida a solicitud de Rojas en el Juzgado 2º Municipal de Bogotá sobre pago por consignación. Allí consta que Rojas ofreció a Izquierdo, en memorial repartido el 10 de febrero de 1906, la suma de $ 105 como saldo de la deuda en referencia, acerca de la cual ese escrito afirma, después de citar las escrituras de Izquierdo a Eudoro Obando, de éste a Alfredo Ortega y de éste a Rojas, que éste estuvo pagando cumplidamente los cánones o cuotas mensuales, conforme a lo pactado, hasta que Izquierdo cambió de oficina y se denegó a recibir, lo mismo que sus dependientes. El 12 del subsiguiente marzo (1906) se hizo a Izquierdo la notificación y se le confirió el traslado legal de esa oferta; y después de la tramitación del caso, en la que se advierte que este señor no formuló respuesta ni hizo objeción alguna, el Juzgado entregó al depositario nombrado para ello, en diligencia de cinco de marzo de 1907, la suma presentada al efecto por Rojas, o sean los dichos $ 105.

No es el caso de entrar a considerar el alcance de esta prueba, y si el Tribunal la desoyó y por desoírla fue por lo que absolvió al demandado, porque las reflexiones precedentes sobre modo de producirse lo que sobre condición resolutoria estableció la escritura de 1900 de Izquierdo a Obando, hasta a encontrar admisible el recurso de casación y esto hace inconducente considerar los otros cargos. (C. J., Art. 537).

Y se dice que el cargo aquí analizado ya, tal como se ha hecho, prospera, porque la Corte encuentra que, en fuerza de sus conceptos precedentes, hay que reconocer que el Tribunal incurrió en la violación de las disposiciones sustantivas citadas, de que el recurrente lo acusa.

Para dictar la sentencia de instancia que ha de reemplazar la que se casa, la Corte considera lo siguiente:

La acción incoada es la reivindicatoria. Asiste al dueño de una cosa singular de que no está en posesión, para que el poseedor sea condenado a restituírsela. (C. C., Art. 946).

González ha demostrado ser el dueño, así: Antonio Izquierdo vendió a Eudoro Obando (1900); éste a Alfredo Ortega (Nº 903, diciembre 4 de 1900, Notaría 3ª); éste a Salomón Rojas (Nº 689, Notaría 3ª, el 10 de octubre de 1902); éste a Adriano Obando (Notaría 2ª, Nº 54, enero 20 de 1909); ejecutado éste por Carlos A. Morales, en el Juzgado 6º de este Circuito, se le remató el lote el 8 de junio de 1926: el rematador fue el señor Buenaventura Cuéllar, a quien el Juzgado hizo entrega material, sin oposición alguna, el 24 de noviembre del mismo año; Cuéllar vendió a Adriano Obando y Pantaleón Vargas (Notaría 2ª, Nº 1893, junio 20 de 1927); éstos a Marco A. Restrepo y Ho-

racio Uribe Márquez (Notario 3º, Nº 400, marzo 22 de 1928); y éstos a Juan B. González, ante el Notario 2º, por escritura Nº 1359, el 8 de mayo de 1928.

Todas estas escrituras obran en el proceso en copias notariales registradas; las Notarías referidas aquí son todas de este Circuito. Las complementan certificados del Registrador que acreditan la inscripción e hilación de esos títulos.

Como se ve, el demandante comprueba en legal forma ser el dueño de la cosa cuya reivindicación constituye la materia de este pleito.

El demandado está en posesión de ella, según su propia confesión lo acredita. Sobre este hecho no hay disparidad entre los litigantes.

Opone el demandado estas excepciones: inepta demanda; pero ella recibió su curso y las excepciones dilatorias no prosperaron; falta de personería sustantiva en el demandante, con lo que aquél significa carencia en éste del dominio que pretende, pero ya está visto que efectivamente el actor es dueño; y prescripción, para lo cual agrega a la posesión propia la de sus antecesores.

No consta en autos que el señor Antonio Izquierdo recuperara la posesión material del lote, ni, mucho menos, se sabe cuándo; tampoco constan actos posesorios de don Antonio Izquierdo Toledo. En el lapso trascurrido hasta la protocolización de la causa mortuoria del señor Izquierdo (1924), a partir de la venta de él a Obando (1900), se otorgaron las escrituras ya relatadas aquí, las que hablan de entrega material.

En la escritura de compra de González (mayo 3 de 1928), dicen los vendedores "Que desde esta fecha ponen al comprador en posesión real y material de lo que le venden, con todas sus anexidades y dependencias y en las acciones consiguientes". (Cuaderno 1º, folio 2).

Otro tanto había dicho la escritura de compra de Restrepo y Uribe Márquez, de 22 de marzo de 1928. (Folio 12 ibídem), a Obando y Vargas.

La venta que a éstos hizo B. Cuéllar el 20 de junio de 1927, no contiene cláusula expresa de entrega como esotras; pero ya se vio que a Cuéllar hizo entrega material el Juzgado el 24 de noviembre de 1926, en la citada ejecución contra Adriano Obando.

La venta que a Adriano hizo Salomón Rojas el 20 de enero de 1909 contiene (cuaderno 4º, folio 25) esta declaración: "Que desde esta fecha le hace entrega real y material al comprador del terreno que le vende con todos sus accesorios".

Rojas, al comprarle a Alfredo Ortega el 10 de octubre de 1902, dijo en la cláusula 1ª de la escritura respectiva, según se ve al folio 22 del cuaderno 4º, haber "recibido el lote real y materialmente a su satisfacción".

Es verdad que las declaraciones de cada instrumento no obligan sino a sus otorgantes o a quienes de éstos derivan sus derechos. (C. C., Art. 1759). Pero cabe agregar a los instrumentos que acaban de citarse, el remate de 1926 mencionado aquí ya varias veces. Celebrado en ejecución, implica obligadamente entrega previa al depositario, como se ha dicho que es de suponerla ante la ley procedimental de entonces; y además, obra en este expediente la copia de la diligencia de entrega material del lote hecha por el juez de esa causa ejecutiva al rematador en noviembre del mismo año de 1926.

Esta entrega material del Juzgado a Cuéllar ocurrió el 24 de noviembre de 1926, e Izquierdo Toledo había vendido a Viuda de Richard y Plata, por la citada escritura de 29 de noviembre de 1924, es decir, dos años antes. No se puede aceptar que la sociedad hoy demandada estuviera poseyendo materialmente, al menos desde 1924, siendo así que para 1926 nadie se encontraba en el lote que formulara asomo de oposición a la entrega material hecha por el juzgado al rematador, como no aparece en este proceso tampoco oposición al secuestro que debe suponerse se hizo del mismo lote en ese juicio ejecutivo, siendo así que en él se remató. En el supuesto más favorable al poseedor actual, o sea, en el de que sus antecesores poseyeron y que él continuó la posesión de ellos con la suya propia, se tiene al menos que esta posesión fue interrumpida con la entrega al secuestre, que debe suponerse, y con la entrega al rematador, aquí comprobada.

De otro lado, no acredita el poseedor actual desde cuándo comenzó la posesión de sus antecesores que él agrega a la suya propia; de manera que, no sólo esta posesión por lo menos fue interrumpida, como acaba de recordarse, sino que se ignora cuánto tiempo alcanzó a durar, caso de haberla habido. En la excepción, el reo es actor, es decir, debe comprobar lo que afirma, máxime si ello consiste en hechos positivos. El demandado no ha comprobado, pues, la prescripción que como excepción opone. Sobre tiempo requerido por ella y sobre lo que es interrupción y qué efecto produce, hasta innecesario es citar los artículo 2521 y siguientes del Código Civil.

Y por el estudio de lo atañedero a esta excepción se llega a conclusiones favorables al demandante, no sólo en el sentido que

acaba de verse de no estar acreditada ni ser admisible la excepción opuesta a su acción, sino de que ésta lo asiste.

En efecto, si se admitiera que al señor Izquierdo le hubiera bastado, para recuperar el dominio del lote vendido por él, haber entrado a ocuparlo de hecho y que de veras así procedió, ello tendría que haber sido a más tardar el 14 de julio de 1904, fecha de vencimiento de los cuatro años en que prescribe el pacto comisorio. (C. C., 1928). Y a partir de ese supuesto hecho, a que en gracia de discusión en este párrafo se atribuye la recuperación antedicha, se tendría que el dominio que marchaba por la otra senda aquí estudiada con títulos procedentes del comprador Eudoro Obando, vino a basarse en una venta de cosa ajena. La validez de ésta es de ley (C. C., Art. 1871). Sobre este justo título y la posesión acreditada por lo ya analizado aquí respecto de las transferencias sucesivas y entregas materiales habidas en la serie que va de eslabón en eslabón, de Eudoro Obando a Ortega, de Ortega a Rojas, de Rojas a Adriano Obando, de éste a Cuéllar (1926, juicio ejecutivo y entrega tántas veces aquí citados), transcurrieron más de veinte años y, en todo caso, más del decenio necesario para ganar por prescripción ordinaria.

Al frente de esto se levanta, sobre base que en este proceso brilla por su ausencia, como no sean las simples estipulaciones resolutorias de la escritura de 14 de julio de 1900, la mera adjudicación allí, y la venta que a los pocos días de esa adjudicación hizo el adjudicatario al actual demandado.

Así se resume la confrontación de las dos situaciones jurídicas, o sea, la de cada una de las dos partes litigantes.

Se advierte que la demanda inicial invoca la prescripción adquisitiva, en subsidio de lo que en primer lugar afirma sobre los títulos ya analizados y aceptados.

Justificada la acción y no acreditadas las excepciones, preciso es decretar la reivindicación demandada.

El demandado denunció el pleito a su vendedor señor Izquierdo Toledo. Admitida la denuncia, se hizo la notificación y se confirió el traslado del caso. Nada respondió este señor ni actuación alguna suya se ve en el curso del pleito, sostenido tan solo, de su lado, por el demandado.

El alcance de la denuncia lo explica claramente el Código Civil en sus artículos 1899 y siguientes.

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, resuelve casar la sentencia dictada en la presente causa, el treinta de julio de mil novecientos treinta y cuatro por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y revocar la que en primera instancia había pronunciado el Juzgado tercero Civil de este Circuito el veintitrés de junio de mil novecientos treinta y tres, y en su lugar declara y dispone:

Primero.—El señor Juan B. González es el dueño del lote de terreno ubicado en esta ciudad de Bogotá, en el Barrio Sucre, señalado con el número (13) de la manzana K, y deslindado: por el Norte, con el lote número diez y ocho de esa manzana, perteneciente a Rosa Rozo y Francisco Perilla; por el Oriente, con el lote número doce de la misma manzana, perteneciente a sucesores de Antonio Izquierdo; por el Sur, con la calle Torres, hoy calle cuarenta y tres (43); y por el Occidente, con la calle Caldas, hoy carrera octava. Este lote mide doce y media varas sobre la calle cuarenta y tres y cincuenta varas sobre la carrera octava, y su superficie es de seiscientas veinticinco (625) varas cuadradas.

Segundo.—Cancélese, en lo relativo a este inmueble, la inscripción hecha en la Oficina de Registro de este Circuito del título conferido al demandado, o sea, Nº 2112 de 24 de noviembre de 1924, otorgado ante el Notario 3º de Bogotá. Al Registrador se librará el oficio del caso por el Juzgado, una vez llegado a él este proceso.

Tercero.—Dentro del sexto día de ejecutoriada esta sentencia, la sociedad comercial colectiva de este domicilio Viuda de Richard & Plata entregará materialmente al señor Juan B. González ese lote, con sus mejoras y demás anexidades, libre de hipoteca y todo otro gravamen que esa sociedad hubiere constituído sobre el mismo inmueble y con los frutos a partir del ocho de febrero de mil novecientos veintinueve, fecha de la contestación de la demanda.

Cuarto.—En las prestaciones mutuas a que dé lugar esta sentencia a la sociedad demandada se reconoce su calidad de poseedor de buena fe.

Quinto.—Queda a salvo la acción de saneamiento de Viuda de Richard & Plata a cargo de su vendedor señor Antonio Izquierdo Toledo.

Sexto.—No hay condenación en costas.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Eduardo Zuleta Angel, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Antonio Rocha, El Conjuez, Antonio José Montoya.—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

DEMANDA SOBRE RESOLUCION DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA Y REIVINDICACION DE UN TERRENO

Se reivindicó para una sucesión sin la prueba legal de la defunción del DE CUJUS.

Las pruebas supletorias del estado civil solamente tienen cabida cuando se demuestra o justifica la falta de las principales. Los alcaldes y los directores de higiene no son funcionarios del estado civil de las personas y las funciones que les fueron atribuídas primero por la ley 31 de 1907 y después por la 63 de 1914 son meramente estadísticas. No es que únicamente sea aceptable la prueba de la defunción que provenga de las actas parroquiales o con las notariales, como pruebas principales, y puede también demostrarse con la prueba supletoria, pero para esto es necesario que previamente se establezca la falta de alguna de las pruebas principales. Aunque el recurrente presentó con su alegato el certificado notarial en que aparece que se levantó el acta de defunción de que se trataba, observó la Corte que en el recurso de casación no es admisible la presentación ni la producción de pruebas y que esa acta fue levantada después de la sentencia acusada.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, junio tres de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón).

A la demanda ordinaria iniciada por el personero de Absalón Díaz Talero sobre resolución de un contrato de compraventa y reivindicación de un terreno, demanda dirigida contra Ricardo Emilio Calderón y Manuel José Calderón, recayó la sentencia de fecha 10 de septiembre postrero, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y en la cual fueron absueltos los demandados de los cargos de la demanda.

El docotr Roberto Mora Toscano, en representación de la parte actora, interpuso recurso de casación, y el doctor Luis Eduardo Gacharná, como representante de la parte demandada, asumió ante la Corte el carácter de opositor.

Pasa, pues, a decidirse sobre el recurso, previas las consideraciones que siguen:

La acción intentada en el primer capítulo de la demanda es la resolutoria, y en él se pide la resolución del contrato recogido en la escritura pública 476 de 23 de junio de 1921 corrida ante el Notario de Ubaté y en el cual se trasfirió el dominio a Campo Elías Calderón, de un lote de terreno denominado Viacucho, trasferencia que le hizo a título de venta Miguel Martínez Diaz. A éste le fue adjudicado el prenombrado terreno en la sucesión de Rafaela Suárez de Díaz y la adjudicación se le hizo para el pago de deudas y gastos en esa sucesión.

Según el hecho tercero de la demanda, el comprador Campo Elías Calderón se obligó a pagar varias deudas de la sociedad conyugal Díaz Suárez o de la sucesión de Rafaela Suárez de Díaz, al tenor todo de lo estipulado en la escritura 476 de 23 de junio de 1921 ante el Notario de Ubaté, escritura que figura en los autos, y como el comprador Calderón no cumplió, en parte, con sus obligaciones expresadas en tal escritura, de ahí, en síntesis, la acción resolutoria ejercitada.

La acción reivindicatoria se ha incoado como consecuencia de la resolutoria, y fue señalado Manuel José Calderón como poseedor y tenedor del terreno sobre que versa la reivindicación.

Se demandó a Ricardo Emilio Calderón y Manuel José Calderón en su condición de herederos de Campo Elías Calderón. La personería de la parte actora resulta de lo siguiente: Alejandrina Martínez, autorizada por su esposo Alejandro Leal, vendió a Absalón Díaz los derechos que le correspondían a Alejandrina en la sucesión intestada de Miguel Martínez Díaz, quedando comprendidos en la venta los derechos y acciones que le correspondan por cualquier título en la sucesión de Miguel, especialmente los que se derivan del contrato de compraventa celebrado entre Miguel Martínez Díaz y Campo Elías Calderón, contrato que aparece consignado en la escritura 476, ya mencionada.

La sentencia recurrida se funda en las siguientes bases: Primera, Que habiendo sido propuesta la acción en conjunto a nombre de la sucesión de Miguel Martínez Díaz, ha debido acreditarse, en la forma legal, la defunción de éste, lo cual no hizo la parte actora porque el certificado expedido por el secretario de la Dirección Municipal de Higiene de Bogotá, "del que consta que en el

libro correspondiente existe la constancia de la defunción de José Miguel Díaz", no es prueba legal de la defunción de éste y en el expediente no está acreditada ni explicada satisfactoriamente la falta de la partida eclesiástica de la defunción de Martínez Díaz ni la falta del acto de su fallecimiento para que pudiera ser admitida la prueba supletoria de la inscripción en el libro necrológico municipal. A este respecto el Tribunal acogió el reparo del apoderado del personero de los demandados en el aparte pertinente de su alegato. Segunda, En que la certificación de la Dirección Municipal de Higiene de Bogotá habla de la muerte de José Miguel Díaz y en este pleito se trata de la sucesión de Miguel Martínez Díaz, sin que al proceso se haya traído comprobación alguna relacionada con la identidad de esas personas.

La segunda base de la sentencia no fue tocada, ni menos acusada por el recurrente, quien se expresa así: "El punto materia de controversia en casación es la apreciación que el Tribunal hizo de la partida de defunción de Miguel Martínez Díaz traído a los autos, por lo cual concretaré a este punto la demanda. En efecto, el Tribunal solamente acepta como prueba de la defunción, la partida que expida el párroco sobre la defunción de Miguel Martínez Díaz, y desestima y no da valor alguno a la partida expedida por la Dirección Municipal de Higiene del Municipio de Bogotá".

Razonando sobre esta premisa, agrega el recurrente: "y no se diga que en este particular, sólo es aceptable la prueba que provenga de los párrocos, es decir, de las certificaciones que den esos funcionarios públicos, carácter que tienen sólo para éstos, en que se trata de prueba del estado civil, conforme a la disposición contenida en el artículo 22 de la ley 57 de 1887, porque esta argumentación, a más de ser errada, está hoy fuéra de lugar en el caso controvertido por las siguientes razones".

La Corte observa:

La sentencia recurrida no tiene como base el concepto señalado por el recurrente; el fallador de segunda instancia dice al respecto: "y el segundo reparo es el que expone el personero de los demandados en el aparte de su alegato que se copió".

Ese aparte es el siguiente: "Pero aunque hubiera pedido para la sucesión del vendedor, la acción debe fracasar, pues no está probada en forma legal la muerte de Martínez Díaz. Los demandados negaron los hechos primero y segundo de la demanda. Y el certificado en que el Secretario de la Dirección Municipal de Higiene de esta ciudad copia una parte del libro necrológico, en que se dice que Martínez Díaz murió el 28 de diciembre de 1931, no es prueba legal de la defunción porque, según los artículos 8º y 9º de la ley 31 de 1907, las actas de los registros municipales de nacimiento, matrimonio y defunciones sólo tienen por objeto la mayor exactitud posible en los datos referentes al movimiento del estado civil de las personas; su establecimiento no deroga ni modifica la legislación civil sobre prueba del estado personal y sí las inscripciones hechas en esos registros pueden servir como pruebas del estado civil, eso es como prueba supletoria, esto es, a falta de las principales reconocidas por la ley, que son las partidas tomadas en los libros parroquiales y las actas del registro de estado civil que llevan los notarios. Y en el expediente no está acreditada ni explicada satisfactoriamente la falta del acto de su fallecimiento en el registro notarial de defunciones, lo que era necesario para que pudiera ser admitida la prueba supletoria de la inscripción en el libro necrológico municipal".

Sintetizando, el Tribunal no admitió como prueba de la defunción de Martínez Díaz el certificado de la Dirección Municipal de Higiene, prueba supletoria, porque no se explicó ni justificó en el expediente la falta de las pruebas principales de ese hecho.

El recurrente estima que la sentencia del Tribunal viola el artículo 395 del Código Civil y 632 del Judicial, porque estableciendo la disposición citada que los instrumentos provenientes de funcionarios que ejerzan cargo por autoridad pública, en lo referente al ejercicio de sus funciones, tienen la fuerza probatoria de plena prueba, infringió el fallador directamente la mencionada disposición (art. 632 citado), comoquiera que siendo una de las funciones de la Dirección Municipal de Higiene de Bogotá el llevar los libros sobre el estado civil de las personas, entre las cuales está el necrológico, la certificación que tal entidad o autoridad expida sobre los hechos que caen bajo su jurisdicción y autenticado por los respectivos secretarios, constituyen plena prueba, y al no darle el Tribunal este valor probatorio a tales certificaciones infringió directamente el artículo citado 632 del Código Judicial.

Tradicional ha sido en el derecho colombiano la restricción o limitación de los funcionarios encargados de llevar el registro del estado civil de las personas para que las actas por ellos sentadas o recogidas ten-

gan el valor de prueba principal. Esos funcionarios y esas personas han sido los notarios y los curas párrocos, y hoy rigen al respecto los artículos 348 del Código Civil y 22 de la ley 57 de 1887.

Y esas pruebas pueden suplirse, cuando ellas faltan, por otros documentos auténticos, y es esto lo que constituye la prueba supletoria del estado civil de las personas de que trata el artículo 395 del Código Civil, pruebas supletorias que tienen cabida cuando se demuestra o justifica la falta de las pruebas principales.

El recurrente, en su acusación quiere ver en el certificado de la Dirección Municipal de Higiene de Bogotá la prueba principal de la defunción de Martínez Díaz, pero la Corte es de concepto contrario, por las siguientes razones:

Dice el artículo octavo de la ley 31 de 1907: "Para el solo efecto de obtener con la mayor exactitud posible los datos referentes al movimiento del estado civil de las personas, y sin que lo dispuesto en esta ley envuelva derogación o modificación de lo que estatuyen el título primero del Código Civil, los artículos 22 de la ley 57 y 79 de la ley 53, ambas de 1887, y el artículo 22 de la Convención adicional al Concordato de 31 de diciembre de 1887, los alcaldes municipales llevarán un registro de nacimientos, matrimonios y defunciones, de acuerdo con los modelos que para ello les suministrará el Director General". El final del artículo 9º de esa ley es del tenor siguiente: "Dichas inscripciones podrán servir de prueba supletoria del estado civil, a falta de las principales reconocidas como tales por la ley".

Esta norma jurídica fue derogada por la ley 63 de 1914, cuyo artículo 10 dice así: "Para determinar con la mayor exactitud posible el movimiento del estado civil de las personas, se sentarán, mes por mes, en cada distrito, el registro de nacimientos, matrimonios y defunciones. A este efecto los padres y jefes de familia, los directores de comunidades, colegios y demás entidades de instrucción, los administradores de fincas o establecimientos industriales de cualquier género, y los directores de empresas de obras públicas y privadas, deben dar aviso de los hechos constitutivos del estado civil al alcalde del lugar, en el correspondiente mes. Lo dispuesto aquí no envuelve derogación ni modificación de lo que estatuyen el título 20 del libro 1º del Código Civil, los artículos 22 de la ley 57 y 79 de la ley 153 de 1887 y el 22 de la convención adicional al Concordato de 31 de diciembre de 1887.

Los alcaldes, pues, y los directores de higiene no son funcionarios del estado civil de las personas y las funciones que les fueron atribuídas primero por la ley 31 de 1907 y después por la 63 de 1914, son meramente estadísticas; de modo que si las certificaciones o actas que respecto del estado civil de las personas puedan ellos expedir, sirven como pruebas supletorias, no tienen el carácter de pruebas principales del estado civil ni del hecho de la defunción de una persona. Y esas pruebas, como supletorias, tienen cabida y éxito cuando se demuestra la falta de las pruebas principales, al tenor del artículo 395 del Código Civil; ésa, además, ha sido la jurisprudencia de los Tribunales y la doctrina de la Corte.

Pero el recurrente objeta que al no darle el valor de plena prueba al acta de defunción de Martínez Díaz, el Tribunal violó el artículo 632 del Código Judicial. La Corte no acoge este concepto porque si bien es cierto que, según la mencionada disposición, hacen plena prueba acerca de su contenido, como documentos auténticos los instrumentos provenientes de funcionarios que ejerzan cargos por autoridad pública, en lo referente al ejercicio de sus funciones, también lo es que tal disposición no constituyó a esos empleados en funcionarios del estado civil de las personas y de ahí que las actas sobre defunciones expedidas por un director de higiene puedan servir como prueba supletoria, pero no como prueba principal. El legislador colombiano ha sido siempre muy riguroso en cuanto a no extender a los funcionarios públicos las atribuciones que respecto del movimiento del estado civil de las personas han llevado determinados funcionarios como los notarios y curas párrocos.

El artículo 632 del Código Judicial no hace funcionarios del estado civil de las personas a los empleados que por razones de estadística llevan ese movimiento, como los alcaldes o directores de higiene, y ese artículo en nada modificó ni amplió lo estatuído por los artículos 348 del Código Civil y 22 de la ley 57 de 1887.

No encuentra por lo tanto la Corte que la sentencia acusada haya violado el artículo 632 del Código Judicial, al no dar el carácter de prueba principal al certificado de la Dirección de Higiene ya mencionado en este fallo.

No violó la sentencia recurrida el artículo 395 del Código Civil, ni era posible esta violación, porque teniendo el certificado del Director de Higiene sobre defunción de Martínez Díaz, únicamente el carácter de prueba supletoria, en el caso que estuviera per-

fecta, habría sido necesario previamente establecer la falta de la prueba principal o explicar en autos su no existencia.

El primer cargo de la demanda no es, pues, fundado.

El segundo cargo de la acusación hecho por el recurrente, es el de aplicación indebida de la plena prueba que constituye la certificación de la Dirección Municipal de Higiene, pero ya se vio que el Tribunal no desestimó esa prueba, sino que no le dio el carácter de prueba principal, en lo cual se ajustó a la ley, artículo 395 del Código Civil.

El tercer cargo lo hace el recurrente sobre el concepto de interpretación errónea de determinada prueba, y asevera que el Tribunal interpretó erróneamente la certificación de la Dirección Municipal de Higiene, al creer que ella no presta mérito probatorio alguno, con violación expresa de las disposiciones de los Códigos Civil y Judicial que citó el recurrente, a saber, artículos 395 del primero y 632 del segundo.

El Tribunal no consideró que la certificación mencionada sea prueba principal del hecho de la defunción de Martínez Díaz y no estimó esa prueba como supletoria porque no se acreditó la falta de la prueba principal. No puede decirse entonces que el Tribunal hubiera violado las disposiciones señaladas por el recurrente, y ya se explicó por qué. No es que únicamente sea aceptable la prueba de la defunción que provenga de las actas parroquiales ni el Tribunal ha sostenido semejante teoría. No. La defunción de una persona se demuestra o con las actas parroquiales o con las notariales, como pruebas principales, y puede también demostrarse con la prueba supletoria, pero para esto es necesario que previamente se establezca la falta de alguna de las pruebas principales y la sentencia recurrida se funda en estos principios.

El apoderado de la parte recurrente presentó con su alegato un certificado del Notario 4º del Circuito de Bogotá, en el cual aparece que el 21 de febrero de 1935 se levantó el acto de defunción de Miguel Martínez Díaz, y a esto observa la Corte: Primero, que en el recurso de casación no es admisible la presentación ni la producción de pruebas, y segundo, que el acta a que se refiere el certificado mencionado fue levantada después de la sentencia acusada. El precedente que cita el recurrente en su alegato no es similar al que se estudia.

Como se dijo al principio, una de las bases de la sentencia recurrida y que no fue atacada en el recurso, es la no comprobación de la identidad entre Miguel Martínez Díaz y la persona a que se refiere el certificado de la Dirección Municipal de Higiene. Ese certificado, que corre al folio 25 vuelto del cuaderno primero, se refiere a José Miguel Díaz y en la demanda se pide para la sucesión de Miguel Martínez Díaz. Esa base de la sentencia quedó intocada en el recurso, y por eso es intocable por la Corte.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no infirma la sentencia recurrida. Las costas del recurso a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese y publíquese en la GACETA

Eduardo Zuleta Angel, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., J. F. Mújica, Antonio Rocha, Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

HOMICIDIO

Habiéndose fundado la sentencia en el veredicto que afirmó la premeditación con circunstancias de asesinato, mal pudo haberse violado la ley; luego no procede la argumentación por primera causal. Podría haberse estudiado el veredicto si se hubiese alegado la causal 5ª del artículo 3 de la ley 118 de 1931, mas ni se alegó ni podía alegarse porque la injusticia notoria del veredicto no se debatió en las instancias. Según el artículo 586 del Código Penal, la alevosía entraña las ideas de a traición y sobreseguro. Las nulidades están taxativamente señaladas en los artículos 264 y 265 de la ley 57 de 1887. El cuerpo del delito se demuestra no solamente con el reconocimiento pericial, sino con otros medios de prueba. (Art. 157, ley 40 de 1907).

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, veintitrés de mayo de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Santander).

El doctor Manuel Barrera Parra, defensor de Demetrio Rueda en la causa criminal por el delito de homicidio, en la persona de Alejandro Suárez, interpuso recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, de fecha veintitrés de noviembre de mil novecientos treinta y cuatro, por la cual se confirmó la pronunciada por el Juzgado 2º Superior de ese Distrito Judicial, que condenó al nombrado Rueda a la pena de veinte años de presidio y a las accesorias correspondientes, como autor de un homicidio calificado de asesinato.

La referida condenación se pronunció sobre el veredicto afirmativo del Jurado de calificación que se trascribe con las respectivas series del cuestionario:

Cuestión primera.—Demetrio Rueda es responsable de haber dado muerte con arma cortante y punzante a Alejandro Suárez, y en la ejecución de este hecho, ocurrido de dos a dos y media de la tarde del día nueve de noviembre de mil novecientos treinta y dos, en la casa de mercado de esta Ciudad, obró el acusado Rueda con la intención de dar muerte y con premeditación? —Sí.

Cuestión segunda.—El acusado Rueda cometió el hecho a que se refiere la cuestión anterior, con alevosía y sobreseguro? —Sí.

El auto de proceder, conforme al cual se formuló el cuestionario, hizo la historia detallada de los hechos y de ella se destacan como plenamente comprobados los siguientes: Que el nueve de noviembre de 1932, en la plaza de mercado de Bucaramanga, a eso de las nueve de la mañana, se suscitó un altercado entre Demetrio Rueda, negociante en víveres, y Alejandro Suárez, empleado del Almotacén, con motivo de que éste trató de cobrar dos veces a aquél, la pesada de un tercio de yuca; que con posterioridad a dicho incidente, que no tuvo gravedad, Rueda compró un cuchillo y luégo, en un estanco se puso a beber licor como hasta las dos de la tarde de este propio día, hora en que regresó al almotacén y, aprovechando el descuido de Suárez, le atacó dándole una puñalada por la espalda, a consecuencia de la cual murió al día siguiente, antes de las ocho de la mañana.

Practicó la autopsia del cadáver el médico legista doctor Salvador Pérez, quien rindió el siguiente dictamen: "La herida punzante y cortante, única de que estaba afectado y que le ocasionó la muerte, fue verificada ayer entre dos y tres de la tarde, y está situada en la región toráxica posterior derecha, tres centímetros afuera de la columna vertebral, entre la décima y duodécima costilla; la longitud era de tres centímetros de dirección vertical, dirigida de arriba hacia abajo, de delante hacia atrás y de fuéra hacia adentro.

El arma perforó la piel, la masa lumbar, la undécima costilla, las pleuras, el diafragma y el borde externo del hígado, el cual hígado fue interesado en una extensión de dos centímetros; en la cavidad abdominal había una gran cantidad de sangre. Suárez murió a consecuencia de la hemorragia interna causada por las heridas de la once arteria intercostal derecha y del borde externo del hígado. La herida es mortal cuando no se la puede operar pronto".

Varios testigos presenciales, entre los cuales aparecen Marcelino Montero, Silvio García, José del Carmen Rey y María de Jesús Parra, cuyas declaraciones no fueron en manera alguna impugnadas, establecen plenamente el modo como se efectuaron los hechos y todas ellas hacen notar que Suárez fue atacado por la espalda, cuando se hallaba desprevenido. Además, el procesado, en la indagatoria que rindió el propio día del suceso, confesó haber sido él el autor de la herida y agregó: "y lo hice para cartigarlo porque me la tenía muy velada y porque esta mañana se burló de mí delante de mucha gente".

Así, como base en las comprobaciones del informativo, se imputó a Rueda un delito de homicidio premeditado, cometido con alevosía y sobreseguro, y ésta fue la base del cuestionario que fue absuelto afirmativamente por el Jurado de calificación.

Expuesto lo anterior, procédese a estudiar el fondo del recurso de casación que se ha propuesto con fundamento en las causales 1ª, 2ª, y 3ª del artículo 3º de la Ley 118 de 1931.

Primera causal: Sostiene que la sentencia recurrida es violatoria del artículo 585 del Código Penal, por mala interpretación o por indebida aplicación, y en respaldo de dicha tesis se alega, contra el elemento de la premeditación que dedujo el auto de proceder y se afirma que del proceso aparece claramente que el homicidio cometido por Demecrio Rueda pertenece a otra de las clases que reconoce la ley, por cuanto fue causa de un acto primo, o sea, por el arrebato súbito e impensado de la cólera.

Como razón fundamental se expresa a lo anterior que la argumentación aducida no procede para demostrar la primera causal, o sea la de que se violó la ley penal o se la interpretó indebidamente. En efecto, se fundó la sentencia en el veredicto de un Jurado Calificador que afirmó la premeditación con concurrencia de circunstancias de asesinato, y si ello es así, como en realidad lo es, mal puede haber violado la ley, porque sancionó el homicidio en la forma en que lo calificó el Jurado. Los argumentos con los que trata de respaldarse la primera causal pueden ser conducentes para tachar el veredicto del Jurado que afirmó la premeditación, pero no para probar violación o mala interpretación de la ley penal, contra el fallo que acató ese veredicto.

Para que la Corte pudiera entrar a estudiar el veredicto del Jurado en relación con las demostraciones del proceso sería indispensable que se hubiera alegado la causal 5ª del artículo 3º de la Ley 118 citada, pero esa causal no se alegó, ni podía alegarse, porque la injusticia notoria del veredicto no se debatió previamente en las instancias; pues lo único que se hizo fue reclamar contra el cuestionario que se le tachó de irregular.

Segunda causal: Se alega también que la sentencia es violatoria de los artículos 598 del Código Penal, 3º y B del Acto Legislativo número 3 de 1910 y 596 del Código Penal, por mala interpretación y por indebida aplicación de tales disposiciones legales; es decir, se proponen nuevos motivos para fundar la primera causal de casación.

Y al respecto se sostiene que la respuesta que dio el Jurado a la segunda cuestión, no puede servir como base para una condenación de asesinato, porque se omitió preguntar sobre la traición, elemento que complementa los conceptos de alevosía y sobreseguro para formar todos la circunstancia que se dio por cumplida en orden a calificar el homicidio como asesinato.

Se contesta: de conformidad con lo preceptuado por el artículo 586 del Código Penal, el que premeditadamente mata con alevosía, o a traición y sobreseguro, comete un asesinato. Según la expresión misma de la ley, la alevosía entraña las ideas de a traición y sobreseguro, y por consiguiente, afirmada la alevosía, o afirmadas las circunstancias de a traición y sobreseguro, se afirma una circunstancia bastante para calificar un homicidio premeditado como asesinato.

Así, pues, como en el caso en cuestión el Jurado afirmó que el acusado Rueda cometió el hecho a que se refiere la primera serie, con alevosía y sobreseguro, no puede menos que reconocerse que la sentencia recurrida es fundada en cuanto, bajo esa base, sancionó el homicidio con las penas del asesinato, y por lo mismo no se aplicaron ni se interpretaron indebidamente las disposiciones penales que señala el recurrente.

Tercera causal: "La sentencia recurrida, se sostiene, es violatoria de la Ley procedimental, por cuanto se dictó sobre un juicio viciado de nulidad sustancial.

En orden a respaldar dicha causal alega el recurrente que se negó la práctica de una prueba testimonial de seis testigos, fundándose el Juez en una errada interpretación del artículo 1697 del Código de Procedimiento Penal, y, además, que el cuestionario propuesto por el Juez Superior no se hizo de conformidad con las prescripciones legales, pues que no se preguntó a los Jura-

dos sobre hechos, sino sobre conceptos jurídicos.

En cuanto a lo primero, se observa que en realidad no se ha negado prueba. Lo que ocurrió fue lo siguiente: para establecer antecedentes favorables al acusado se solicitó una prueba testimonial con un interrogatorio para seis testigos, prueba que el Juez decretó favorablemente, agregando que en virtur de lo dispuesto por el artículo 1697 del Código Judicial, sólo se recibiera declaración a los cinco primeros testigos.

Como se ve, no hay negación de prueba y por lo tanto, carecen de base los razonamientos que sobre dicho supuesto aduce el recurrente.

En cuanto a la segunda, como lo reconoció el Tribunal sentenciador, hubiera sido más conveniente que el cuestionario se hubiera formulado del modo que lo expresa el recurrente; pero no es menos cierto que la manera como aparece formulado, que es la que se ha acostumbrado en la generalidad de los Juzgados Superiores, y que no ofrece dificultad alguna a la intelección de los Jurados, no alcanza a dar motivo a una nulidad sustancial del procedimiento, pues esas nulidades, como lo expresa el señor Procurador General de la Nución, están taxativamente determinadas en los artículos 264 y 265 de la Ley 57 de 1887, y entre ellas no figuran las alegadas por el recurrente.

Cuarta causal.—"La sentencia recurrida es violatoria de la Ley Penal, por cuanto hubo error en la apreciación del cuerpo del delito".

Para sostener dicha causal se alega: "En efecto: uno de los elementos del cuerpo del delito de homicidio es la relación de causalidad entre la herida que infirió Demetrio Rueda, y la muerte de Alejandro Suárez. Ese elemento del cuerpo del delito de homicidio aparece demostrado incompletamente, insuficiente, con una prueba semiplena". Efectivamente, al folio 6 V. del proceso figura el acta de autopsia firmada por un solo perito, el Médico Legista doctor Salvador Pérez. La ley exige la concurrencia de dos peritos en estos casos para que la prueba pericial tenga valor de plena o completa (Código de procedimiento criminal, arts. 1665, 1674 y 1686). Con esa autopsia firmada únicamente por un solo perito no se podía ni siquiera llamar a juicio, porque faltaba plena demostración del cuerpo del delito de homicidio. La aplicación de los principios sobre tarifa legal de pruebas tienen que respetarse integralmente, y en este caso tienen que llevar al Magistrado a desconocer una prueba pericial formada por un solo facultativo".

Se contesta: es verdad que se incurrió en una omisión al no nombrar un segundo perito para aquella diligencia; pero no es menos cierto que esa omisión, en el caso, está suplida satisfactoriamente con otros de los elementos probatorios reconocidos por la ley, con los cuales quedó establecido de manera plena y evidente el cuerpo del delito. Se acoge al respecto lo que expresa sobre los argumentos transcritos el señor Procurador General: "El hecho de que la diligencia de autopsia aparezca firmada solamente por el médico legista doctor Pérez, es decir, por un solo perito, no quita su carácter de plena a la prueba del cuerpo del delito, porque éste se demuestra, según el artículo 157 de la ley 40 de 1907, no sólo por el reconocimiento pericial, sino también con las deposiciones de los testigos que hayan visto o sepan de otro modo la perpetración del hecho, o con indicios necesarios o vehementes que produzcan el pleno convencimiento de dicha perpetración. Y el señor recurrente no podrá negar que existen testigos e indicios más que suficientes para dejar fuéra de duda que Rueda quitó la vida a Suárez, por medio de una puñalada en la espalda.

Las razones expuestas son suficientes para concluír que las causales alegadas no dan base para infirmar la sentencia.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia recurrida.

Notifíquese, cópiese, publíquese y devuélvase el expediente.

Pedro Alejo Rodríguez, Francisco de P. Santander, José Domingo Rojas.—Alberto Malo B., Srio. en ppd.

ROBO Y SUPOSICION DE TITULOS.—CANTIDAD Y NATURALEZA DE LA PENA IMPUESTA AL REO PARA QUE PROCEDA EL RECURSO DE CASACION

Se declara inadmisible el recurso de casación por la pena principal de presidio impuesta, no alcanza a seis años y no es dable acumular a ella la accesoria de relegación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo criminal.—Bogotá, once de julio de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo).

El Juez 1º del Circuito en lo Criminal de Medellín, por sentencia de fecha veinticuatro de julio del año próximo pasado, condenó, en asocio de otros, a Luis Eduardo Arango, por los delitos de robo y suposición de títulos, a sufrir la pena de tres años y diez meses de presidio, y además, como consta en autos que Arango había sido condenado a un mes de reclusión por delito contra la propiedad a la vigencia de la Ley 105 de 1922, le impuso, además, relegación a Colonia Penal y Agrícola por tres años (arts. 2º y 9º de la Ley citada).

Apelado el fallo por los procesados, subió al respectivo Tribunal, entidad que por sentencia de fecha treinta de octubre del mismo año pasado lo confirmó en todas sus partes.

Contra la sentencia del Tribunal, el reo Luis Eduardo Arango interpuso recurso de casación, invocando simplemente las leyes 78 de 1923 y 118 de 1931, aunque sin aducir las causales pertinentes.

El Tribunal concedió el recurso mediante las siguientes consideraciones:

"Por medio del memorial que precede, fechado el diez de noviembre próximo pasado y puesto al despacho el trece del mismo mes, el reo de autos Luis Eduardo Arango manifiesta que interpone recurso de Casación contra el fallo de última instancia proferido por el Tribunal con fecha treinta de octubre del presente año, y en virtud del cual se confirmó la sentencia de primer grado constante a folios 155 de este expediente.

"Por medio de una sentencia el citado Arango fue condenado a tres años y diez meses de presidio como pena principal, y como reincidente específico a tres años de relegación a una colonia penal y agrícola, fuera de las anexas de rigor.

"Como se ve, el caso que se estudia encaja dentro de lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 78 de 1923, en cuanto la sentencia de que se trata es definitiva y fue proferida por el Tribunal en última instancia, pero en relación con la pena que de ella se deduce para el reo, no es bien claro que esté dentro de las circunstancias de la Ley en mención.

"Y se dice que no hay suficiente claridad al respecto, porque, de una parte, parece que la pena principal no pueda agregarse a la accesoria para efectos del recurso de Casación, y de otra, es dudosa, para los mismos efectos, la naturaleza de la pena de relegación a colonia penal y agrícola.

"Empero, la duda que se presenta acerca del punto materia de esta providencia, debe resolverse en favor del reo, por cuyo motivo habrá de concederse el recurso solicitado, en virtud de que la pena corporal excede de seis años, al fin y al cabo.

"De consiguiente, para ante la honorable Corte Suprema de Jusitcia se concede el recurso de Casación interpuesto en el memorial que inmediatamente precede, por el reo Luis Eduardo Arango, contra la sentencia ya mencionada.

"Previas las formalidades legales, remítase, en consecuencia, el proceso al conocimiento de dicha Superioridad".

En tal virtud, los autos del proceso han venido a la Corte, donde agotados como se hallan los trámites correspondientes, ha llegado el momento de resolver sobre el particular lo que fuere legal.

No se ve que estuviera obligado el Tribunal a conceder el recurso de que se trata, desde luego que el recurso de casación se ha establecido para las sentencias definitivas que impongan una pena homogénea de seis o más años; y que el juez 1º del Circuito de Medellín sólo impuso la pena de tres años y diez meses a Luis Eduardo Arango por los delitos de que se le sindicó, pues la relegación a una colonia penal y agrícola no puede en manera alguna acumularse a la primera para que de la suma le resulte un guarismo mayor de seis años, ya que la primera pena es de presidio y la relegación es una accesoria de naturaleza distinta, impuesta para casos de reincidencias a los delincuentes inveterados o habituales cuando no han logrado las sanciones penales sufridas antes de producir la enmienda o regeneración de determinados criminales.

El artículo 1º de la Ley 78 de 1923, es

claro y terminante y da la norma para casos como el que se contempla.

Dice así: "Establécese el recurso de casación en asuntos criminales, contra las sentencias definitivas que pronuncien en última instancia los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y de las cuales resulte al reo imposición de una pena que sea o exceda de seis años de presidio, reclusión o prisión".

En realidad, la sentencia contra la cual el Tribunal concedió el recurso de casación condena a Arango a la pena de tres años y diez meses de presidio, pues la relegación por tres años a una colonia penal y agrícola, claramente se ve del contexto literal del artículo 2º de la Ley 105 de 1922, que no es una pena principal. La pena de presidio, por las características que tiene en su aplicación, y por la disciplina interna de los penales, difiere sustancialmente de la relegación, como tan claramente lo define el parágrafo 1º del artículo 10 de la citada ley, cuando dice: "Estas colonias se reorganizarán bajo un régimen que responda a una pena accesoria (subraya la Corte), simplemente restrictiva de la libertad, señalando domicilio obligado a los sentenciados y el radio preciso de acción que lo comprenda". De donde resultaría injurídico sumar una pena de relegación a otra de presidio por coincidir ambas en sancionar hechos delictuosos que merecen en conjunto las dos penas. Entre las dos hay una verdadera diferencia específica.

La intención del legislador que promulgó la Ley 105 de 1922 no fue otra que la de establecer con tales colonias algo así como sanatorios morales para aquellos reincidentes en quienes las sanciones del Código Penal, limitadas según la cuantía o categoría del delito, no alcanzan a efectuar una completa regeneración moral que los devuelva a la sociedad curados del morbo de la delincuencia. Para esos tales se necesitaba el establecimiento de las colonias penales y agrícolas, donde por medio del trabajo, se lograra con el tiempo su completa regeneración y utilización para la vida legal y ordenada de la sociedad. Luego el cómputo de las dos penas acumuladas por el Tribunal Superior de Medellín para los efectos de casación, es, como ya se ha visto, absolutamente injurídico, y la Corte en este caso carece de facultad para detenerse en el estudio del recurso interpuesto.

Por lo demás, el artículo 10 de la Ley 90 de 1920 previene que si la sentencia recurrida no es de aquellas contra las cuales pueda interponerse casación, la Sala falle en decisión especial, declarando inadmisible el recurso.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley declara inadmisible este recurso de casación.

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

Pedro Alejo Rodríguez, José Antonio Montalvo, Manuel Antonio Bravo.—Alberto Malo Baños. Srio. en pp.

FUERZA Y VIOLENCIA

No prospera la primera causal alegada: la fijación de un nuevo día para la celebración del juicio en el presente caso no vició de nulidad el proceso. No es misión de la Corte examinar de nuevo las pruebas sobre las cuales falló el Jurado, salvo el caso de que se trate de cuestiones técnicas, como las referentes al cuerpo del delito, caso en el cual la Corte de Casación entra a examinar asuntos de hecho prescindiendo del veredicto y aun contra el mismo veredicto. La tercera causal alegada de ser la sentencia violatoria de la ley por haberse dictado sobre un veredicto viciado de injusticia notoria, no es procedente porque la cuestión no fue debatida en las instancias.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, diecinueve de julio de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo).

Fermín Reina, a quien el Juzgado Segundo Superior del Distrito Judicial de Tunja condenó a sufrir la pena de ocho años de presidio por el delito de fuerza y violencia, consistente en haber hecho uso carnal de la impúber Elvia o Elvira Mora, interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del mismo Distrito Judicial de Tunja, fechada el veinte de noviembre de mil novecientos treinta y cuatro.

El escrito en que se interpone el recurso dice, en lo pertinente: "Desde ahora manifiesto que existen las causales de ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por mala apreciación de la prueba y estar dictada sobre un juicio viciado de nulidad". Y dentro del término del traslado otorgado al recurrente en la Corte, fundó su recurso en "las causales de que tratan los puntos 2º, 3º y 5º de la Ley 118 de 1931".

De acuerdo con el artículo 5º de la precitada ley no era necesario que el recurrente expresase al tiempo de interponer el recurso, la causal o causales que le sirven de fundamento; y para conocer y fallar sobre éste bástale a la Corte el que ante ella se hayan invocado las causales que el sentenciado estima pertinentes. En tal virtud, la Corte procede a examinar dichas causales, tomando en cuenta las razones expuestas por el recurrente respecto de cada una de ellas.

La cuestión de hecho aparece amplia y fielmente relatada en el fallo recurrido y lo pertinente de éste aparece transcrito en la vista del señor Procurador General de la Nación.

Inútil repetición de este relato hacía la Sala en el presente fallo, puesto que ella, como Corte de Casación no es Juez de los hechos sino de la sentencia acusada o recurrida en casación.

Primera causal alegada: ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse dictado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial según la ley.

Arguye el recurrente que a folios 40 del Cuaderno principal "aparece el auto de fecha doce de julio de mil novecientos treinta y cuatro por medio de la cual se cita el día 30 del mismo mes para celebrar la audiencia pública; que a continuación de este auto viene una diligencia de notificación a los señores miembros del Jurado y se hace constar **que son notificados personalmente;** a continuación de esta diligencia, aparece un certificado, de fecha primero de agosto del mismo año y se dice por el señor Secretario del Juzgado, que no fue posible notificar al señor Leandro Miguel Quevedo, miembro del Jurado, y pasan las diligencias al despacho del señor Juez".

Alega el recurrente que el día señalado para la audiencia estaba su defensor "en debida preparación para defenderlo, lo que no sucedió después por sus múltiples quehaceres"; y efectivamente la audiencia no se llevó a cabo el lunes treinta de julio, como estaba señalado en auto de fecha doce del mismo mes, sino el cinco de septiembre y en cumplimiento de lo dispuesto por auto fechado el once de agosto, que se notificó personalmente a las partes y a los miembros del Jurado, según diligencia de treinta de agosto. El acta de la audiencia pública, visible a folios 48 y siguientes del cuaderno principal, dice que se constituyó en audiencia pública el señor Juez, asociado del señor Fiscal, del defensor doctor Gonzalo Rodríguez Suárez, de los miembros del Jurado, del procesado Fermín Reina y del Secretario; y en tal acta, que estrictamente no tendría por qué aparecer firmada sino por el Juez y el Secretario, aparecen las firmas de

los Jurados, del Fiscal, del procesado y del defensor. La precaución no indispensable de haber hecho firmar así el acta de audiencia resulta provechosa en el presente caso, para despejar cualquiera duda que pudiese sugerir la alegación hecha por el sindicado. En la misma acta consta que el defensor cumplió ampliamente con su deber de alegar en pro del acusado y así lo reconoce también la sentencia.

En resumen: ocurrió simplemente que se señaló día para la audiencia; que ésta no pudo efectuarse el día señalado, por no haberse podido notificar a uno de los miembros del Jurado; que se hizo nuevo señalamiento de día, providencia en debida forma notificada a las partes; que el día señalado se efectuó el juicio público, y que en tal audiencia tomaron parte activa el procesado y su defensor. No se halla, pues, por este aspecto, que el juicio esté viciado de nulidad, pues casi no hay proceso penal de aquellos en que interviene el Jurado, en que no aparezca que una o más veces se haya frustrado la celebración del juicio por no haberse podido hacer la notificación a todos los jurados, y aun hecha tal notificación; y lo que invalidaría en tal caso el procedimiento sería el hecho de "no haberse celebrado el juicio el día y hora señalado, siempre que la diligencia se haya practicado sin la asistencia de la parte que alega la nulidad" (ordinal 8º del art. 264, Ley 57 de 1887).

Tinosamente anota el señor Procurador cómo en los juicios por jurado, "las causales de nulidad las señala expresa y taxativamente los artículos 264 y 265 de la Ley 57 de 1887, y entre ellas no se encuentran las circunstancias que indica el recurrente. Al contrario, el artículo 266 *ibidem* dispone:

"Fuéra de los casos previstos en los dos artículos anteriores, no puede ordenarse la reposición del proceso, cualesquiera que sean las omisiones o las irregularidades que en él se noten":

De lo expuesto se deduce que no puede prosperar el recurso de casación que se está estudiando, por lo que hace a la tercera causal del artículo 3º de la Ley 118 de 1931.

Segunda causal alegada: "La sentencia es violatoria de la ley, por cuanto existe error en la apreciación de la prueba en (sic) la responsabilidad acusada (sic)".

Dice al respecto el señor Procurador General de la Nación: "Esta causal, en la forma en que la presenta el recurrente, no la reconoce la ley. El error en la apreciación de la prueba relativa a la responsabilidad del acusado, es muy distinto del error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito. De suerte que lo que digan los testigos en orden a la demostración de que Reina fue el autor del delito, no es fundamento de la causal tercera reconocida por la ley. En consecuencia, todo lo alegado al respecto está fuéra de lugar".

A esta procedente consideración del señor Procurador agrega la Corte que no es misión de ella, como Corte de Casación, examinar de nuevo las pruebas sobre las cuales falló el Jurado como tribunal de conciencia: Para el juez de derecho y, por ende, para el Tribunal sentenciador, la decisión del Jurado es un "veredicto", es decir, "Lo dicho con verdad". De suerte que el Jurado debe fundar su veredicto en las pruebas del proceso; pero el juez de derecho y el Tribunal deben fundar su sentencia en el veredicto como prueba.

Sólo tratándose de cuestiones técnicas, como son las referentes al cuerpo del delito, entra la Corte de casación a examinar cuestiones de hecho prescindiendo del veredicto del jurado y aun contra tal veredicto. Y la razón es clara: la misión del Jurado es apreciar en conciencia la responsabilidad, hacer "la calificación de los hechos criminosos" (art. 236 de la Ley 57 de 1887); los jurados "no ejercen jurisdicción, ni son los que condenan o absuelven a los acusados, ni su misión tiene por objeto la persecución ni el castigo de los delitos, sino sólo el decidir si el acusado es o no culpable del crimen que se le imputa" (art. 304 de la misma Ley 57).

Si la Corte procediera a analizar cada una de las pruebas de la responsabilidad y a hacer el estudio crítico de ellas, se convertiría en un tribunal de instancia y desnaturalizaría su oficio de Supremo Tribunal de casación. De ahí que la Corte se abstenga de aludir a las apreciaciones que el recurrente formula sobre las pruebas testimoniales del proceso.

Estas consideraciones hacen ver cómo tampoco resulta fundada la causal de casación que en segundo término invoca el recurrente, causal que como aparece formulada en el alegato, no corresponde a ninguna de las previstas o establecidas por el artículo 3º de la Ley 118 de 1931.

Si sobre este particular pudiese quedar algún reato por la posibilidad de que se haya dictado sentencia condenatoria sin pruebas suficientes del delito o de la imputabilidad, se desvanecería al examinar la tercera causal de casación alegada, como en efecto pasa la Corte a hacerlo.

Tercera causal alegada: "Ser la sentencia violatoria de la ley, por haberse dictado sobre un veredicto viciado de injusticia notoria, siempre que esta cuestión haya sido debatida previamente en las instancias".

No formuló el recurrente la causal en los términos que acaban de expresarse; pero como al menos aludió a la 5ª de las causales de casación enumeradas por la ley, se enuncia dicha causal en los mismos términos en que la ley la establece o expresa.

Dice el señor Procurador General que "el veredicto no es injusto, porque el tribunal de conciencia tuvo elementos suficientes para declarar la responsabilidad de Reina. Por eso ni el juez a quo ni el de segunda instancia pensaron siquiera en que se había pecado contra la evidencia, contra la verdad procesal".

El numeral 5º del artículo 3º, Ley 118 de 1931, exige, para que la Corte pueda casar una sentencia por notoria injusticia del veredicto del Jurado, la circunstancia de "que esta cuestión haya sido debatida previamente en las instancias". En el proceso sobre el cual se profirió la sentencia que la Corte está considerando en casación, no se halla el menor vestigio de que en ninguna de las dos instancias se hubiese debatido el punto de injusticia notoria del veredicto: esta sola consideración demuestra que la Corte está inhibida para tomar en cuenta la causal de casación invocada. El Tribunal sentenciador, después de analizar las pruebas del proceso, se pronuncia así: "En presencia de los indicios referidos, suficientes para respaldar el veredicto del Jurado, no se puede afirmar que éste sea contrario a la evidencia y, por ende, injusto".

Y por otra parte, el juzgado a quo dijo en la sentencia, después de un buen análisis de las pruebas, y dijo muy bien, que "el jurado es soberano en la apreciación de las pruebas y sus deberes y norma en el cumplimiento de su misión están comprendidas en la disposición contenida en el artículo 304 de la Ley 57 de 1887, que al efecto dice: '... La ley no pide cuenta a los jurados de los medios por los cuales llegan a adquirir el convencimiento; ni les prescribe reglas de que deban deducir la plenitud y las suficiencia de las pruebas...'

Si la ley no pide cuenta a los jurados de las razones o motivos de su fallo, tampoco puede pedírselo el juez de derecho al Tribunal sentenciador que previamente han calificado el mérito de las pruebas; necesariamente el primero al dictar auto de proceder y eventualmente el segundo, al conocer de la apelación a tal auto.

Tampoco puede, pues, prosperar el recurso por la causal que se acaba de examinar.

Agotado el examen de las tres causales invocadas por el recurrente, la Corte Suprema de Justicia, por medio de su Sala de Casación en lo criminal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y procediendo de acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación, declara que no es el caso de infirmar, y **no infirma**, la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, con fecha quince de septiembre de mil novecientos treinta y cuatro, contra Fermín Reina, por el delito de fuerza y violencia perpetrado en la impúber Elvia o Elvira Mora.

Cópiese, notifíquese, publíqueso en la GACETA JUDICIAL, y devuélvase el expediente.

Pedro Alejo Rodríguez, José Antonio Montalvo, Manuel Antonio Bravo.—Alberto Mallo Baños, Srio. en ppd.

RAPTO.—ANALISIS DE LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES Y ATENUANTES EXAMINADAS POR EL RECURRENTE

Los artículos 117 y 118 del Código Penal establecen de modo taxativo todos y cada uno de los hechos que constituyen circunstancias agravantes y atenuantes para los efectos penales, ya que a pesar de lo que dispone el artículo 119 ibidem no es admisible en Derecho Penal calificar y aplicar por mera semejanza o analogía como circunstancias agravantes y atenuantes hechos que no están contenidos en aquellas disposiciones. La circunstancia agravante de la mayor frecuencia de cierto delito debe aparecer probada en los autos.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, julio veintidós de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Manuel Antonio Bravo).

El diecinueve de octubre de mil novecientos treinta y cuatro dictó sentencia condenatoria el Juzgado Superior del Distrito Judicial de Barranquilla contra Nicolás Lindo por dos delitos de rapto, con base en el veredicto del Jurado de Calificación y aplicando el artículo 692 del Código Penal. Calificada la delincuencia en segundo grado, el reo fue condenado a seis años de presidio.

A los Jueces de hecho les fueron sometidos estos cuestionarios:

"El acusado Nicolás Lindo es responsable, sí o no, de haberse llevado, consintiéndolo ella, a la menor Juana Rodríguez, sustrayéndola del cuidado y protección de su hermano Rafael Rodríguez; hecho ocurrido en esta ciudad en las primeras horas de la noche del siete de septiembre de mil novecientos veintinueve?"

"El acusado Nicolás Lindo es responsable, sí o no, de haberse llevado, consintiéndolo ella, a la menor María Concepción Torrenegra, sustrayéndola del cuidado y protección de su madre Angela Roa; hecho ocurrido en esta ciudad el día once de junio de mil novecientos treinta y tres como a las siete de la noche?"

Los Jueces de hecho absolvieron afirmativamente ambos cuestionarios.

Cuando el procesado cometió el primer delito tenía dieciocho años de edad, y el segundo fue cometido cuatro años después, cuando dicho individuo se hallaba en la mayor edad.

Para la calificación de la delincuencia, el señor Juez de primera instancia consideró como circunstancia agravante la mayor necesidad que tiene la sociedad de escarmiento por la mayor frecuencia de los delitos, puesto que la estadística llevada en su oficina arrojaba un volumen considerable de sumarios y causas por el delito de rapto que había tomado ya proporciones alarmantes en la ciudad de Barranquilla; y como circunstancias atenuantes tomó en cuenta la menor edad del reo, su buena conducta anterior, la exaltación pasional del momento y el tratarse del primer delito. Es decir, anotó una sola circunstancia agravante y varias atenuantes.

En consecuencia, le impuso al reo tres años de presidio por cada uno de los delitos de rapto, puesto que el artículo 692 del Código Penal sanciona este delito con la pena de uno a cinco años de presidio.

El Tribunal Superior de Barranquilla, al revisar la causa en segunda instancia, apreció los hechos circunstanciales de muy distinta manera y reformó el fallo en el sentido de aumentar la pena aflictiva a ocho años de presidio. Para el efecto, el mencionado Tribunal argumenta de este modo:

"La calificación, pues, en el segundo grado respecto al delito de rapto cometido por el reo en la persona de la menor Juana Rodríguez, es correcta por ajustada al derecho. No aparece así en lo tocante al delito perpetrado por el mismo reo en la menor María Concepción Torrenegra, años después de que llevó a cabo el primer delito. En este último caso milita la misma circunstancia agravante que arriba se apuntó y desapareció completamente la atenuante cuarta del artículo 118 del Código Penal; pues ya éste no era el primer delito ni puede afirmarse entonces que la conducta anterior del delincuente había sido constantemente buena. Este postrer delito debe calificarse en primer grado por ausencia de la atenuante de que el fallo habla".

Contra esta sentencia de segunda instancia interpuso el reo recurso de casación y ante esta Superioridad su apoderado defensor sustenta el recurso manifestando que el fallo es violatorio de la ley penal por mala interpretación de ella y por indebida aplicación de la misma. Y al efecto, conviene transcribir los principales argumentos en que apoya el recurso:

"Organizados los puntos básicos de la primera causal de que trata el artículo 3º ya mencionado, tenemos que admitir que se interpretó y se aplicó mal el artículo 692 del Código Penal por las razones siguientes:

a) Porque si para el primer delito que fue calificado como de segundo grado había una pauta de uno a cinco años de presidio, estando esa graduación equidistante entre los dos extremos que la ley asigna para los delincuentes que se coloquen en el primero o en el tercer grado, lo lógico es que también se guardara esa equidistancia en la pena, o sea que a Lindo se le aplicara un número de años que respondiera precisamente a la cifra media entre los dos que el Código Penal pone como mínimo y como cantidad máxima, o sean dos años y medio;

b) Porque en la sentencia recurrida, lejos de tomar ese punto intermedio, se hizo un distingo anodino y extraño entre la sanción que debía aplicarse al hecho verificado con Juana Rodríguez y el hecho llevado a cabo posteriormente con María Concepción Torrenegra, desde luego que se sostuvo que para el primero la calificación en el segundo grado respecto del primer delito de rapto cometido por el reo en la persona de la menor Juana Rodríguez es correcta por ajustada al derecho y que no aparece así en lo tocante al delito perpetrado por el mismo reo en la menor María Concepción Torrenegra;

c) Porque sin decirlo expresamente el Tribunal guió ilegalmente su voluntad punitiva y su criterio fallador por los senderos de la reincidencia al decir que Lindo quebrantó dos veces y en fechas distintas la ley, y se hizo por tanto acreedor dos veces a la sanción que marca a sus infractores el artículo 692 del Código Penal;

d) Porque dijo sin respaldo legal que la circunstancia de no estar acreditado el hecho de que el rapto sea uno de los delitos que aquí se cometen con mayor frecuencia, no era preciso que apareciera de los autos para que el juzgador la tenga en cuenta como la tuvo;

e) Porque en el fallo recurrido para el primer rapto no se tuvo en cuenta para así aplicarle el mínimum de la pena la corta edad del delincuente (dieciocho años), ni su falta de ilustración ni la pasión del amor de que tratan los numerales 1º y 2º del artículo 118 del Código Penal que también denunció como violados por la sentencia en estudio; y para ambos hechos a lo que respecta a su graduación se omitió la circunstancia de que las menores Rodríguez y Torrenegra confesaron, libres de apremio, que por sus amoríos con el señor Lindo, sin fuerza, violencia o coacción de éste para con ellas, por su propio consentimiento fueron a hacer vida marital fuera de sus respectivas casas, circunstancias de verdadera atenuación que sí están probadas y no merecieron discreta observancia por el Tribunal de Barranquilla, según el querer del artículo 119 del Código Penal.

"Queda, pues, suficientemente demostrada la violación de la ley sustantiva por el argumento traído por el aparte a). En cuanto al aparte b) se respalda advirtiéndose que si en sana justicia hubiera podido corresponderle dos años y medio por el primer hecho, mal podía aplicarse por el segundo cinco años y medio para completar los ocho de la sentencia, ya que en esta última se sobrepasa el máximum de la ley".

"En cuanto al parágrafo c), queda demostrado el vicio de la sentencia con sólo recordarse lo que dispone el artículo 140 del Código Penal sobre reincidencia. La ley, pues, exige un fallo dictado contra el mismo autor de otro hecho por el que se le juzga, y como de autos aparece que a Lindo no se le había condenado anteriormente por sentencia ejecutoriada, el Tribunal que creyó ver circunstancia agravante en una reincidencia no juzgada aplicó mal la ley sustantiva tanto en la graduación del delincuente como en la pena que le puso.

"En lo que hace relación con el aparte d) no es aventurado sostener que el conocimiento personal que un Juez de derecho como lo es el Juez Superior y consecuencialmente el Tribunal no puede fallar instancia alguna ni ningún caso concreto sobre hechos que le parezcan de frecuente suceso en la sociedad en que tiene jurisdicción, sino que tiene que ceñirse, circunscribirse y referirse de manera perentoria a los hechos comprobados en los autos. Ese funcionario, en nuestro caso el Tribunal Superior de Barranquilla, no es Juez de conciencia, y si en una sentencia como la que ahora se trata de revisar alardea de ese carácter, su fallo viola el derecho que el procesado tiene para que se compruebe la mayor frecuencia del delito y no referirse a estadísticas generales que puedan llevarse en el Juzgado Superior.

"El aparte e) se justifica si se tiene en cuenta que al solo agravante de la repetición del hecho de rapto se contraponen las circunstancias atenuantes que en ese aparte quedan relacionadas. Porque por experiencia todos los sabemos que no solamente a los dieciocho años sino después de los vein-

tiuno el hombre, sobre todo el de cultura inferior como el señor Lindo (mecánico de profesión y que escasamente sabe firmar), la edad es su factor decisivo en cierto género de actos humanos. Nuestro Código, y con él los de los países de más larga civilización, distinguen entre el rapto frío, de verdaderas inclinaciones morbosas, y el hecho que se realiza al amparo de reacciones amorosas comunes en que varón y mujer insensiblemente contribuyen recíprocamente a exaltaciones sexuales que culminan en trances como el que aquí se dilucida. Y de esta suerte, si para ambos casos juzgados y castigados por el Tribunal Superior de Barranquilla, se omitió la consideración de esas circunstancias, claro es admitir que se pasó por lo alto el artículo 118 del Código Penal y consecuencialmente se violó esa ley sustantiva que sirve de punto de apoyo para la sanción que trae el artículo 692 de la misma obra.

"Pero es más; no obstante lo dicho anteriormente, considero que se incurrió en la primera causal de casación, porque para el primer hecho, o sea el cometido con Juana Rodríguez, se calificó en segundo grado, debiendo hacerlo en el tercero, desde luego que por mandato del artículo 123 del Código Penal, cuando hubiere circunstancias atenuantes y ninguna agravante la calificación se hará en tercer grado; y es así que —como ya vimos— cuando Lindo se llevó a Juana Rodríguez lo hizo con expreso consentimiento de ella, en el desarrollo de sus amoríos, teniendo él dieciocho años de edad, con magnífica conducta anterior, sin negocios pendientes ante la justicia, sin mayor cultura, circunstancias todas éstas atenuantes y no tener ningún agravante, ha debido el Tribunal cumplir con el mandato del artículo 123 del Código Penal y decretar la calificación de tercer grado y no en la de segundo, como aparece en autos. Por este aspecto también la sentencia recurrida interpretó mal la ley sustantiva penal violándola en forma elemental.

"En resumen, se interpretaron mal los artículos 117, 118, 123, 140 del Código Penal, y consecuencialmente se aplicó de modo indebido el artículo 692 de la misma obra, extralimitándose el Tribunal en la pena de que mi poderdante merece".

En el fondo, lo que el defensor del reo reclama con insistencia contra el fallo recurrido, es que el Tribunal no calificó la delincuencia de su patrocinado de acuerdo con la ley y con los hechos circunstanciales que aparecen de manifiesto en el proceso. Sobre este particular la Corte toma en consideración lo que en seguida se expresa:

Los artículos 117 y 118 del Código Penal establecen de modo taxativo todos y cada uno de los hechos que constituyen circunstancias agravantes y atenuantes para los efectos penales, ya que a pesar de lo que dispone el artículo 119 ibídem no es admisible en Derecho Penal calificar y aplicar por mera semejanza o analogía como circunstancias agravantes y atenuantes hechos que no están contenidos en aquellas disposiciones.

En el sistema de mecanicismo de nuestro Código, que no se conforma en todo con los principios científicos, se ha establecido sin embargo una regla general de justicia para los diversos casos que puedan ocurrir en la graduación de los delitos, según las circunstancias.

Si hubiere circunstancias agravantes y ninguna atenuante, la calificación del delito se hará en el primer grado; al reo se le aplicará el máximo de la pena señalada en la ley, y podrá disminuírse hasta una sexta parte de la diferencia entre el máximo y el mínimo. Si hubiere circunstancias atenuantes y ninguna agravante, la calificación se hará en tercer grado; al delito se aplicará el mínimo de la pena, podrá aumentarse hasta una sexta parte entre el máximo y el mínimo.

Si concurrieren al mismo tiempo circunstancias atenuantes y agravantes, la calificación se hará en segundo grado; al delito se aplicará el término medio del mínimo y máximo señalado por la ley, y podrá aumentarse o disminuírse hasta una sexta parte de la diferencia entre el máximo y el mínimo.

Los dos delitos imputados a Nicolás Lindo, aunque fueron cometidos en distintas épocas, han sido sancionados en una misma sentencia. Pero esto no obsta para que puedan considerarse separadamente los hechos circunstanciales que los precedieron y rodearon a cada uno de ellos. Así, cuando Lindo se llevó consigo a Juana Rodríguez en la noche del siete de septiembre de mil novecientos veintinueve, el hecho delictuoso se halla favorecido por las circunstancias atenuantes que señalan los numerales 1º, 2º y 4º del artículo 118 arriba citado. Por entonces no se observa ninguna circunstancia agravante, comprobada en el proceso; porque no debe admitirse como tál la insinuación o afirmación que hace el Juzgado en el fallo de primera instancia respecto de la necesidad que tuviera la sociedad de Barran-

quilla de escarmientos por la mayor frecuencia de los raptos que allí ocurren, ateniéndose sólo al número de sumarios y causas que cursan en su despacho. Y en el supuesto de ser esto cierto, de autos no aparece la prueba respectiva. Por consiguiente, el rapto de Juana Rodríguez debe catalogarse en tercer grado y aplicársele al reo el mínimo de la pena, esto es, un año de presidio.

No sucede lo propio con el segundo rapto, hecho en la persona de María Concepción Torrenegra el once de julio de mil novecientos treinta y tres. Para entonces el procesado no aparece amparado sino por la circunstancias atenuante que señala el numeral 2º del artículo 118, es decir, el amor que movió al delincuente para llevarse a la menor, sustrayéndola de la vigilancia de la madre. Y ocurre contra él la mala conducta observada por el reo durante el proceso seguido por el primer rapto. Hay, pues, una circunstancia agravante y una atenuante, y el delito ha de catalogarse por fuerza en el segundo grado, que el Código sanciona con tres años de presidio, de acuerdo con lo que dispone el artículo 692.

De lo anteriormente expuesto se desprende que el Tribunal sentenciador violó las disposiciones penales referentes a la calificación de la delincuencia, esto es, el artículo 123 en relación con los 117 y 118 del Código Penal, y aplicó indebidamente el artículo 692 de la misma obra. Y por este concepto la Corte encuentra fundado el recurso y la sentencia debe casarse parcialmente.

En mérito de estas consideraciones, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con la opinión del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, invalida parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla pronunciada el dieciocho de diciembre de mil novecientos treinta y cuatro, y en consecuencia condena a Nicolás Lindo, mayor de edad y vecino de dicha ciudad, a la pena principal de cuatro años de presidio que sufrirá en la Penitenciaría que el Gobierno designe, por dos delitos de rapto, calificada la delincuencia del uno en tercer grado y la del otro en segundo, con aplicación del artículo 692 del Código Penal.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente.

Pedro Alejo Rodríguez, José Antonio Montalvo, Manuel Antonio Bravo.—Alberto Malo B., Srio. en ppd.

HOMICIDIO.—ANALISIS DE LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES INVOCADAS POR EL RECURRENTE

Lo que ha planteado el recurrente es un análisis de pruebas, ajeno a la competencia de la Corte en recurso de casación, puesto que no se refiere a la prueba del cuerpo del delito. El Tribunal, en su soberanía, concluyó que no había prueba de circunstancias agravantes, y como no se trata de apreciación de la prueba del cuerpo del delito, la Corte es incompetente para variar la apreciación que hizo el Tribunal. (Art. 3º, ordinal 3º, Ley 118 de 1931).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, julio veinticuatro de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez).

En la causa contra Alcibíades Ramírez por homicidio en la persona del señor José Joaquín Acosta, con fecha 19 de octubre de 1934, el Tribunal de Neiva hubo de reformar la sentencia proferida por el Juzgado Superior del mismo distrito judicial el 5 de julio anterior, en el sentido de reducir al reo la pena a seis años de presidio, confirmando el fallo en todo lo demás.

Ordenó también el Tribunal dar cumplimiento al artículo 16 del decreto número 944 de 1934, para los fines de la anotación de la sentencia en lo relativo a la privación de los derechos políticos, en el censo electoral permanente del domicilio del reo.

La parte resolutiva de la sentencia del Juzgado de Neiva es del siguiente tenor:

"... condena a Alcibíades Ramírez como responsable en segundo grado del delito de homicidio simplemente voluntario, y de acuerdo con el artículo 600 del Código Penal a sufrir en el panóptico de Ibagué o en el lugar que designe el Gobierno, la pena principal de nueve años de presidio, y a sufrir además las siguientes accesorias: pérdida de

todo empleo público y de toda pensión; privación perpetua de los derechos políticos; a perder en favor de la Nación el arma con que cometió el delito y a pagarlas costas procesales.

De la pena corporal impuesta al reo se descontará el tiempo que éste haya permanecido en detención o prisión preventiva por razón de este juicio".

Contra la sentencia del Tribunal, el señor Fiscal de esa entidad interpuso recurso de casación, y al efecto, en su alegato se expresa así:

"El señor Juez a quo calificó acertadamente el expresado delito de homicidio en segundo grado, porque halló comprobadas en el proceso circunstancias agravantes y atenuantes y en esta virtud le impuso al reo la pena corporal de nueve años de presidio, de conformidad con las disposiciones sustantivas penales que cita en su fallo.

Esta Fiscalía también encontró comprobadas en el proceso circunstancias agravantes y atenuantes y pidió al honorable Tribunal que se sostuviera la calificación del delito en segundo grado y se confirmara, en esta virtud, la sentencia recurrida en todas sus partes. Como circunstancias agravantes anotó la de que la agresión del homicida fue completamente inmotivada; la de que el occiso se encontraba completamente indefenso, y la de que éste no esperaba que fuese atacado en la forma como lo fue, es decir, con disparos de revólver. A las expresadas consideraciones cabe agregar la de que el reo provocó al occiso a riña y luégo, sin que recibiera ofensa alguna, lo atacó con su arma alevosamente.

El artículo 123 del Código Penal dice: 'Si hubiere circunstancias agravantes y ninguna atenuante, la calificación del delito se hará en primer grado; si hubiere circunstancias atenuantes y ninguna agravante, la calificación se hará en tercer grado; si hubiere al mismo tiempo circunstancias atenuantes y agravantes, la calificación se hará en segundo grado'.

Como en el caso contemplado concurrieron al mismo tiempo circunstancias agravantes y atenuantes, el delito se debe calificar en segundo grado, y como la sentencia del honorable Tribunal lo califica en tercer grado, viola, por errónea interpretación, la expresada disposición penal, y por este motivo interpongo el recurso de casación, fundado en la causal primera del artículo 3° de la citada ley 78 de 1923".

Ante la Corte el negocio, el señor Procurador pide la invalidación del fallo del Tribunal, para que sea reemplazado de conformidad con las peticiones del recurrente. Dice el señor Procurador:

"Este Ministerio está enteramente de acuerdo con el recurrente y admite como demostrada la causal que invoca, la cual es la misma que como primera señala el artículo 3° de la ley 118 de 1931. No cabe duda de que el juzgador en la segunda instancia interpretó erróneamente la disposición del artículo 123 del Código de las penas, pues basta que exista una sola circunstancia agravante para que la delincuencia no pueda calificarse en tercer grado. Y si no existen todas las que señala el Juez a quo, por lo menos no puede negarse que la víctima estaba indefensa en el acto mismo del ataque, y la circunstancia de la osadía y violencia de éste".

Agotados los trámites legales se pasa a resolver el recurso, previas las consideraciones siguientes:

Importa advertir que la causa de Ramírez fue decidida en Neiva, no obstante que el homicidio de Acosta tuvo lugar en Miraflores, del Distrito Judicial de Tunja, en virtud del cambio de radicación del negocio, oportunamente decretado.

Ahora, como en el caso de autos es base del recurso la aplicación que del artículo 123 del Código Penal se hizo por el Tribunal de Neiva, o sea la graduación del delito habida cuenta de las circunstancias agravantes y atenuantes, indispensable es que en el fallo obre una narración de los hechos ocurridos.

Basta al respecto la que se contiene en el auto de proceder del señor Juez Superior de Tunja, reseña acorde en un todo con las distintas piezas del proceso, según confrontación verificada por la Sala. Dice así:

"Entre la una y dos de la mañana del día veinticuatro de agosto de mil novecientos treinta y uno, se hallaban en una pieza del señor Manuel Bernal, situada en el centro de la población de Miraflores, los señores José Joaquín Acosta, Dionisio Rubio, Rosendo Vivas y Florentino López, departiendo amigablemente y como, según el decir de los testigos, lo acostumbraban a hacer con frecuencia. Hallándose a la hora citada los individuos que se acaban de nombrar, repentinamente se presentó entre ellos el señor Alcibíades Ramírez, quien llamó la atención del señor Acosta para el lado de la puerta de la calle, con el objeto de que dicho señor le prestara algún dinero para jugar. Don José Joaquín Acosta sacó su niquelera que portaba y se la entregó a Ramírez. Este la abrió y sacó la suma de doce centavos que

era toda la suma que contenía. Hecho esto, Ramírez salió. Transcurridos unos diez minutos, poco más o menos, según el dicho de los testigos, nuevamente se presentó el mencionado Ramírez acompañado de un muchacho quien portaba un tiple. Ramírez recibió de manos del muchacho el tiple y entró a la pieza en donde el señor Acosta se hallaba reunido con sus amigos. Como alguno de los que se hallaban en dicha pieza, exigiese del señor Acosta que cantara un bambuco, éste por complacerlo tomó el tiple que portaba Ramírez y comenzó a tararear una canción. Transcurrido algún tiempo, Ramírez volvió a tomar el tiple, cantando alguna canción que, según el dicho de los testigos presenciales, era una canción ofensiva. En vista de esto, el señor Acosta, en forma cortés y decente, exigió de Ramírez que no satirizara. A esta exigencia del señor Acosta, Ramírez contestó diciendo que era un ladrón (refiriéndose a Acosta), a lo cual replicó éste 'que él jamás había robado a nadie nada'. Acto seguido Ramírez exigió al señor Acosta que saliera a la calle. Ramírez se dirigió hacia la puerta de la calle, y al salir lanzó la siguiente expresión: 'O a la cárcel o al cementerio'. El señor José Joaquín Acosta se dirigió hacia la puerta y al instante Ramírez le hizo tres disparos de revólver, de los cuales cayó inmediatamente el señor Acosta".

Y la diligencia de autopsia del cadáver de Acosta reza como sigue:

"Practicamos la autopsia al occiso José Joaquín Acosta. El cadáver es el de un individuo vigoroso y bien constituido y se halla en excelente estado de conservación. En ninguna parte hallamos equimosis, contusiones, ni ninguna otra huella de que haya habido lucha. En el tercio externo de la clavícula izquierda encontramos una herida de forma ovalar producida por un proyectil de arma de fuego; sus bordes, un tanto irregulares, presentan en su contorno una orla equimótica. Un derrame sanguíneo manchaba la piel de la región de la herida, el que alcanzó a impregnar los vestidos interiores. El proyectil siguió oblicuamente de fuéra hacia adentro y de adelante hacia atrás; interesó la vena subclavia y sobre la primera costilla que fracturó, desvió su trayectoria y siguió, hacia abajo, hacia atrás y hacia adentro, penetrando en el lóbulo superior del pulmón izquierdo, a unos cinco centímetros de su cima; llegó a la arteria aorta, que atravesó en su porción descendente como a unos siete centímetros de su cayado y fracturó el reborde inferior de la tercera costilla izquierda en su inserción sobre la columna vertebral, perdiéndose el proyectil en los tejidos de esta región. Sobre la quinta costilla derecha, a tres centímetros del borde derecho del esternón, abajo y adentro de la tetilla derecha, hallámos otra herida de proyectil de arma de fuego, cuyo orificio de entrada es ovalado, irregular y un tanto inclinado hacia adentro; su contorno inmediato se halla apergaminado por el frote del proyectil al entrar. La herida está manchada de negro por el depósito de humo, y presenta, además, taraccos o tatuajes producidos por la pólvora. El proyectil siguió una dirección de arriba hacia abajo y algo oblicua de fuera hacia dentro, en su trayecto extratorácico; penetró en la base del tórax al nivel del reborde inferior de la sexta costilla derecha, que alcanzó a interesar poco más o menos a dos centímetros del borde derecho del esternón; sobre esta costilla cambió de dirección, y siguió hacia abajo, hacia afuera y hacia atrás, perforó el diafragma, penetró en la cavidad abdominal y atravesó el hígado, el cólon transverso, el peritóneo, y vino a salir a unos tres centímetros de la cresta ilíaca derecha al nivel de su tercio posterior, dejando un orificio pequeño e irregular. Observando los caracteres de estas dos heridas, vemos que la herida de la región clavicular le ocasionó una enorme hemorragia en la cavidad torácica que formaba numerosos coágulos; y otra hemorragia externa que manchó los vestidos; por consiguiente, esta herida, vista la importancia de los órganos que interesó, le produjo la muerte instantánea, y además nos induce a creer que fue también la primera que recibió el occiso, pues la otra se hallaba completamente exangüe. Además, el examen de los vestidos de la víctima como los caracteres de las heridas ya descritas, tales como la presencia o ausencia de depósitos de humo, taraccos, etc., nos permiten conceptuar que la herida de la región superior del tórax fue hecha a más de un metro de distancia, en tanto que la de la región inferior fue producida a una distancia menor. En la rodilla izquierda, hacia su parte externa, hallamos una excoriación de la piel ocasionada por la caída. Los demás órganos los encontrámos normales. Según lo anteriormente expuesto podemos concluír: 1º José Joaquín Acosta murió instantáneamente a consecuencia de una gran hemorragia que le ocasionó la herida superior del tórax. 2º Dicha herida, hecha a una distancia mayor de un metro, fue la primera que recibió la víctima. 3º Estos disparos fueron producidos

por un revólver de la marca Smith & Wesson calibre 32. 4º La herida de la región torácica inferior fue practicada a una distancia menor de un metro, y aunque de suma gravedad, no le había podido ocasionar la muerte inmediatamente".

Debe agregarse que luégo de ocurrido el suceso, Ramírez se presentó voluntariamente a las autoridades.

El análisis que por el Juzgado Superior de Neiva y por el Tribunal se hace de las circunstancias atenuantes y agravantes, es a saber:

Dice el Juzgado:

"La mayor alarma producida por el delito en la sociedad de que era la víctima miembro muy distinguido; el haberse efectuado el ataque fatal hallándose el atacado en estado de indefensión; el haber procedido el agresor con notoria saña o sevicia, y el no ser nada recomendable la conducta moral del victimario, son circunstancias que concurren a agravar la delincuencia del reo. Por esto y teniendo en consideración la ignorancia del mismo y el ser éste su primer delito, se ha de calificar en grado medio la responsabilidad del acusado Ramírez".

Pero acerca de estas apreciaciones opina el Tribunal:

"Mas, ocurre que de las agravantes anotadas no se halla ninguna debidamente comprobada porque la mayor alarma producida en la sociedad por ser la víctima miembro muy distinguido de ella, tiene en su contra que el señor Acosta era dado a la vida de juerga, a ingerir bastante licor y a acompañarse no muy bien en sus diversiones, abajando así su posición social que le daba el dinero y alguna cultura; la indefensión de la víctima es quizá la única agravante que pudiera tener algún respaldo, pero si se atiende a que aquélla se encontraba acompañada de sus mejores amigos y al modo como se ejecutó el delito, no puede darse pleno valor a esta agravante; la conducta anterior del reo poco recomendable, tiene declaraciones en pro y en contra y por lo mismo no puede resolverse tal circunstancia en contra del acusado; y por último, la saña o sevicia no aparece en el acto de la ejecución del delito, porque el matador no se arrojó sobre la víctima con intención de ultimarla si conservaba señales de vida, y únicamente se limitó a hacer manifestaciones de satisfacción como por cierto deber cumplido.

En este sentido habrá de reformarse la sentencia, para reducir la pena impuesta a seis años de presidio".

La Sala observa:

No se trata aquí del problema de la pluralidad de circunstancias agravantes enfrente de las atenuantes, plano en el cual han situado las cosas el recurrente y el señor Procurador.

La Sala no encuentra en la enumeración cuantitativa que se contiene en el escrito de casación un verdadero proceso de agravantes, sino más bien una serie de incidencias que se confunden con el delito mismo cometido por Ramírez, tal como se estimó por el Tribunal en fuerza del veredicto del Jurado, para castigarlo de conformidad con el artículo 600 del Código Penal. En efecto:

Lo inmotivado de la agresión de Ramírez a Acosta, justifica la apreciación de homicidio simplemente voluntario que sobre el veredicto del jurado hizo el Tribunal, ya que el jurado declaró responsable a Ramírez de haber dado muerte voluntariamente a Acosta, pero "sin determinación preconcebida".

La indefensión del occiso, como elemento antecedente a la consumación de los hechos, tratándose de un acto primo, es algo subjetivo que únicamente pudo ser apreciado por el mismo agresor. Y ocurre que Acosta, según lo expresa el Tribunal, estaba en los momentos del suceso rodeado de sus amigos, en tanto que el matador se hallaba solo.

Análoga consideración puede hacerse sobre aquello de que Acosta no esperaba verse atacado por Ramírez en la forma en que lo fue. Acosta murió instantáneamente, y como los que presenciaron el acontecimiento tampoco dan ninguna luz acerca de ese antecedente, la Sala encuentra demasiado aventurado elevar a la categoría de circunstancia agravante tal factor, objetivando así un elemento netamente subjetivo, o sea el ánimo en que Acosta se hallara.

La provocación a riña por parte del matador no es circunstancia agravante, sino una modalidad del delito de homicidio (art. 585, C. P.) que, ante el veredicto del jurado, no puede ya influir en la determinación del grado del delito; y alegar este factor como circunstancia agravante, no se compadece con la tesis anterior sostenida por el recurrente, acerca de lo inesperado del ataque.

El recurrente señala la alevosía como circunstancia agravante en el homicidio perpetrado por Ramírez. Esta es una de esas nociones usadas constantemente en la terminología criminal, pero que definición no tienen en nuestras leyes penales. Significa en el idioma castellano "cautela para asegurar la comisión de un delito contra las perso-

nas, sin riesgo del delincuente"; y a la verdad que tal orden de cosas no aparece en el asunto de autos, ni por la forma del ataque, pues las heridas de Acosta, según la autopsia del cadáver, acusan unos disparos de frente, ni por el acto mismo, que se produjo sin asechanza previa y sin sevicia alguna sobre el occiso.

Bien obró, pues, el Tribunal, al hacer en tercer grado la calificación del delito que se estudia.

Lo que sucede en el presente caso es que tanto el recurrente como el señor Procurador, no obstante su propósito de invocar como causal de casación la de "ser la sentencia violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ésta o por indebida aplicación de la misma", en el fondo lo que han planteado a la Sala es una cuestión diferente, o sea un análisis de pruebas, ajeno a la competencia de la Corte en recurso de casación, puesto que no se refiere a la prueba del cuerpo del delito.

No estaba, por tanto, obligada la Sala a formular las precedentes consideraciones, las cuales ha hecho tan sólo para abundar en el estudio del asunto. Como la causal de casación invocada es la de indebida aplicación de la ley, que en el caso es concretamente el artículo 123 del Código Penal, lo único que incumbe en rigor a la Corte es examinar si esta disposición ha sido o no indebidamente aplicada.

El Tribunal, en su soberanía, concluyó que no había prueba de circunstancias agravantes; y siendo así que, como ya se dijo, no se trata aquí de apreciación de la prueba del cuerpo del delito (art. 3º, ordinal 3º, ley 118 de 1931), no compete a la Corte variar la apreciación hecha por el Tribunal.

La indebida aplicación del artículo 123 del Código Penal alegada por el recurrente, habría resultado en caso de que el Tribunal, hallando probadas circunstancias agravantes, hubiera calificado el delito de Ramírez en tercer grado. Pero no puede ocurrir cuando así lo calificó, cabalmente por no encontrar a su juicio circunstancias agravantes.

A mérito de lo expuesto la Corte Suprema, Sala de casación en lo criminal, en desacuerdo con el parecer del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y **no infirma**, la sentencia recurrida.

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

Pedro Alejo Rodríguez, José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias.—Alberto Malo B., Secretario.

HOMICIDIO.—DESERCION DEL RECURSO DE CASACION

Siendo el recurrente el Fiscal del Tribunal; no habiendo fundado el recurso en cuanto a la 1ª causal y hallando vacíos el Procurador los fundamentos de la causal 5ª (ley 118 de 1931), considera la Corte que, de conformidad con lo pedido por el Procurador, es el caso de declarar desierto el recurso.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, julio treinta de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez).

Con fecha 30 de octubre de 1933, el Juzgado 2º Superior de San Gil condenó a Luis Francisco Hurtado, como autor del delito de homicidio en la persona de Fidel Forero, a la pena de siete años de presidio y sus accesorias.

Se ordenó asimismo cesar el procedimiento, es decir, se absolvió a Hurtado, por el hecho que también le fue imputado y que por el jurado se negó, de haber cometido el delito a sabiendas de que Fidel Forero se hallaba en ejercicio de las funciones de comisario o agente de policía rural.

El Tribunal del distrito judicial de San Gil, en sentencia de 26 de junio de 1934, confirmó en todas sus partes la del Juzgado.

Contra este fallo, la Fiscalía del Tribunal interpuso recurso de casación, pero por un error, el Tribunal lo concedió como si se hubiera interpuesto por el reo. Tal circunstancia motivó que después de tramitarse el asunto en la Corte, hubiera de devolverse para que por el Tribunal se resolviera lo pertinente acerca del recurso interpuesto por el señor Fiscal.

Subsanado el error, la Sala tiene nuevamente el negocio a su conocimiento; y así, previos los trámites de regla, se pasa a decidir lo que es del caso:

Al interponer el señor Fiscal el recurso de casación, lo hizo sin indicar causal alguna, ni hacer razonamiento de ninguna especie para fundarlo; pero luégo, con motivo de la devolución del expediente, en escrito de 21 de febrero último, manifiesta al Tribunal que insiste en el recurso, por las causales 1ª y 5ª del artículo 3º de la Ley 118 de 1931, y que para fundarlo reproduce las razones expuestas en su vista de fecha 15 de junio del año próximo pasado, o sea el alegato en donde señala ante la segunda instancia como notoriamente injusto el veredicto del jurado que intervino en la presente causa, en cuanto a la segunda cuestión, que fue decidida declarando que Hurtado no había procedido en la ejecución del delito a sabiendas de que Fidel Forero ejercía las funciones de comisario o agente de policía.

Sobre estos particulares, el señor Procurador se expresa del modo siguiente:

"En primer lugar tenemos que el recurrente deja abandonada la primera causal que invoca, pues no la sustenta en forma alguna, ya que la reproducción se refiere de modo expreso a la quinta, sobre injusticia del veredicto. Pero esa reproducción no puede surtir efectos en una demanda de casación, porque los argumentos reproducidos constituyen el alegato que en la segunda instancia presentó el Agente del Ministerio público para objetar la sentencia del juez a quo: y bien sabido es que el recurso de casación se estableció contra las sentencias definitivas que pronuncien en última instancia los Tribunales superiores. Por eso la ley 90 de 1920 en sus artículos 9º y 10, fija las condiciones que debe tener dicha demanda, y ordena que a falta de ellas el recurso debe declararse desierto.

Este despacho no acoge ni sustenta las causales que formula el recurrente por estas razones: respecto de la validez del veredicto dice acertamente la sentencia:

'Por lo que hace al carácter de agente de policía rural del municipio de Vélez, empleo del cual estaba en posesión Fidel Forero en la tarde del día en que fue muerto y cuyas funciones ejercía, aunque no en la vereda que le estaba asignada, el expediente carece de comprobaciones sobre las circunstancias del nombramiento para el empleo dicho, y más aún, sobre el actual ejercicio de tal empleo en el momento en que fue atacado, y seguramente la ausencia de tales probandas en la forma en que la ley lo exige, no formó convicción en el jurado sobre el carácter oficial de Fidel Forero, y en tal virtud hubo de prescindir de declararlo responsable como autor del hecho delictuoso que comporta la segunda pregunta del cuestionario, y por tanto ninguna objeción cabe hacer sobre tal decisión, así como tampoco hay reparo alguno para la decisión relativa a la primera cuestión, en lo referente al delito de homicidio'.

Ahora bien: si el Tribunal de conciencia tuvo motivos para dudar de que real y legalmente Fidel Forero tenía el carácter de Agente de Policía y de que estaba en ejercicio de él a tiempo de ser atacado y muerto, esa duda era bastante para ilustrar su criterio, no sujeto a tarifa de pruebas, y suficiente, por tanto, para resolver como lo hizo, sin que esa resolución pueda tacharse de contraevidente o injusta.

Cuanto a la calificación de la delincuencia en tercer grado, no debe olvidarse que la pena se agravó con un año más de presidio, porque al prudente juicio de los jueces, ciertas circunstancias del delito daban lugar al aumento (art. 124, C. P.).

Por lo expuesto opino que lo procedente es declarar desierto el recurso intentado por el señor Fiscal".

Por lo que hace a la causal 1ª del artículo 3º de la Ley 118 de 1931 invocada por el señor Fiscal del Tribunal de San Gil, ninguna duda cabe acerca de la tesis de recurso desierto, pues ella simplemente toca con la violación de la ley en la sentencia del Tribunal, por mala interpretación o indebida aplicación de la misma; y según lo advierte el señor Procurador, sobre este punto nada argumenta ni indica el recurrente a la Corte.

En cuanto a la causal 5ª, o sea la tacha de ser la sentencia violatoria de la ley por haberse dictado sobre un veredicto viciado de injusticia notoria, puesto que en el propio pasaje legal se exige la circunstancia de que la cuestión haya sido debatida previamente en las instancias, la Sala, sin llegar al extremo de considerar que en lo que atañe a esta causal pueda en un todo eximirse al recurrente de la obligación de fundar su demanda de casación, es decir, de sostener los cargos contra la sentencia del Tribunal, estima que no es por completo inaceptable cualquier referencia que se haga a los alegatos de instancia.

Pero como en el presente negocio ocurre, además, que fue el Agente del Ministerio Público quien interpuso la casación, y el señor Procurador, representante legal de esa institución ante la Corte, halla vacíos los fundamentos de la indicada causal 5ª y pide que el recurso se declare desierto, lo que puede apreciarse como un desistimiento de la parte recurrente, la Sala considera tam-

bién que es el caso de proferir tal declaratoria.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, oído el concepto del señor Procurador y acorde con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **declara desierto** el recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal del Tribunal de San Gil contra la sentencia de que se ha hecho mérito.

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

Pedro Alejo Rodríguez, José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias.—Alberto Malo B., Srio. en ppd.

INTERPRETACION DEL ARTICULO 585 DEL CODIGO PENAL SOBRE LA PRESUNCION DE PREMEDITACION EN EL DELITO DE HOMICIDIO

Para dictar sentencia condenatoria por homicidio premeditado no basta la presunción establecida por el código: es necesario que el jurado se haya pronunciado al respecto, porque ésta es una cuestión de hecho, psicológica y moral; y porque la presunción, obligatoria para los jueces de derecho, no lo es para el jurado, que no está sometido a la tarifa legal de pruebas.

Para poder interrogar al jurado sobre premeditación es indispensable haber aludido a ella en el auto de proceder, porque el acusado debe saber desde que se le llama a juicio los cargos contra los cuales tendrá que defenderse; y por eso el cuestionario se debe formular "enunciando el hecho materia de la causa conforme al auto de proceder, determinando las circunstancias que lo constituyan", como dice el artículo 47 de la ley 169 de 1896. La premeditación es una circunstancia de tanta entidad, que origina o caracteriza una especie dentro del género del delito de homicidio. El mismo artículo 585 del Código Penal, que establece la presunción, limita el alcance de ella cuando dice: "... siempre que no se pruebe O RESULTE que pertenece a otras de las clases que reconoce la ley"; y al calificar el mérito del sumario está el juez en capacidad de apreciar este punto y de pronunciarse sobre él o de decir, al menos, que lo someterá al jurado en virtud de la presunción legal.

La ley establece, como regla general, que se formule una sola pregunta al jurado: se propondrán dos solamente cuando se trate de alguno de los seis primeros delitos de que habla el artículo 20 de la Constitución.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, dos de agosto de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo).

Alfredo Narváez Sandoval fue condenado a la pena de doce años de presidio, por sentencia que dictó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, con fecha dieciséis de noviembre de mil novecienaos treinta y cuatro, en la cual se declaró al procesado responsable del delito de homicidio premeditado con calificación en el grado mínimo. El defensor interpuso oportunamente recurso de casación contra dicha sentencia y a resolver tal recurso procede hoy la Corte, previas las consideraciones que en seguida se expresan.

El señor Procurador General de la Nación dice, como resumen o síntesis del concepto en que se apoya este recurso:

"De lo dicho deduzco, señores Magistrados, que los artículos 585 y 295 se han aplicado indebidamente y que los que correspondía aplicar eran el 587, numeral 6º, en relación con el 600 del Código citado. La calificación de la delincuencia en grado ínfimo la estimo acertada".

Para mejor estudiar el alegato presentado por el doctor Luis Enrique Galindo como demanda de casación, escrito por cierto con laudable propiedad, con lógica jurídica no común y con método muy útil para el juzgador, procede la Corte a un breve recuento del enredo procedimental ocurrido en el juicio sobre el cual recayó la sentencia que ha venido en casación.

El procesado fue llamado a juicio por auto que dictó el Juzgado primero superior de Pasto con fecha diecinueve de septiembre de mil novecientos treinta y tres y que confirmó el Tribunal Superior de aquel Distrito en providencia fechada el veinticuatro de octubre del mismo año. Tanto el juez como el Tribunal se limitaron entonces a analizar las pruebas demostrativas del cuerpo del delito y de la imputabilidad del sindicado (el juez habló de "responsabilidad", lo cual constituye, como con todo acierto lo

anota el abogado del recurrente, una impropiedad jurídica y filosófica). Ninguna de las dos providencias alude, ni siquiera indirectamente, a la premeditación y, menos aún, a circunstancias de asesinato. Y sin embargo, el juzgado a quo sometió al Jurado dos cuestiones o preguntas como si el auto de proceder hubiese formulado cargos de premeditación y de asesinato, la primera, si Alfredo Narváez es responsable de haber dado muerte voluntariamente a Alejandro Peña Barbano en las circunstancias de tiempo, lugar y modo conocidas de autos; y la segunda, si el mismo acusado cometió el hecho de que trata la primera pregunta, "con premeditación, alevosía, a traición y sobreseguro, sorprendiendo indefensa a la víctima".

El Jurado respondió afirmativamente la primera pregunta y negativamente la segunda (folios 120 del Cuaderno principal), y el Juzgado, sobre tal veredicto, consideró el hecho como homicidio simplemente voluntario y dictó sentencia acorde con esa calificación.

Al subir la sentencia al Tribunal conceptuó el Fiscal de esta entidad que la contestación afirmativa del primer cuestionario era suficiente para que el juez de derecho tuviera que considerar el delito como premeditado, en virtud de la presunción establecida por el artículo 585 del Código Penal; y sostuvo que el juez no había propuesto al jurado todas las cuestiones que correspondía formularle, pues en sentir de aquel señor Fiscal, no sólo dos sino tres eran las preguntas que al jurado debían hacerse. El Tribunal acogió el concepto del Ministerio Público (auto de dieciocho de mayo de mil novecientos treinta y cuatro, folio 130); y en consecuencia, el expediente volvió al juzgado y allí se le sometieron a los jueces de hecho, sin audiencia de las partes, otras dos cuestiones diferentes de las propuestas en la primera vez, cuestiones con las cuales se quiso contemplar varios de los casos de homicidio simplemente voluntario, como los enuncian algunos de los numerales del artículo 587 del Código Penal. El Jurado contestó negativamente tales cuestionarios (folios 138), y el juez, entonces, rectificando su primera sentencia y ateniéndose al pedimento del Fiscal del Tribunal, dictó sentencia condenatoria por el delito de homicidio premeditado, por cuanto el Jurado había respondido negativamente las nuevas cuestiones o preguntas en que se contemplaban varios casos de homicidio voluntario.

Apelada la sentencia, el Fiscal del Tribunal pidió su confirmación; el defensor, doctor José Antonio López T., presentó un alegato bien pensado y bien escrito que, desgraciadamente, no fue apreciado como merecía por el Tribunal. Este se vio ante la dificultad de que el veredicto del jurado emitido al terminar la audiencia, negaba la premeditación y al propio tiempo el juzgado, de acuerdo con lo sugerido por el Tribunal, la aceptaba en virtud de la presunción del Código Penal. Y entonces optó el Tribunal por pensar que debían formularse tres cuestiones, no simplemente dos, y someterse al jurado en nueva audiencia, con asistencia de las partes (auto de cuatro de septiembre de mil novecientos treinta y cuatro, folio 152). En la nueva audiencia se le propusieron tres preguntas al Jurado: primera, si el acusado es responsable de haber dado muerte voluntariamente al señor Alejandro Peña Barbano; segunda, si el acusado cometió tal hecho por una provocación, ofensa, agresión, ultraje, injuria o deshonra grave, inmediatamente anteriores al homicidio, o por causa de una riña provocada por el occiso, por medio de ofensas, agresiones o injurias suficientes para excluir la premeditación; y tercera, las circunstancias de asesinato. El Jurado contestó afirmativamente la primera pregunta, es decir, la de que el acusado mató voluntariamente; y negó las otras dos. (Folio 155). El Juzgado, seguramente por deferencia a las ideas del Tribunal, o, mejor dicho, del Fiscal del Tribunal, concluyó: al declarar que el acusado mató voluntariamente y al negar la existencia de ciertas circunstancias que, según la ley, excluyen la premeditación, el Jurado dijo implícitamente que se trataba de un homicidio voluntario y con premeditación. Segunda vez, al surtirse la apelación, el defensor presentó un corto pero razonado alegato (folio 162), que el Tribunal no entró a considerar.

El defensor y el procesado, en escrito visible a folio 170, interpusieron el recurso de casación, sin expresar o limitar las causales de esta. Llegado el expediente a la Corte, el procesado presentó un escrito en que propone las siguientes causales: ser la sentencia violatoria de la ley penal por indebida aplicación de la misma; estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado; haberse dictado sobre un veredicto notoriamente injusto, y ser el veredicto evidentemente contradictorio: el memorial suscrito por el procesado (folios 2 y 3 del Cuaderno 2º) es breve pero está muy bien formulado en cuanto enfoca el recurso de ca-

sación en su índole propia. El apoderado especial constituido ante la Corte para sostener el recurso, alega, en su demanda de casación, dos causales: no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder y estar ella en desacuerdo con el veredicto del Jurado; y haberse dictado la sentencia sobre un veredicto notoriamente injusto, hecho debatido en las instancias.

La Corte procede a examinar los fundamentos de cada una de las causales de casación invocadas por el procesado y el apoderado, no en el orden en que han sido presentadas, sino en el que la lógica de la sentencia indica.

CUARTA CAUSAL DE CASACION

El procesado la funda en el concepto de que la sentencia está en desacuerdo con el veredicto del Jurado; y el apoderado especial ante la Corte alega esta misma causal, contemplando las dos hipótesis que tiene en cuenta la ley: no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder y haberse proferido en desacuerdo con el veredicto del Jurado. Siguiendo un orden inverso al trazado por el escrito de demanda de casación, procede la Corte a examinar uno y otro aspectos de la causal.

A)—Estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado.

El punto debatido sobre este aspecto de la causal, es el siguiente: el señor Fiscal del Tribunal sentenciador sostuvo, y el Tribunal acogió tal tesis, que como el artículo 585 del Código Penal dice que "el homicidio se presume premeditado", no es indispensable formularle pregunta alguna al Jurado acerca de la premeditación, pues la respuesta afirmativa respecto de la voluntariedad del homicidio incluye, en vitur de la presunción legal, la premeditación.

Tanto el defensor de las instancias como el abogado que ha sustentado el recurso de casación, y también el señor Procurador General, arguyen que la insistencia del Tribunal en someterle nuevas preguntas al Jurado equivale a algo así como a haber arrancado un veredicto que implique la premeditación. Dice el señor Procurador:

"Veamos cómo se indujo al Tribunal de conciencia a contradecirse y a contestar de manera que de su respuesta pudiera deducirse la premeditación. Pues se le reunió por tercera vez y se le sometieron tres interrogatorios, uno más de los que permite la ley, con la circunstancia de que una de las preguntas está redactada en forma técnica o jurídica, impropia para ser resuelta por jueces de hecho y contraria al mandato de la ley (folio 155)".

Y el señor abogado recurrente dice:

"En efecto, tras de varias audiencias se pudo, casi a la fuerza, obtener una respuesta del Jurado que incluyera jurídicamente la premeditación en el homicidio cometido por Narváez..."

No encuentra la Corte que del veredicto del Jurado, de cualquiera de los veredictos irregularmente provocados, pueda deducirse que alguna vez declaró la existencia de premeditación. Si se aceptara la teoría del Tribunal sentenciador, de que no es indispensable proponerle al Jurado la pregunta sobre premeditación, por cuanto la respuesta afirmativa acerca del homicidio simplemente voluntario incluye la premeditación, entonces sí podría pensarse que los autos del Tribunal lograron cercar al Jurado o, al menos, obtuvieron un tácito veredicto de premeditación. Pero tal teoría del Tribunal sentenciador es inaceptable. Verdad es que un artículo del Código Penal presume premeditado el homicidio en general; pero en primer lugar, el mismo artículo que establece la presunción, agrega o explica: "siempre que no se pruebe o resulte que pertenece a otras de las clases que reconoce la ley"; y en segundo lugar, la presunción, como simplemente legal que es, reza con los jueces de derecho pero no con el Jurado, tribunal de conciencia que juzga y falla verdad sabida y buena fe guardada y que, por consiguiente, no está sometido a tarifa de pruebas. Y la presunción de premeditación del homicidio es una regla que típicamente atañe a la tarifa de pruebas. Por cierto que filosófica y jurídicamente el valor de la presunción es bien discutible: en todo caso es incuestionable que el Jurado no está sometido a dicha presunción o modalidad de la tarifa de pruebas.

No sería psicológicamente admisible que se tuvieran como contestados por el Jurado hechos o circunstancias sobre los cuales no se le haya interrogado, pues en caso contrario, la decisión de los jueces de hecho podría ser así como obtenida por sorpresa; persuadido el Jurado de haberse pronunciado en cierto sentido o sobre determinados hechos, sería anómalo que en seguida pretendiera el juez demostrarle que dijo cosa distinta de lo que expresó en el veredicto

sobre determinada pregunta expresa y concreta. Los jurados, que son o conviene que sean extraños a la burocracia forense, no tienen por qué pensar que al decir ellos: "Pedro mató voluntariamente", el Juez de derecho traducirá a su arbitrio "Pedro mató voluntaria y premeditadamente".

Aceptando la tesis del Tribunal sentenciador, y aplicándola rigurosamente, habría que llegar a otra conclusión que demuestra **ad absurdum**, lo erróneo de la tal teoría: el artículo segundo del Código Penal dice:

"En toda violación de la ley se supone voluntad y malicia, mientras no se pruebe o resulte claramente lo contrario".

Ahora bien: siendo ésta una presunción legal, no habría por qué preguntarle al Jurado si el acusado es responsable de haber dado muerte voluntariamente a X: bastaría preguntarle si es responsable de haberle dado muerte. Como se ve, extremando así la tesis resultaría anulada la institución del Jurado. Si a éste debe interrogársele sobre el factor o elemento voluntad, que debe tenerse generalmente como esencial o constitutivo del delito, con mucho mayor razón será necesario interrogarlo sobre el elemento premeditación, que es una circunstancia verdaderamente modificadora, en el sentido de que dentro del sistema de la actual legislación colombiana, por sí sola constituye o erige una especie particular de delito dentro del género de homicidio. Además, la premeditación es un hecho, hecho anímico o psicológico, pero hecho, sujeto por excelencia al fallo del juez y tanto más, al fallo del juez de conciencia que dictamina sobre el fenómeno responsabilidad.

Si se examinan los veredictos irregularmente obtenidos en este proceso, se verá que en ninguno de ellos afirmó el Jurado la existencia de la premeditación; y por el contrario, en el primero que expidió y aunque la pregunta al respecto se le propuso de manera exótica, negó la premeditación al propio tiempo o sobre el mismo cuestionario en que negó las circunstancias de asesinato. Pero en el peor de los casos para el procesado, y aún suponiendo que no existiese dicha negativa, es indudable que el Jurado en ninguna parte ha declarado de manera expresa y afirmativa la existencia de la premeditación.

De suerte que contemplada por este aspecto la cuarta causal de casación, la Corte encuentra que tiene fundamento y así habrá de declararlo.

3)—No estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder.

El punto de discordancia entre el auto de proceder y la sentencia, señalado por el recurrente, es el de que la providencia de enjuiciamiento no plantea el cargo de premeditación y sin embargo la sentencia condena al procesado por homicidio premeditado.

Dice el abogado recurrente, en su alegato de casación:

"El segundo veredicto (será veredicto lo que, después de muchas explicaciones de derecho, y de discriminaciones tan jurídicas como las que hizo el Tribunal y el Juzgado en la redacción, contradice la conciencia de los mismos jurados?) proviene de un cuestionario redactado en abierto desacuerdo con el auto de proceder, circunstancia que debe tenerse en cuenta porque la respuesta del Jurado implica la premeditación, de la cual no se trató en el auto de proceder, y siendo afirmativa la respuesta (negativa en la forma pero afirmativa en cuanto a la premeditación, jurídicamente hablando), existe el agravio, la injusticia y el error".

No estima la Sala que el segundo veredicto o el tercero impliquen una declaratoria de premeditación hecha siquiera sea tácitamente por el Jurado, como lo insinúa en este párrafo de su alegato el señor abogado recurrente. Verdad es que parece como si el Tribunal se hubiera propuesto obtener que el Jurado fuese excluyendo del veredicto, los casos de homicidio simplemente voluntario, para poder, merced a estas eliminatorias, aplicar la presunción de premeditación. Pero sobre esto, y para hacer ver que no se previeron todas las interrogaciones o hipótesis, acertadamente dice el señor Procurador General: "¿Por qué no se le preguntó al Jurado si el homicidio se había cometido por causa de un acto primo, o sea el arrebato súbito e impensado de una pasión, de tal manera que se vea claramente que no hubo ni pudo haber deliberación previa ni resolución anticipada de cometer el delito? (Art. 587, numeral 6º, C. P.). No me lo explico".

Ni siquiera, pues, por esas eliminatorias, se llegó, a declarar la premeditación, que el auto de proceder no planteó. No sostiene la Corte, ni podría siquiera insinuarlo, que por anticientífica deba desecharse la disposición del artículo 585 del Código Penal, que ordena presumir premeditado el homicidio; la ley, acertada o desacertada, debe cumplirse mientras esté en vigencia. Pero si es-

tima la Sala que para poder aplicar en la sentencia condenatoria esa presunción legal, debe aludirse a ella en el auto de proceder, puesto que al calificar el mérito del sumario está en capacidad el juez de apreciar si aparece probado o resulta que el homicidio de que se trate "pertenece a otras de las clases que reconoce la ley".

La confusión causada en el procedimiento o trámite de este proceso por los cuestionarios dos veces replanteados al Jurado, tuvo su origen en la tesis iniciada por el señor Fiscal del Tribunal sentenciador y acogida por éste, de que ordinariamente han de proponerse tres cuestiones al Jurado sobre el delito de homicidio:

"... la primera, tal como se encuentra concebida en el cuestionario formulado en esta causa, que comprende el homicidio premeditado en virtud de la presunción establecida por el artículo 585 citado; la segunda debe comprender el hecho con una o varias de las circunstancias de que trata el artículo 587, y ésta comprende el delito de homicidio simplemente voluntario; y la tercera, debe comprender el asesinato".

No está de acuerdo esta teoría con lo que dispone la ley 100 de 1892 en su artículo 79, disposición que sólo permite formular una segunda pregunta "cuando el juicio verse sobre alguno de los seis primeros delitos de que trata el artículo 29 de la Constitución" (estos delitos son traición a la Patria en guerra extranjera, parricidio, asesinato, incendio, asalto en cuadrilla de malhechores y piratería). El artículo 17 de la ley 169 de 1896 habla de un solo interrogatorio "que el juez presentará al jurado" y prescribe que se formule a manera de pregunta sobre si "El acusado N. N. es responsable de los hechos (aquí se determinará por el juez el hecho o hechos materia de la causa, conforme al auto de proceder, determinando las circunstancias que lo constituyen, sin darle denominación jurídica)".

De esta disposición, estudiada armónicamente con el artículo 79 de la ley 100 de 1892, se deducen claramente dos cosas: 1ª, que la ley, como acertadamente lo anotó el señor abogado defensor en las instancias y lo ha repetido el apoderado especial para casación, ordena que se proponga tan sólo una pregunta al Jurado; y dos, únicamente en caso de que se trate de alguno de los seis primeros delitos de *que* habla el artículo 29 de la Constitución; y 2ª, que el cuestionario debe determinar el hecho o hechos materia de la causa, **conforme al auto de proceder**".

El defensor del procesado en las instancias dijo muy bien:

"... y por el contenido del artículo 298 de la ley 57 de 1887 se alcanza a ver que un mayor número de series (interrogatorios) sólo cabe cuando hay varios cargos o varios acusados".

Podría haber duda sobre si el juez **a que** colocó bien o mal la cuestión de la premeditación en el segundo cuestionario, junto con las circunstancias de asesinato, y no en el primero. Lo indudable es que hubo exceso en formular un segundo interrogatorio al jurado, puesto que el auto de proceder no había deducido el cargo de asesinato; ni podía tampoco preguntarse sobre premeditación, por el mismo motivo de no haberse tratado este punto en el auto de proceder. Se repite que la ley ordena determinar el hecho en el cuestionario **conforme al auto de proceder**, y en el auto de enjuiciamiento dictado en este proceso no se mencionó para nada la premeditación. El señor abogado que presentó la demanda de casación contra la sentencia, dice lo siguiente:

"... tal circunstancia (la premeditación) ha debido figurar en el auto de proceder para que el sindicado conociera debidamente lo que se le imputaba, y en la celebración del juicio pudiera hacer uso de los medios de defensa que creyera conducentes para defenderse del cargo preciso y de la imputabilidad indicada en tal auto cuya principal finalidad es indicar el género de delito que se imputa, a fin de no quebrantar la norma constitucional de que nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio, norma que implica, además, la necesidad de que quien va a ser juzgado pueda, libre y ampliamente, ser oído y hacerse oír sobre hechos determinados, a fin de que así sea justo que se le venza, en caso de que su defensa no alcance a destruír o plantear la duda sobre el cargo y la imputabilidad y el grado de éste".

Y más adelante:

"... en la jurisprudencia se ha discutido y se ha aceptado que en el auto de proceder, no ya en su parte resolutiva sino en la motiva, debe hablarse de la premeditación, por manera que si esta circunstancia o este elemento no se ha mencionado en el auto de proceder, la sentencia no puede considerarla. Esta jurisprudencia de la Corte se funda en que siendo la premeditación en el homicidio un factor de suma importancia para determinar la pena, es preciso que el procesado conozca la inculpación de premedita-

ción que se le hace, a efecto de que pueda organizar debidamente su defensa".

Y refuta en seguida la idea de algunos tribunales de que respecto de la premeditación no hay para qué interrogar al Jurado, puesto que ella se presume por disposición legal. Atrás se examinó este punto, de suerte que es inútil insistir sobre él.

No corresponde a la Corte, cuando falla como Corte de casación, analizar las pruebas del proceso para ver si en el juicio de que se trata resulta confirmada o infirmada la presunción legal de premeditación. En el recurso de casación lo acusado es la sentencia del Tribunal, no el procesado ni el hecho que a éste se imputa. Por consiguiente, el único que debe examinarse cuando se propone la cuarta causal de casación, es si la sentencia del Tribunal está o no en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder. El artículo 345 de la ley 105 de 1890 estatuye:

"... en la parte resolutiva del auto de enjuiciamiento se formulará el cargo mencionando el delito con la denominación que le da el Código Penal en el respectivo Capítulo o en el correspondiente Título, cuando éste no se divide en capítulos, como homicidio, heridas, robo, hurto, estafa, delitos y culpas contra los funcionarios y empleados públicos, etc., sin calificar desde luego si el homicidio fue premeditado, involuntario o de otra especie, ni señalar algún artículo especial en el capítulo o sección correspondiente de la ley penal que trate del delito materia del proceso".

Esta prohibición legal de calificar la especie de delito "en la parte resolutiva del auto de enjuiciamiento" no impide y antes invita a que en la parte motiva de dicho auto se especifiquen las circunstancias del delito. Y así lo da a entender el artículo 47 de la ley 169 de 1896, cuando dice cómo debe formularse el interrogatorio al jurado.

La Corte acoge, como conclusión en el estudio de esta causal, el siguiente concepto del alegato formulado por el abogado doctor Luis Enrique Galindo:

"... no mencionando el auto de enjuiciamiento el elemento premeditación, no haciendo a él alusión alguna, no puede recaer la sentencia sobre lo no especificado en tal auto. Por lo tanto, esa sentencia pasó los límites dentro de los cuales ha debido dictarse, no encuadrándose sobre lo formulado en el auto de proceder".

Resulta, pues, que por este segundo aspecto, "no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder", también está fundada la cuarta causal de casación y así habrá de declararlo la Corte.

QUINTA Y SEXTA CAUSALES DE CASACION

De acuerdo con los numerales 5º y 6º, artículo 3º de la ley 118 de 1931, puede fundarse este recurso en que la sentencia se haya dictado sobre un veredicto viciado de injusticia notoria o sobre un veredicto evidentemente contradictorio.

En el corto alegato que aparece suscrito por el procesado, se lee el siguiente concepto o argumento:

"Se ha dictado sentencia sobre un veredicto evidentemente contradictorio (Art. 3º, numeral 6º, ley 118 de 1931). Puesto que sólo el juzgador es quien puede echar por el suelo un veredicto, declarándolo notoriamente injusto, el primer veredicto se encuentra en pleno vigor. Ahora, en él se declara que el delito fue *impremeditado*, y de los dos últimos veredictos aparece que fue premeditado. No puede estar más en evidencia la contradicción".

Por su parte, el señor abogado que alegó en casación dice lo siguiente:

"Doy como mías las palabras que sobre el particular trae el mismo reo en el alegato que ante la Corte presentó anterior a éste, y lo sostenido ante el Tribunal de Pasto cuando se reclamó la sentencia del juzgado.

"Un veredicto es injusto notoriamente, cuando está en desacuerdo con la evidencia, y ninguno en tan abierto desacuerdo con la evidencia como ese tercero que comento, injusticia que se desprende del tenor literal de sus preguntas y respuestas, y de su abierta contradicción con el primero, del que trató de ser explicación".

Por el contexto de los alegatos que presentaron tanto el procesado como su apoderado especial se ve que ellos no consideran injusto el veredicto en cuanto declara que el sindicado es responsable de un homicidio simplemente voluntario; pero que sí es injusto en cuanto lo declara responsable de homicidio premeditado. Al examinar, como se ha hecho anteriormente, la cuarta causal de casación, se halló que la sentencia está en desacuerdo con el veredicto del Jurado, por cuanto la Corte estima que el veredicto no afirma la premeditación; luego resulta inocuo el cargo de injusticia notoria contra tal veredicto.

Ahora: que sea el "veredicto evidentemente contradictorio", lo deducen los alegatos de que la primera vez que se reunió el Ju-

rado contestó negativamente la pregunta sobre premeditación y circunstancias de asesinato; de suerte que las respuestas dadas a los cuestionarios la segunda y la tercera vez que se llamó al Jurado, implícitamente pueden declarar la premeditación.

Ya examinó la Sala este punto, al estudiar la cuarta causal de casación, y se vio cómo ni en la segunda ni en la tercera reunión declaró el Jurado que el homicidio hubiese sido premeditado; que por el contrario, en la primera reunión, aunque interrogado extemporáneamente, negó la premeditación. Y que aún en el peor de los casos para el procesado, prescindiendo de la respuesta dada al segundo cuestionario por los jurados, la primera vez que se les reunió e interrogó, en ninguna de las otras puede encontrarse un veredicto categórico sobre la premeditación.

Se deduce de lo dicho que resultaría incompatible declarar fundada la cuarta causal de casación al propio tiempo que las causales quinta y sexta. Quiere entender la Corte que estas dos últimas se alegaron respecto de la causal cuarta en forma alternativa y, por consiguiente, que prosperando el recurso en virtud de esta última, implícitamente quedan desechadas la quinta y la sexta.

PRIMERA CAUSAL DE CASACION

"Ser la sentencia violatoria de la ley penal... por indebida aplicación de la misma".

Aceptando la Sala, como acepta, que debe casarse la sentencia por estar fundada la cuarta causal de casación, resulta exacta la conclusión propuesta por el señor Procurador General, cuando dice que aplicó mal la sentencia los artículos 585 y 595 del Código Penal, pues que los que correspondía aplicar eran el 587, numeral 6º, y el 600. Esta causal primera del artículo 3º, ley 118 de 1931, resulta, pues, fundada también.

De acuerdo con lo que dispone, en su primer inciso, el artículo 4º de la ley 118 de 1931, la Corte debe invalidar el fallo y dictar el que deba reemplazarlo.

Aplicando el artículo 600 del Código Penal que, como se ha visto, es el pertinente, la pena imponible al procesado es la de seis a doce años de presidio, más las accesorias que determina la ley.

El Tribunal sentenciador consideró que debía calificarse la delincuencia en el grado mínimo o tercero, por cuanto sólo una circunstancia agravante perjudica al procesado, a saber: la de su mala conducta anterior, deducida del hecho de que hace cinco años el gobierno lo expulsó del país, por considerarlo "extranjero de hábitos viciosos". Y al propio tiempo invoca implícitamente el Tribunal como circunstancia atenuante la de "que es la primera vez que se enjuicia a Narváez Sandoval". No parecen compatibles las dos circunstancias que el Tribunal invoca, pues la de no haberse enjuiciado antes al procesado, por otro delito, sólo puede tenerse en cuenta como atenuante, en las condiciones puestas por el ordinar 5º del artículo 118 del Código Penal, que dice:

"El ser primer delito y haber sido constantemente buena la conducta anterior del delincuente".

La Sala de la Corte encuentra que, en cambio, deben apreciarse como circunstancias atenuantes a favor del procesado, la "falta de ilustración" de éste (numeral 1º ibidem) y "la provocación o exaltación del momento" (numeral 2º ibidem).

Puesto que sólo obra una agravante contra el procesado y en su favor pueden invocarse varias atenuantes, la Corte, califica en tercer grado el delito, pero hace uso de la facultad que al juzgador confiere el inciso 2º del artículo 124 del Código Penal, para aumentar la pena imponible en una sexta parte de la diferencia entre el máximo y el mínimo. Como a la calificación en tercer grado corresponde, según el artículo 600 del Código Penal, la pena de seis años de presidio y como la diferencia entre el máximo y el mínimo es de seis años, la sexta parte es igual a un año. En resumen: debe imponérsele al procesado la pena de siete años de presidio.

Por todas las consideraciones expuestas la Corte Suprema, por medio de su Sala de casación en lo criminal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo en lo principal con el concepto del señor Procurador General de la Nación, invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, fechada el dieciséis de noviembre de mil novecientos treinta y cuatro, por la cual se impone a Alfredo Narváez Sandoval la pena de doce años de presidio y en su lugar condena al mismo Alfredo Narváez Sandoval a sufrir la pena de siete años de presidio que cumplirá en la Penitenciaría que el Gobierno designe. Como parte cumplida de esta pena se tendrá el tiempo que el procesado haya permanecido en detención o prisión preventiva. Se condena, además, a Alfredo Narváez Sandoval, a la pérdida de todo empleo público y de toda pensión, así como también a la pri-

vación perpetua de los derechos políticos y al pago de las costas procesales.

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

Pedro Alejo Rodríguez, José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias.—Alberto Malo Baños, Srio. en ppd.

REVISION DE UN PROCESO

No es potestativo de la Corte reabrir procesos judiciales sino en los casos limitativamente previstos por la ley 33 de 1909, sobre revisión; y porque ésta no consiste en el nuevo estudio que la Corte haga del proceso, sino en el estudio de los hechos o los documentos NUEVOS, o como dice la causal invocada en este expediente, "documentos o comprobantes NO CONOCIDOS AL TIEMPO DE LOS DEBATES". La estabilidad de los fallos judiciales, el respeto por "la cosa juzgada", imponen la necesidad de que para reabrir un proceso, hecho grave y trascendental en la administración de justicia, haya graves razones provenientes, ya de hechos NUEVOS, ya de pruebas o documentos también nuevos, al menos en el sentido de que no hubieran sido conocidos al tiempo de los debates, como dice la ley.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, seis de agosto de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo).

Visitación Bastidas, sentenciada por el Tribunal de Pasto, con fecha dieciocho de febrero de mil novecientos veintiocho y condenada a sufrir la pena de veinte años de presidio, por el delito de homicidio ejecutado en la persona de su marido, Patrocinio Melo, envió a la Corte una solicitud de revisión de su causa, junto con algunos papeles que estimó pertinentes. El Magistrado sustanciador, por auto fechado el nueve de mayo de mil novecientos treinta y cuatro, ordenó devolver el escrito y la documentación a la solicitante, a fin de que formulara debidamente el recurso, "teniendo en cuenta alguna o algunas de las causales enumeradas por el artículo 1º, ley 33 de 1903, y con el lleno de los requisitos de que trata el artículo 5º ibídem".

La recurrente, acatando lo dispuesto en dicho auto, acompañó copia del auto de proceder y alegó para sustentar su solicitud de revisión el numeral 5º, artículo 1º de la ley 33 de 1909, y adujo como fundamento del recurso el siguiente:

"... dadas las pruebas del proceso, fui condenada por un delito que no se encontraba probado al tiempo de dictar sentencia. Fui juzgada por un delito de homicidio; el cuerpo del delito no se demostró en manera alguna, luego, aunque se estimara mi confesión como plena prueba de responsabilidad, contra doctrinas permanentes de esa Corporación (habla refiriéndose a la Corte), el auto de proceder y la sentencia son absolutamente improcedente por falta de materia..."

Oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, adverso a que se conceda el recurso, procede la Corte a fallar, considerando para ello:

El numeral 5º del artículo 1º, ley 33 de 1909, invocado por la recurrente para solicitar la revisión de su proceso, dice que habrá lugar a este recurso:

"Cuando después de una condenación llegue a producirse un hecho nuevo, o se presenten documentos o comprobantes no conocidos al tiempo de los debates, capaces de establecer la inocencia o irresponsabilidad del condenado, o cuando se presenten indicios graves sobre esta inocencia o irresponsabilidad".

Ni en la solicitud hecha por Visitación Bastidas, ni en los papeles que acompañó a dicha solicitud, se encuentra vestigio alguno de que se haya producido o revelado un hecho nuevo. Tampoco alega la recurrente, ni se deduce en forma alguna de los papeles presentados, que haya "indicios graves sobre la inocencia o irresponsabilidad" de la sentenciada. Y los "documentos o comprobantes" presentados carecen del carácter de "no conocidos al tiempo de los debates", pues la mayor parte de tales documentos son copias del sumario.

Respecto de la documentación, dice acertadamente el señor Procurador General, después de historiar el hecho que motivó el pro-

ceso, y de aludir, implícitamente, a las pruebas que fundamentaron la condenación:

"....."

"Pero es lo cierto que en este expediente no aparecen sino los siguientes documentos:

"Copias de algunas piezas del proceso, como auto de proceder y sentencias; una constancia que dice: 'Pasto, febrero 14 de 1934. Señor Director de la Penitenciaría.—Los suscritos, médicos legistas, contestamos las preguntas así: 1ª Una persona que no puede sacar la cara fuéra del agua, durante un cuarto de hora, perece ahogada; 2ª Dos botellazos sobre los testículos, con mediana intensidad, dejan siempre huellas inflamatorias en el sitio de la contusión, las que son muy visibles. De usted atentos, S. S., Dr. Jorge Rosero P.—M. R. Benavides'.

"Certificados de buena conducta en la prisión y dos declaraciones de mujeres que dicen que Visitación Bastidas es persona tímida ante sus compañeras de reclusión. Tales son las pruebas acompañadas por la recurrente para apoyar su demanda de revisión.

"La constancia de los médicos no es una trivial respuesta a preguntas hechas por la interesada; ella no constituye hecho nuevo alguno y más bien sirve para demostrar la existencia del cuerpo del delito, o sea la posible muerte de Melo por asfixia. Cuanto a la timidez de la Bastidas, basta citar dos hechos para desconocerla: en el momento en que estaba asesinando a su marido, tuvo la horrible infamia, grandemente significativa de su perversidad, de asestarle dos botellazos por los testículos, y esa misma noche durmió y fornicó con el asesino".

En el natural anhelo por evadir o acortar el cumplimiento de las penas impuéstas por sentencia judicial, suelen el sentenciado o las personas que por él se interesan, forjarse la idea ilusoria de que el recurso de revisión consiste en un nuevo estudio del proceso ya fenecido, que se supone puede emprender la Corte si se le presenta una solicitud acompañada de papeles o pruebas más o menos pertinentes, aunque sólo se reduzcan para darle a la Corte un mero pretexto que le permita efectuar el nuevo estudio del proceso.

Idea errónea, porque no es potestativo de la Corte reabrir procesos judiciales sino en los casos limitativamente previstos por la ley 33 de 1909 sobre revisión; y porque ésta no consiste en el nuevo estudio que la Corte haga del proceso, sino en el estudio de los hechos o los documentos **nuevos**, o, como dice la causal invocada en este expediente, "documentos o comprobantes **no conocidos al tiempo de los debates**".

El artículo 6º de la precitada ley dice: "Si el fallo de la Corte ordena la revisión de la causa, el nuevo proceso se seguirá en un juzgado o Tribunal distinto del primitivo, que designará la Corte misma".

Esto quiere decir que a la Corte le compete ordenar la revisión del proceso, cuando sea el caso de hacerlo; pero la revisión misma, es decir, "el nuevo proceso", no se surte ante la misma Corte sino ante el Tribunal o juzgado que ella designe.

La estabilidad de los fallos judiciales, el respeto por "la cosa juzgada", imponen la necesidad de que para reabrir un proceso, hecho grave y trascendental en la administración de justicia, haya graves razones provenientes, ya de hechos **nuevos**, ya de pruebas o documentos también nuevos, al menos en el sentido de que no hubieran sido conocidos al tiempo de los debates, como dice la ley.

Y aun en legislaciones de otros países donde la Corte que decreta la revisión debe practicarla en seguida ella misma, se establece perentoriamente que no podrá disponerse ni practicarse la revisión sino en virtud de hechos o pruebas no conocidos cuando se surtió el juicio o por los jueces que fallaron sobre él.

La recurrente, en el caso de que trata el presente fallo, no ha presentado ni hechos ni pruebas que al tiempo de los debates hubiesen sido desconocidos. Y el único papel nuevo que se aduce es un diminuto concepto de los médico-legistas que en vez de infirmar la existencia del cuerpo del delito, la confirma o, cuando menos, es un documento inocuo.

Por todo ello se ve que el recurso de revisión propuesto es infundado y en tal virtud la Corte Suprema, Sala de casación en lo criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, niega la revisión solicitada por Visitación Bastidas.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

Pedro Alejo Rodríguez, José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Alberto Malo Baños, Srio. en ppd.

BIBLIOTECA

RECURSO DE REVISION

El recurso de revisión no constituye una tercera instancia. El numeral 3º del artículo 1º de la ley 33 de 1909 no puede interpretarse sino en el sentido de que con notoria posterioridad al fallo de cuya revisión se trate surja nítidamente la prueba respecto de la falsedad de los elementos que se estimaron en el juicio. Al hablar la ley de indicios, se refiere sin duda a factores de aparición posterior al fallo que se intenta revisar, y no a los propios elementos favorables al acusado que en las instancias se valoraron. En el recurso de revisión sólo se contempla un problema de pruebas o de hechos no conocidos por el juzgador en los debates del juicio, y referente ese problema a la responsabilidad del reo ante un hecho delictuoso genéricamente considerado.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, agosto diez y nueve de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez).

Con fecha 9 de mayo de 1934, el señor Juez 3º del circuito de Pasto puso fin a la causa contra Luis Gonzalo Sotelo, por delitos contra la religión y el culto, en sentencia de la cual se copian los siguientes pasajes:

"En el plenario se han establecido algunas circunstancias atenuantes, sin que aparezca comprobada ninguna agravante; pero por las copias que se registran de folios 72 vuelta a 76, se viene en conocimiento de que el procesado Sotelo E., ha sido penado a la pena de seis meses de reclusión, por el delito de heridas, con fecha 23 de julio de 1925, lo que constituye una reincidencia, al tenor del artículo 140 del Código Penal, y da lugar al aumento de pena de que trata el artículo 142 del citado código. Por lo expuesto, el Juzgado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, previa calificación de la delincuencia en mínimo grado y por aplicación del artículo 203 del Código Penal, en armonía con los 142 y 42 de allí, condena al señor Luis Gonzalo Sotelo E., como responsable de un delito contra la religión y el culto, a sufrir la pena de un año y nueve meses de reclusión en el lugar que designe la autoridad política respectiva, debiendo deducirse el tiempo de veintiún días que ha estado privado de su libertad por detención preventiva, según las respectivas boletas. Condénasele asimismo a la pérdida de todo empleo público y de toda pensión, así como a la privación perpetua de los derechos políticos y al pago de las costas procesales. Absuélvase al mismo señor Sotelo E. de uno de los delitos contra la religión y el culto, por el que fue llamado a juicio. Remítase copia de este fallo a la Prefectura Judicial de la Policía Nacional. Tómense, separadamente, copias de lo conducente para averiguar los delitos de perjurio en que hayan podido incurrir José Yandar, Concepción Castro de Hernández y Alejandrina Guerrero, y la responsabilidad en que pueden haber incurrido el Alcalde y Secretario del distrito de Yacuanquer, señores Joaquín Insuasti y Azael Figuero Jurado, respectivamente".

Apelada la sentencia por el acusado, el Tribunal superior del distrito judicial de Pasto la confirmó en todas sus partes, en fallo de 9 de octubre del mismo año de 1934.

Hay un salvamento de voto del magistrado doctor Bolívar Chaves R., basado en el que formuló el magistrado doctor Miguel Angel Alvarez al confirmarse por el Tribunal el auto de proceder contra Sotelo.

Contra la sentencia del Tribunal, el reo ha interpuesto ante la Corte el recurso de revisión de que trata la ley 33 de 1909, fundándolo en los motivos de los numerales 3º y 5º del artículo 1º

Tramitado debidamente el negocio, es la oportunidad de resolver en definitiva, y a ello pasa la Sala, con base en las consideraciones que estima pertinentes.

El fallo del Tribunal trae como relación de hechos la del auto de proceder, y alrededor de ella hace las apreciaciones que en seguida se copian:

"... Por las declaraciones de Concepción Castro (fs. 2 y 38), Rodolfo Hernández (fs. 3 vta. y 31); Tomás Obando (fs. 5 y 48); José Yandar (fs. 6 y 36), aparece que el sindicado, en un día del mes de marzo del mes (sic) pasado, en la cantina del hotel Pasajeros de Yacuanquer y en asocio de Tomás Obando, Manuel Rosero Bravo y Azael Figueroa, lanzó la expresión de "Abajo Cristo"; y estos testigos dicen que Sotelo también agregó una expresión completamente despectiva e injuriosa contra la Santísima Virgen María, aunque no están acordes en los términos de tal frase en cuanto se re-

fiere al insulto hecho a la Madre de Dios. Por otra parte, aparece que el mismo Sotelo, el 1º de junio de este año, también en Yacuanquer y en plena borrachera, estando en la tienda de Carmela Paz, a donde penetró después de producir escándalo, dijo: 'me .... en Cristo', lo que se comprueba con la testimonial uniforme de Tomás Obando, José Yandar, José María Chaves, Noé Lazo, Nelson Benavides, Jeremías Rosero, Pedro Muñoz, Luis Obando, Juan Bautista Astorquiza y Alejandro Guerrero. Respecto del primer cargo, como con justicia lo observa el señor Juez de la instancia, los testigos acusadores de Sotelo infirmaron sus declaraciones y por lo mismo ha desaparecido el cargo imputable, siendo consecuencia lógica la absolución decretada, pues los deponentes que se contradicen no pueden ser tenidos como hábiles para declarar; y se ha dispuesto lo conveniente para que por separado se averigüe lo relacionado con la responsabilidad criminal que les puede acarrear el hecho de haber contradicho sus testimonios. Respecto del segundo, que, como queda dicho, se hallaba establecido por un número plural de testigos cuando se dictó el auto de proceder, no ha sido desvirtuado, porque los testigos han continuado declarando que oyeron proferir palabras blasfemas de que se acusó a Sotelo; y si es cierto que algunas modificaciones han hecho, ellas no son sustanciales, ni pueden, por lo mismo, destruír la fuerza probatoria que les es propia; ni son procedentes las tachas que se han querido hacer valer contra esos testigos, porque no se ha podido establecer ninguna de las causales a que se contraen los artículos 668 y siguientes del Código Judicial, pues el cargo que a algunos se les hace de ser rateros, no está comprobado con sentencias dictadas por autoridad competente, ni los rateros son tachados por incapacidad moral, ya que ella, por la ley sólo se refiere a los que han sido condenados en sentencia ejecutoriada por los delitos de perjurio y falsedad, y tampoco puede prosperar la tacha por la enemistad capital, porque ella se encuentra definida por el artículo 669, numeral 7º, del Código Judicial, así: 'entendiéndose por tal (enemigo capital) al que ha amenazado la vida de éste o lo ha injuriado o calumniado de modo grave, sin que haya mediado reconciliación entre ellos'. Que los testigos acusadores pertenezcan al partido conservador y el otro al partido liberal, no puede ser motivo de tacha en sus declaraciones. En concreto ningún hecho puede atribuírse a los testigos del sumario, para deducir de él que son enemigos capitales de Sotelo, ni a esta conclusión puede llegarse, por el solo hecho de haber declarado en su contra, en este proceso, porque el testigo, que pone a Dios por garante de que ha de decir la verdad, no se propone causar ningún daño a nadie personalmente sino relatar lo que él sepa por sus propias o directas percepciones, o por cualquier otro motivo, como auxiliar de la justicia, y por propia satisfacción de su conciencia. Se encuentra, pues, en pie, la prueba plena del hecho criminoso atribuído a Sotelo; y por tanto, es consecuencia el dictar sentencia condenatoria, calificándose la delincuencia en tercer grado, como se ha hecho, por existir circunstancias atenuantes, y calificando la reincidencia de que habló ese funcionario por aparecer de autos una sentencia ejecutoriada, que le impone una pena de seis meses de reclusión, por un delito de heridas. La disposición penal ha sido correctamente aplicada también y de acuerdo con la tesis sustentada por la mayoría del Tribunal en casos similares, pues sostiene ella, que quien ultraja a la Segunda Persona de la Santísima Trinidad, como lo es Nuestro Señor Jesucristo, hace ofensa a Dios, Sér Supremo, porque ella es Dios, Dios y Hombre, real y verdadero".

De la vista del señor Procurador se transcribe lo siguiente:

"El señor Juez 3º del circuito de Pasto conoció del asunto, y en sentencia de nueve de mayo de 1934 descartó el cargo anterior al de primero de junio, y aun ordenó sacar copia de lo conducente para averiguar el delito de perjurio de algunos de los declarantes. Cuanto al cargo referente a la frase 'me .... en Cristo', aun prescindiendo de algunos testimonios por razón de enemistad capital con el encausado y de otros por haber sido infirmados, siempre lo dio por comprobado con las declaraciones de José María Chaves, Noé Lazo, Pedro Muñoz, Nelson Benavides y Juan Bautista Astorquiza. De manera que aplicando el artículo 203 del código de las penas, previa calificación de la delincuencia en tercer grado y habida consideración de una reincidencia por el delito de heridas, el Juez condenó a Sotelo a la pena de un año y nueve meses de reclusión, así como a las accesorias correspondientes.

El Tribunal superior del distrito judicial de Pasto confirmó el fallo con el salvamento de voto de uno de sus magistrados, quien no encontró establecido el cargo de blasfemia por razones teológicas y de otro orden.

El sentenciado se presenta ahora a vosotros en demanda de revisión de su causa, invocando para ello las causales 3ª y 5ª de

la ley 33 de 1909. Para que la petición prospere, creo suficiente la parte final de la última de esas causales, redactada así:

'... Cuando se presenten indicios graves sobre esta inocencia o irresponsabilidad' (La del condenado).

El recurrente acompañó a su demanda documentos y numerosos testimonios de los cuales resulta lo siguiente:

Que en el pueblo de Yacuanquer, de mayoría conservadora, se le odiaba y se le perseguía a muerte por sus ideas liberales y un tanto despreocupadas; que se buscaba un pretexto para eliminarlo moral o materialmente y que es muy posible se formara una combinación criminal para acusarlo por blasfemo y reducirlo a la cárcel. Y esta hipótesis parece comprobada por la circunstancia de que respecto de algunos testigos se ordenó investigar si eran perjuros; a otros se les rechazó por haber infirmado sus dichos, y en cuanto a aquellos que fueron aceptados para fundar la sentencia, resulta que se contradicen lastimosamente, según lo ha demostrado el recurrente en sus escritos de demanda y conclusión. El dictamen pericial es también indicio muy importante sobre la falsedad de la acusación, porque de él resulta que, dadas las distancias entre ciertos puntos, no era posible oír las palabras que pronunciara Sotelo en un tono de voz poco elevado.

El recurso de revisión se ha establecido no como una tercera instancia, para reformar o anular los fallos judiciales que se hayan dictado contra los culpables con mayor o menor rigor. No. El tiene por objeto único salvar de un error judicial o de una condenación injusta al inocente o irresponsable. Por eso la ley permite que si a juicio de la honorable Corte es evidente o siquiera posible esa inocencia o irresponsabilidad, ella pueda ordenar la revisión de la causa del condenado.

Por lo expuesto, conceptúo que debéis resolver favorablemente la demanda de Sotelo".

La Sala observa:

Según se ha dicho, los motivos en que el recurrente apoya su recurso son el 3º y el 5º del artículo 1º de la ley 33 de 1909, cuyo texto es a saber:

"3º Cuando alguno esté sufriendo condena y se demuestre, a juicio de la Corte Suprema de Justicia, que es falso, según la ley, algún testimonio, peritazgo, documento o prueba de cualquier clase que haya podido determinar el fallo respectivo;

. . . . . .

5º Cuando después de una condenación llegue a producirse o revelarse un hecho nuevo, o se presenten documentos o comprobantes no conocidos a tiempo de los debates, capaces de establecer la inocencia o irresponsabilidad del condenado, o cuando se presenten indicios graves sobre esta inocencia o irresponsabilidad".

So pretexto de la causal 3ª, intenta el recurrente revivir ante la Corte el debate que sostuvo en el Tribunal acerca de las discrepancias que se advierten entre dos grupos de declarantes: el que acusa a Sotelo por los hechos que dieron lugar a la condena, y el otro que lo señala en condiciones distintas.

Los primeros: Tomás Obando, José Yandar, José María Chaves, Noé Lazo, Nelson Benavides, Jeremías Rosero, Pedro Muñoz, Luis Obando, Juan Bautista Astorquiza y Alejandro Guerrero.

Son los segundos: Jorge Enríquez, José María Calvachi, Israel Cuayal, Gumersindo Rosero, Encarnación Martínez, José Navarro, Julia Navarro, Salvador Rivera, José Félix Eraso, Alberto Eraso, Primitivo Gamboa y Diógenes Benavides.

También se pretende hacer valer un dictamen pericial producido durante las instancias, según el cual resulta sospechoso el testimonio de los declarantes que acusan a Sotelo, por imposibilidad, debido a la distancia, de que esos testigos hubieran escuchado las palabras proferidas por aquél.

Y, por último, el recurrente hace especial hincapié, tanto en su enemistad personal con algunos de los declarantes, como en el antagonismo político existente entre él y la generalidad de las gentes de la población de Yacuanquer.

Así las cosas, la Sala no halla mérito para aceptar el primer motivo de revisión alegado por Sotelo; pues este recurso dista mucho de constituír una tercera instancia, con apreciación nueva de los mismos factores que obraron en la determinación del Tribunal, tesis que comparte el señor Procurador.

En opinión de la Corte, el numeral 3º del artículo 1º de la ley 33 de 1909, no puede interpretarse sino en el sentido de que, con notoria posterioridad al fallo de cuya revisión se trate, surja nítidamente la prueba respecto de la falsedad de alguno de los elementos que se estimaron en el juicio, y de modo que autorice a pensar que sin ese factor, otro hubiera sido el resultado de la causa.

Pero en materia de revisión, la posterior apreciación en la Corte del pro y el contra de las pruebas que sirvieron de base a una sentencia de segunda instancia, implicaría la completa desnaturalización de este inci-

dente procesal, otorgado por la ley como recurso extremo.

En cuanto al motivo 5º no aduce el recurrente, y menos se revela, hecho alguno nuevo, ni comprobantes o documentos no conocidos a tiempo de los debates, capaces de establecer la inocencia o irresponsabilidad del condenado. Ya se ha dicho que Sotelo no hace sino volver a plantear la discusión sobre los elementos que en las dos instancias se conocieron.

Tampoco estima la Corte que en el caso actual se presenten indicios graves —como lo cree el señor Procurador— sobre la inocencia o irresponsabilidad de Sotelo; porque la ley, al hablar de estos indicios, también se refiere, sin duda, a factores de aparición posterior al fallo cuya revisión se intenta, y no a los propios elementos favorables al acusado que en las instancias se valoraron, y que allí se hallaron ineptos para desvirtuar los elementos de prueba aducidos en su contra. La interpretación contraria conduciría al mismo resultado inaceptable y que en abstracto rechaza el señor Procurador, de convertir el recurso de revisión en una tercera instancia contra las sentencias de los Tribunales.

Quedaría por analizar la cuestión de si estuvo bien aplicada la ley penal respecto del castigo que el Tribunal de Pasto impuso a Luis Gonzalo Sotelo, en cuanto pudiera pensarse que una indebida aplicación de los preceptos del código fuera pertinente al punto de la inocencia o irresponsabilidad del acusado, de que habla la ley 38 de 1909 en varias de sus disposiciones.

Pero este análisis habría sido pertinente en el caso de que el asunto hubiese venido a la Corte en vía de Casación, hipótesis aquí imposible por la cuantía de la pena impuesta a Sotelo. En el recurso de revisión sólo se contempla un problema de pruebas o de hechos no conocidos por el juzgador en los debates del juicio, y referente ese problema a la responsabilidad del reo ante un hecho delictuoso genéricamente considerado.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, en desacuerdo con el señor Procurador, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, niega la revisión solicitada.

Por conducto del Tribunal superior del distrito judicial de Pasto, a donde se remitirá copia de esta sentencia, hágase saber al interesado.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

Pedro Alejo Rodríguez, José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias.—Alberto Malo B., Srio. en ppd.

HOMICIDIO

La circunstancia de traición o alevosía no puede calificarla el Tribunal si el Jurado no la mencionó en su respuesta. Al responder afirmativamente el Jurado sobre la responsabilidad del homicida, agregando la modalidad de la riña, pero sin determinar de parte de quién vino la provocación, implícitamente rechazó la alevosía, lo cual determina la clasificación del hecho delictuoso ciertamente en un homicidio simplemente voluntario, pero no de los previstos en alguna disposición especial, por lo cual no le corresponde la pena señalada en el artículo 600 de la ley, sino la determinada en el 602. La existencia de la alevosía ha de resultar absolutamente comprobada, para concluir si el delito es de los más graves, en cuyo evento la penalidad no será la señalada en el 602, sino la determinada por el artículo 600 del Código Penal y viceversa. Los jueces tienen que basar su juicio conforme la tarifa legal de pruebas, a diferencia de lo que acontece al Jurado.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, agosto veintiocho de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias).

Inició se este proceso que versa sobre el delito de homicidio, ante la Alcaldía Municipal de Quimbaya, Departamento de Caldas, el 25 de junio de 1933.

El Juez del conocimiento, que lo es el Juez Superior de Pereira, propuso al Jurado el siguiente cuestionario:

"El acusado Salvador Martínez, mayor de edad, natural de Armenia y vecino de Quimbaya, es responsable de haber dado muerte a Jesús Bedoya, por medio de una herida que le infirió con arma cortante y punzante, hecho que tuvo lugar en el paraje llamado La Palmera, en jurisdicción del municipio de Quimbaya, como a las tres de la tarde del día veinticinco de junio de mil novecientos treinta y tres, y en la comisión del acto procedió el acusado voluntariamente?"

El veredicto del Jurado es del tenor siguiente:

"Sí es responsable, en riña, sin saber provocada por quién".

Por sentencia de doce de julio de mil novecientos treinta y cuatro, el Juez Superior de Pereira, en consonancia con el veredicto arriba transcrito, condenó a Salvador Martínez como responsable del delito de homicidio perpetrado en la persona de Jesús Bedoya, en riña provocada por éste, a sufrir las penas siguientes:

"Tres años de reclusión que purgará en el establecimiento de castigo respectivo; a la pérdida de todo empleo público y de toda pensión, proveniente ésta del Tesoro Nacional; a la privación perpetua de los derechos políticos; al pago de las costas procesales exigibles, y a perder como multa a favor del Estado, el arma con que cometió el delito".

El Juez a quo calificó el delito en tercer grado y aplicó el artículo 602 del Código Penal absolviendo la duda respecto a la provocación de la riña que puntualiza la respuesta del Jurado, a favor del reo, e imputando la provocación, de consiguiente, al occiso.

Subida la sentencia al Tribunal Superior de Pereira, por apelación interpuesta por el defensor del procesado, reformó el fallo apelado en cuanto a la pena principal, aceptando la calificación de la delincuencia en tercer grado y aplicando el artículo 600 del Código Penal, condenó a Salvador Martínez a seis años de presidio en lugar de tres que señalaba la sentencia apelada. En lo demás, confirmó el fallo.

En tiempo oportuno el reo Salvador Martínez interpuso recurso de casación e invocó luégo ante la Corte las causales 1ª, 2ª y 4ª de la ley 118 de 1931.

Como está terminada la tramitación propia del recurso, pasa la Sala a decidir sobre él, teniendo en cuenta las consideraciones que siguen, a cuyo efecto es pertinente historiar sintéticamente los hechos.

Aparece de autos que Salvador Martínez y Jesús Bedoya, vivían con sus respectivas familias en casas separadas en la finca de "La Palmera", de propiedad de Manuel López C. y eran agregados o trabajadores de éste. Martínez tenía allí sus sementeras de plátano. Bedoya había sido autorizado por su patrón para sacar plátanos de algunas de las sementeras.

El 25 de junio de 1933, día domingo, Martínez se hallaba en su casa en compañía de varios parientes y amigos, cuando pasó cerca al patio Jesús Bedoya, acompañado por su peón Antonio Montoya; ambos traían sendos racimos de plátanos. Martínez salió a su encuentro y significó a Bedoya que le tenía prohibido sacar plátanos de su sementera. Este le replicó que lo hacía con consentimiento del patrón de ambos, con quien debía arreglarse el reclamante. Los testigos presenciales de este hecho se contradicen notablemente, como lo hace ver la crítica de la sentencia del Tribunal. En efecto: Antonio Montoya, el peón que acompañaba a Jesús Bedoya, da razón de una discusión acalorada en la cual las palabras agresivas las pronunció Martínez, al par que los parientes y amigos de Martínez aseguran lo contrario.

Respecto de la riña resulta difícil saber si ella ocurrió efectivamente, pues el testigo Montoya dice que cuando Martínez y Bedoya discutían salió de la casa de Martínez, Enrique Blandón, y dirigiéndose al lugar en donde estaban Martínez y Bedoya, se colocó en medio diciendo que dejaran eso que no valía nada, exitación de paz que, según se deduce de la misma declaración, fue aceptada por Bedoya; en cambio, los parientes de Martínez sostienen que la riña se verificó y que hubo lucha.

En la diligencia del levantamiento del cadáver se lee lo siguiente (folio 1º vuelto): "Se encontró un reguero de sangre fresca a una distancia de la casa de quince varas aproximadamente, indicativo tal lugar, de que allí se hubiera dado principio al encuentro y se hubiera recibido la herida, pues en la dirección del lugar donde se hallaba el cadáver de Bedoya y en dirección, o forma de curva, se observan huellas de sangre hasta el punto donde aparece el cadáver. La distancia entre estos dos últimos puntos es de quince varas aproximado, no encontrando en todo aquel recorrido señal o rastro indicativo de lucha".

El Tribunal, al analizar estos hechos, un poco oscuros, concluye que, aun admitiendo que la riña la provocase el occiso, "el matador hirió aprovechando el momento en que su contrario le volvía la espalda, lo que indica la existencia de la alevosía por parte del homicida"; por lo cual declara que no es aplicable al caso el artículo 602 del Código Penal sino el 600 de la misma obra, reformando así la sentencia apelada.

Como se deja dicho, al interponer el reo recurso de casación invocó ante la Corte las causales 1ª, 2ª y 4ª de la ley 118 de 1931. Procede, por lo tanto, a examinar, por su orden, cada una de las causales aducidas:

PRIMERA CAUSAL:

"Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ésta o por indebida aplicación de la misma". A este respecto dice el Procurador en su vista:

"El Juez a quo aplicó el artículo 602 del Código de las penas, porque resolvió en favor de Martínez la duda respecto del provocador de la riña y porque estimó que en el caso se habían cumplido las demás condiciones que tal artículo señala. Pero el Tribunal reformó la sentencia y dio por violado el artículo 600, no porque desconociera o rechazara la posibilidad de que la provocación a riña hubiera venido de parte del occiso, sino porque encontró que no se había llenado la condición del mismo artículo relativa a que no hubiera habido traición o alevosía por parte del homicida. Y esta alevosía, que significa perfidia o deslealtad, la patentiza el Tribunal en los párrafos de su fallo, en los cuales demuestra que Martínez aprovechó el momento en que Bedoya se inclinaba a recoger el racimo de plátanos para herirlo por la espalda. Y con esa alevosía, es claro que no era aplicable el mencionado artículo 602. ¿Y cuál era entonces la disposición pertinente? Sin duda alguna la del artículo 600, puesta en relación con el numeral 1º del 587, el cual concluye de este modo: 'En este caso se comprende no sólo el que mata a virtud de la provocación, sino el que por ella promueve riña o pelea, de que resulte la muerte del ofensor'. El homicidio voluntario de que se trata no era posible considerarlo como de los menos graves, justamente por las circunstancias en que se cometió. Ya se dijo que la sentencia de segunda instancia no desconoció el hecho declarado por el Jurado, de que el homicidio se cometió en riña, y que además se admitió que el occiso había sido el provocador. La herida de la espalda habla por sí sola: ella, la única, fue causada por una mano aleve y cobarde. Es inútil alegar que se hirió en ese sitio en virtud de las vueltas, ademanes y toda clase de movimientos de uno de los contendores. La diligencia de autopsia es otro testigo mudo pero de una elocuencia innegable, así como también la huella de sangre que principiaba cerca al racimo de plátanos. No hace falta, pues, la declaración de Montova, por más que ella aparezca como la expresión de la verdad".

Para aplicar el artículo 600 del Código Penal en lugar del 602 que aplicó el Juez de primera instancia, el Tribunal contempló así el caso: "La declaración de Montova a la luz de la crítica jurídica demuestra ser verídica e imparcial; pero haciendo a un lado su testimonio, lo mismo que el de la esposa de Bedoya; y rechazando del mismo modo las de los parientes del procesado, quedan sin embargo hechos escuetos, de los cuales se desprende sin lugar a duda alguna, y aun admitiendo que la provocación a riña hubiese sido por parte del occiso, que el matador hirió aprovechando el momento en que su contrario le volvía la espalda, lo que indica la existencia de la alevosía por parte del homicida".

La apreciación de los hechos corresponde al Jurado porque ellos son los únicos determinantes de la responsabilidad. Al absolver el Jurado el cuestionario propuesto por el Juez de la causa, respondió: "Sí es responsable, en riña sin saber provocada por quién"; y ese cuestionario fue formulado así: "El acusado Salvador Martínez, mayor de edad, natural de Armenia y vecino de Quimbaya, es responsable de haber dado muerte a Jesús Bedoya, por medio de una herida que le infirió, con arma cortante y punzante, hecho que tuvo lugar en el paraje llamado La Palmera, en jurisdicción del municipio de Quimbaya, como a las tres de la tarde del día veinticinco de junio de mil novecientos treinta y tres y en la comisión del acto procedió el acusado voluntariamente?"

Determina el artículo 163 de la ley 40 de 1907 que al examinar las sentencias de los Jueces Superiores cumple a los Tribunales respectivos declarar tres puntos: si el juicio adolece de nulidad, si el veredicto del Jurado es notoriamente injusto y si la ley penal ha sido rectamente aplicada. La sentencia recurrida declaró que la causa no adolecía de vicio de nulidad suficiente para invalidarla y que no había elementos para considerar el veredicto injusto; pero sí estimó que la ley estaba erróneamente aplicada por cuanto existió por parte del homicida alevosía, y de allí que reformase la sentencia aplicando el artículo 600 del Código Penal y no el 602.

En esta reforma hace consistir precisamente el recurrente la causal de nulidad, pues sostiene que ha habido una indebida aplicación de la ley penal, "porque si el tribunal de conciencia reconoció que el homicidio se había cometido en los eventos de una riña sin saberse provocada por quién, la ausencia de ese conocimiento acerca del provocador de la riña hacía inclinar necesariamente la duda en mi favor, y con ésta la aplicación de la pena más benigna".

Y más adelante agrega el recurrente: "Errónea apreciación, desde luego que si hubo riña no pudo haber alevosía, y si hubo ésta el caso no puede ser homicidio simplemente voluntario. El hecho de que una herida quede localizada por la espalda no quiere decir precisamente que haya alevosía, sino que ella ocurre en las vueltas, ademanes y toda clase de movimientos externos de uno de los contendores para vencer al otro y para evitar ser vencido".

Es, pues, en el presente caso la sentencia violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ésta, o hay indebida aplicación de la misma, que son los dos motivos que determinan el recurso de casación de acuerdo con el inciso 1º del artículo 3º de la ley sobre la materia? En otros términos: se aplicó mal el artículo 600 interpretando mal la ley, o se hizo una indebida aplicación de ese mismo artículo?

Para resolver estas cuestiones es necesario atenerse ante todo al veredicto del Jurado. Ese veredicto es afirmativo y constituye por lo tanto responsable a Martínez de la muerte de Bedoya. Agrega, sí, que la ejecución del hecho se verificó en riña sin saberse provocada por quién. Tanto la sentencia del Juez Superior, como la del Tribunal, absuelven la duda, como era natural, a favor del reo. El homicidio, según estas apreciaciones, queda, pues, clasificado como simplemente voluntario, o sea encasillado en el artículo 587 del Código Penal.

Aclarada esta cuestión, es indispensable determinar si la pena imponible es la señalada en el artículo 600, o la señalada en el artículo 602 del Código Penal.

El artículo 602 dice a la letra:

"Si el homicidio se cometiere en riña promovida por el que murió, ya directamente o ya por medio de ofensas, agresiones, violencias, injurias o deshonras graves, de las que excluyen la premeditación, causadas a su contrario, para que éste provoque la riña, siempre que no haya habido traición o alevosía por parte del homicida, la pena será de tres a seis años de reclusión. Lo propio se aplicará a los delitos que, a juicio del Juez, sean menos graves, entre los definidos en los números 1º, 2º, 4º, 5º y 7º del artículo 587, que no sean objeto de disposición especial".

Dos eventos contempla este artículo, para efecto de la penalidad, y en ambos casos la sanción es de tres a seis años de reclusión: cuando el homicidio se comete en riña promovida por el occiso con provocaciones para que la riña la inicie el contrario, pero siempre que no haya habido traición o alevosía por parte del homicida; y cuando el homicidio es de los especificados en el artículo 587 del Código Penal en los incisos 1º, 2º, 4º, 5º y 7º, en los casos menos graves y que al propio tiempo no sean objeto de disposición especial, es decir, de los contemplados en los artículos 603 y siguientes hasta el 614, inclusive.

En sentir de la Sala, el veredicto del Jurado, que es la base para la condenación, y que no fue declarado injusto, estableció la responsabilidad de Martínez en homicidio simplemente voluntario, cometido en una riña y como no determinó por quién había sido provocada ésta, lógico es absolver esa duda a favor de Martínez, lo que permite establecer que Bedoya fue provocador. La circunstancia de la traición o alevosía, es decir, el hecho de que Bedoya apareciese herido por detrás, puede calificarla el Tribunal si el Jurado no la mencionó en su respuesta, y si es también evidente que para formar su juicio, el mismo Jurado tuvo en cuenta el auto de proceder, en que aparece la declaración de Montoya y en que también existen los elementos del levantamiento del cadáver y del exámen médico-legal? Nó, porque precisamente al responder el Jurado que el homicidio fue cometido en riña lógicamente tuvo que apreciar la manera como se desarrolló ésta y todos los elementos concurrentes al hecho desde la provocación misma, sobre la cual aceptó su existencia sin determinar quién la inició, y porque su respuesta afirmativa expresa que el hecho, es decir la herida, se causó en la riña. De lo contrario carecería de sentido la respuesta afirmativa con la explicación de en riña sin saber provocada por quién.

Dadas estas circunstancias, y la manera como aparecen en el proceso, es indudable que el veredicto del Jurado las utilizó para formar su concepto, y al responder afirmativamente agregando la modalidad de la riña sin determinar de parte de quién vino la provocación, implícitamente rechazó la alevosía, lo cual determina la clasificación del hecho delictuoso ciertamente en un homicidio simplemente voluntario, pero no de los previstos en alguna disposición especial, por lo cual no le corresponde la pena señalada en el artículo 600 de la ley, sino la determinada en el 602. Así aparece de la respuesta del Jurado reconstruído el análisis sobre los hechos materia del debate, que dieron esa resultante; de lo contrario, la respuesta del Jurado, el veredicto, sería notoriamente injusto, y ni el Juez lo estimó así, ni el Tribunal hizo tal declaración en la oportunidad debida. De ahí, del veredicto hay que partir

para la aplicación recta de la ley punitiva.

Aparte de la modalidad de que se viene hablando, el artículo 602 establece otras, que, como la primera, sacan de la sanción del artículo 600 al homicidio simplemente voluntario cuando este delito es castigado en otra disposición especial del Código, para casos previstos, del mismo homicidio simplemente voluntario, pues nuestra ley penal, en su afán anticientífico de preveer multitud de casos de posible ocurrencia, degenera en casuística.

El espíritu de nuestro Código Penal obliga, pues, a la Sala a confrontar el resto de los casos a que se refiere el artículo 602 en relación con el veredicto del Jurado, para ver si el espíritu de ese artículo es el aplicable al homicidio simplemente voluntario que se viene estudiando dentro de la disposición especial, por ser un caso de naturaleza prevista en ella, y que tenga la misma pena, circunstancia esta última indicativa de la similitud, pues de lo contrario ni se explicaría la agrupación de varios casos en el artículo 602, ni habría tenido objeto el Legislador en excluír esos casos de la disposición genérica del artículo 600 del Código Penal.

El artículo 602 establece también en su segunda parte que en los casos menos graves del artículo 587 del Código Penal, los definidos en los números 1º, 2º, 4º, 5º y 7º, y que no sean objeto de disposición especial, el Juez aplicará, a su juicio, la pena de tres a seis años de reclusión. El homicidio voluntario de que se trata está comprendido en el inciso 7º de la clasificación del 587, inciso que textualmente dice:

"Por causa de una riña provocada por el que murió, ya directamente, ya por medio de ofensas, agresiones, violencias, injurias o deshonras suficientes para excluír la premeditación, causadas a su contrario, siempre que no haya traición o alevosía de parte del homicida..." El caso menos grave contemplado en la disposición transcrita ocurre cuando no media la circunstancia de traición o alevosía por parte del homicida, circunstancia ésta que, sin duda, debe calificar el Juez, puesto que el artículo 602 dice "que a juicio del Juez sea menos grave".

Aplicando este criterio se llega a la conclusión, de acuerdo con el veredicto, de que el homicidio de Bedoya fue perpetrado por Martínez en riña provocada por Bedoya, ya que la duda debe absolverse en favor de Martínez, y entonces el juicio del Juez, para calificar el caso como menos grave, debe asentarse en una prueba completa. En otros términos: la existencia de la alevosía ha de resultar absolutamente comprobada, para concluír si el delito es de los más graves, en cuyo evento la penalidad no será la señalada en el 602, sino la determinada por el artículo 600 del Código Penal y viceversa.

Los jueces tienen que basar su juicio conforme la tarifa legal de pruebas, a diferencia de lo que acontece al Jurado. La existencia de la alevosía en el asunto criminal que se analiza no aparece sino de la existencia de la declaración de Montoya, y ésta es una prueba incompleta.

Cuanto a la diligencia de autopsia y a la exposición final de ella, en que los peritos dicen que la herida fue causada por detrás, de lo cual pudiera deducirse la alevosía, ella no es prueba ni indicial siquiera, porque los peritos sólo reconocen en el concepto un hecho: que la herida fue causada por detrás; pero este hecho, que es una resultante, no muestra la manera, el modo como se produjo ese hecho, es decir, si fue sobreseguro, si fue en el momento en que ya había cesado la riña, o si fue en ésta.

De lo expuesto se concluye que es admisible la causal alegada y que la sentencia debe casarse, ya que aplicó el artículo 600 a un caso que debe ser penado por el artículo 602; hubo, pues, una indebida aplicación de la ley penal desde luego que el artículo 600 es una sanción del homicidio voluntario para los casos no previstos en disposición especial, y éste está en la segunda parte del artículo 602.

SEGUNDA CAUSAL:

Fundaméntase el recurso en el inciso 2º del artículo 3º de la ley 118 de 1931, que dice "ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por cuanto se haya dictado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial".

Deriva esta causal el recurrente de que fueron reemplazados dos de los Jueces de hecho, los señores Fernando Duque y Luis Botero A., por simple informe del Secretario donde dice que se han ausentado; que este informe no fue ratificado bajo juramento para cerciorarse de la verdad; y que se incurrió con esto en la segunda causal de nulidad que señala el artículo 265 de la ley 57 de 1887. El Procurador, con muy buena sindéresis, dice en su vista que el informe del Secretario hace fe en los asuntos judiciales y que a él deben atenerse el Juez y las partes mientras no sea tachado de falso. Acontece que en el presente caso el auto que dispuso el reemplazo de los Jurados Duque y Botero, dictado por el Juez en virtud del

informe del Secretario (véanse fs. 88 v. y 89) se notificó personalmente a las partes. Y además, cabe observar que la causal 2ª que señala el artículo 265 de la ley 57 de 1887, se refiere al sorteo general del Jurado y la alegación debe hacerse en el acto del sorteo.

No es, pues, atendible esta segunda causal alegada.

CAUSAL TERCERA

Hácela consistir el recurrente en el numeral 4º del artículo 3º de la ley 118 de 1931, y al efecto dice: "estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado".

Y agrega el recurrente:

"Dije atrás que esa sentencia no se amoldaba al veredicto del Jurado, por cuanto éste, al contestar la cuestión respectiva, la absolvió así: 'Sí, pero en riña sin saber provocada por quién'. No dijo el Tribunal de conciencia quién era el provocador de esa riña, pero tampoco fue su intención la de declarar la responsabilidad sobre un homicidio simplemente voluntario, porque entonces su respuesta habría sido un sí rotundo. Sugirió una duda acerca del provocador, y esa duda echaba implícitamente la provocación sobre el extinto Bedoya".

El veredicto del Jurado declaró la responsabilidad de Martínez en homicidio voluntario en una riña en que por el efecto de la duda se concluye que el provocador fue el occiso, pero la circunstancia de alevosía, cuya existencia consideró probada el Tribunal, le hizo aplicar el artículo 600 y no el 602 como caso más grave del homicidio simplemente voluntario.

Al analizar la causal primera ya se vio cuál de los artículos del Código Penal era aplicable al caso, por manera que es forzoso concluír que esta causal se halla probada por las razones arriba aducidas en esta sentencia, y como el artículo 4º de la ley 118 de 1931 dispone: "Si la Corte encontrare justificadas las causales primera y cuarta, invalidará el fallo y dictará el que deba reemplazarlo", es inútil entrar a una crítica basada en los mismos argumentos que se tuvieron en cuenta al aceptar la causal primera, porque ello conduce al mismo resultado, o sea a invalidar el fallo recurrido y a dictar el que deba reemplazarlo.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, en desacuerdo con el señor Procurador General de la Nación, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira de veintisiete de noviembre de mil novecientos treinta y cuatro, y en su lugar condena a Salvador Martínez, mayor de edad, natural de Armenia y vecino de Quimbaya, calificando su delincuencia en tercer grado, dando para ello aplicación a los artículos 324 de la ley 57 de 1887; 75 de la ley 100 de 1892; 42, 85, 117, 120 a 124 y 602 del Código Penal, a sufrir las siguientes penas: tres años de reclusión en el establecimiento de castigo que el Gobierno determine; a la pérdida de todo empleo y de toda pensión proveniente del Tesoro Nacional; a la pérdida por tiempo indefinido de los derechos políticos; al pago de las costas procesales exigibles y a la pérdida del arma con que cometió el delito. Al reo se le abonará como parte cumplida de la pena todo el tiempo que haya estado sufriendo detención preventiva por este delito.

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

Pedro Alejo Rodríguez, José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias.—Alberto Malo R., Srio. en ppd.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

PENSION

El inciso 2º, artículo 3 de la Ley 37 de 1933, se refiere a los establecimientos oficiales de enseñanza secundaria. Los servicios prestados en colegios privados no dan derecho a pensión de acuerdo con esa ley. Los servicios prestados en la instrucción secundaria de carácter privado están contemplados en la Ley 42 de 1933, y para obtener derecho a pensión por ellos es necesario llenar determinadas condiciones y dirigir la solicitud al Consejo de Estado, como entidad competente para conocer de esos asuntos.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, junio diez y ocho de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

La señorita Tulia Bernal F., vecina de Rionegro, Departamento de Antioquia, solicita pensión de jubilación vitalicia por sus servicios en la instrucción. El señor Ministro de Educación envió el expediente a la Corte, acompañado de un informe favorable a la solicitud. Para resolver se considera:

La peticionaria acreditó que tiene más de cincuenta años, y con declaraciones de testigos comprobó su buena conducta. Los testimonios no serían aceptables, porque no se estableció la honorabilidad e idoneidad de los declarantes para cumplir las exigencias de la ley.

Sobre la prueba de los servicios prestados en la instrucción, se observa lo siguiente:

La Ley 114 de 1913 creó pensiones de jubilación para los maestros de escuelas primarias oficiales. Exigió veinte años de servicios para tener derecho al beneficio.

La Ley 37 de 1933 dice lo siguiente en su artículo 3º:

"Las pensiones de jubilación de los maestros de escuela, rebajadas por decreto de carácter legislativo, quedarán nuevamente en la cuantía señalada por las leyes.

"Hácense extensivas estas pensiones a los maestros que hayan completado los años de servicios señalados por la ley, en establecimientos de enseñanza secundaria".

Es obvio que el inciso 2º de la disposición citada se refiere a los establecimientos de enseñanza secundaria oficiales y fue dictada para corregir la anomalía que existía de que los que prestaban sus servicios al Estado en la instrucción secundaria no gozaban de la gracia y ni siquiera podían acumular sus servicios a los prestados en la instrucción primaria para completar el tiempo exigido por la ley.

Los servicios prestados en la instrucción secundaria de carácter privado, están contemplados en la Ley 42 de 1933, y para obtener derecho a pensión por ellos es necesario llenar determinadas condiciones y dirigir la solicitud al Consejo de Estado, que es la entidad competente para conocer de estos asuntos.

La señorita Tulia Bernal Fernández fue directora de la escuela alternada de Vilachuaga (Rionegro) en los años de 1913, 1914 y 1915, de enero a abril de 1916. Es decir, sirvió en la instrucción primaria oficial por espacio de tres años y cuatro meses.

Para completar el tiempo de veinte años que exige la Ley 114 de 1913, la peticionaria presentó un certificado de la Junta Directiva del Colegio de Santa Teresa de Jesús del Carmen Viboral, según el cual desempeñó el empleo de directora de dicho colegio por espacio de 18 años y nueve meses, de 1916 a 1934. Sobre este colegio dice el Director de Educación Pública de Antioquia que está reconocido como establecimiento de enseñanza secundaria y que dicho establecimiento, como todos los de enseñanza secundaria del departamento, está organizado bajo la dependencia de los empleados oficiales del ramo de educación pública, con estatutos aprobados por la Dirección y dirigidos por empleados cuyo nombramiento está sujeto a la aprobación de ese despacho.

El tiempo de servicio de la peticionaria en el Colegio de Santa Teresa de Jesús del Carmen Viboral no puede aceptarse para completar los años que exige la Ley 114 de 1913, porque no está acreditado que se trate de un establecimiento oficial costeado con fondos del erario público, sino que por el contrario, aparece que es un colegio privado,

organizado con aprobación oficial para determinados fines.

Por estas razones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, niega la pensión solicitada por la señorita Tulia Bernal F.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese.

Pedro A. Gómez Naranjo, Eleuterio Serna R., Aníbal Cardozo Gaitán.—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

EXCEPCION DE PRESCRIPCION DE LA ACCION EJECUTIVA EN JUICIO SEGUIDO CON JURISDICCION COACTIVA

En ejecuciones seguidas con jurisdicción coactiva pueden alegar los deudores del Fisco la excepción de prescripción de la acción ejecutiva, siguiendo las reglas generales del derecho común, como que en el Código Judicial actual no se estableció la limitación del artículo 1098 del Código anterior.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, junio veintiuno de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo).

El Ministerio de Gobierno, por Resolución número 217 de 1921, declaró al señor Eduardo Trujillo responsable de la cantidad de $ 222.15, en su carácter de Mensajero de Correos entre Popayán y Neiva, por la pérdida de dos encomiendas y la multa de $ 20. La Agencia de Ejecuciones Fiscales de Correos y Telégrafos, con fecha ocho de abril de 1922, libró mandamiento de pago por la vía ejecutiva contra el señor Trujillo por la cantidad expresada y por los intereses correspondientes, desde el 13 de febrero de 1922, día en que se hizo exigible la obligación por haber quedado ejecutoriada la Resolución. El 18 de julio de 1934 le fue notificado al señor Trujillo el auto ejecutivo en Neiva, por el abogado ejecutor Síndico de Lazaretos.

El doctor Federico A. Daza, como apoderado del ejecutado, propuso dentro del término legal la excepción de prescripción de la acción ejecutiva y el asunto subió a la Corte, donde se pasa a decidirlo, previas las siguientes consideraciones:

El incidente se tramitó en esta Sala legalmente, y el señor Procurador General de la Nación, en su vista de catorce de marzo pasado, pidió que se declare probada la excepción propuesta y adujo estas razones como fundamento de su solicitud:

"El artículo 257 del Código Fiscal establecía que los créditos activos del Tesoro se extinguen por prescripción de 30 años, pero esta disposición fue derogada por el artículo 81 de la Ley 42 de 1923, y como en ella no se estableció un plazo de prescripción diferente, debe entenderse que quedaron regidos por los preceptos del derecho común, según el cual la prescripción de la acción ejecutiva se cumple en diez años (art. 2536 del C. C.).

"El artículo 41 de la Ley 153 de 1887 establece que: "La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún el tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o la segunda, a voluntad del prescribiente; pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que la ley nueva hubiere empezado a regir".

Como en el caso presente el señor Trujillo se ha acogido a la Ley 42 de 1923, los diez años sólo se pueden contar desde que esta ley empezó a regir, es decir, desde el 1º de septiembre de 1923 (art. 82, Ley 42 de 1923).

"Ahora bien: dicha prescripción quedó suspendida al notificar el mandamiento ejecutivo (art. 2539 del C. C.), es decir, el día 18 de julio de 1934 (f. 57).

"Pero como entre 1º de septiembre de 1923 y el 18 de julio de 1934 transcurrieron más de diez años, y el ejecutado ha propuesto la excepción perentoria de prescripción, estimo que dicha defensa debe declararse probada".

La Sala encuentra fundadas las observaciones del señor Procurador, y por consiguiente, estima que es el caso de declarar probada la excepción. Conforme al artículo 1098 del antiguo Código Judicial, no se permitía proponer la excepción de prescripción en las ejecuciones por jurisdicción coactiva. Pero como en el Código actual no se estableció la limitación, debe entenderse que la

excepción de prescripción tiene cabida en esta clase de juicios. Así lo ha resuelto la Corte en casos análogos, lo mismo que se ha señalado en diez años el tiempo para la prescripción de la acción ejecutiva, siguiendo las reglas generales del derecho común. No hay razón alguna, como lo estimó la Comisión que estudió el Código Judicial, para que a los deudores del Fisco no los amparen los mismos derechos que a los ejecutados por individuos particulares para alegar toda excepción en virtud de la cual puedan considerar su deuda extinguida, o inexistente o sin causa.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, de acuerdo con el señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara probada la excepción de prescripción propuesta por el apoderado del ejecutado señor Eduardo Trujillo, en el juicio que por suma de pesos le sigue el señor Juez 1º Nacional de Ejecuciones Fiscales. Como consecuencia, desembárguense los bienes afectos al pago y cese la ejecución.

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

Pedro A. Gómez Naranjo, Aníbal Cardozo Gaitán, Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

EXCEPCION EN JUICIO EJECUTIVO SEGUIDO CON JURISDICCION COACTIVA

Correspondiendo al excepcionante la prueba de que el impuesto de que se trata era por actividades profesionales y no habiéndole demostrado, no hubo mérito legal para que prosperase la excepción de inexistencia de la obligación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, julio cuatro de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

En el juicio ejecutivo que con jurisdicción coactiva adelanta la Recaudación de Hacienda Nacional de Cundinamarca contra el señor Celiano Rodríguez, para obtener el pago del impuesto sobre la renta, el ejecutado propuso la excepción de inexistencia de la obligación, o falta de causa de la misma, fundándose en el hecho de no ser abogado titulado, ni inscrito, ni menos en ejercicio.

Tramitado el incidente legalmente, se pasa a decidirlo, previas las siguientes consideraciones:

Por medio del Reconocimiento número 3451, de fecha 17 de agosto de 1918, se reconoció a favor de la Nación y en contra del señor Celiano Rodríguez la cantidad de cuarenta y dos pesos ($ 42) por el impuesto sobre la renta del Municipio de Bogotá en el año de 1931. Este reconocimiento sirvió de recaudo ejecutivo y en él no se expresa qué clase de proventos ocasionaron el impuesto.

Era de cargo del excepcionante suministrar la prueba de que el impuesto corresponde a sus actividades como abogado, profesión que dice no ha ejercido. Pero no aparece comprobada esta circunstancia y sobre el particular sólo se registra en el expediente un certificado del Secretario de la Sala de Casación Civil de la Corte sobre que el señor Celiano Rodríguez no figura inscrito en forma alguna como abogado en el libro de matrículas que se lleva en la Corte. Este documento no prueba el fundamento de la excepción, porque aun en el supuesto de que estuviera acreditado que el excepcionante no es abogado en ejercicio, no está por otra parte probado en forma alguna que el impuesto que se le cobra corresponda a los emolumentos de sus actividades profesionales.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, de acuerdo con el señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara no probada la excepción de inexistencia de la obligación o falta de causa de la misma, propuesta por el señor Celiano Rodríguez en el juicio que por jurisdicción coactiva le adelanta la Recaudación del impuesto sobre la renta de Cundinamarca.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Pedro A. Gómez Naranjo, Aníbal Cardozo Gaitán, Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

ARTICULO 84 DEL CODIGO JUDICIAL: EL MANDAMIENTO EJECUTIVO PROFERIDO POR UN TRIBUNAL EN PRIMERA INSTANCIA DEBE SER DICTADO EN SALA DE DECISION

La Corte se declara incompetente por falta de jurisdicción para conocer de la apelación interpuesta contra el auto ejecutivo dictado en el presente juicio, por haber proferido dicha providencia un solo Magistrado, debiendo haberla hecho la Sala de Decisión.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales. -Bogotá, julio veinticinco de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

En el juicio ejecutivo seguido por la señora Melania Muñoz v. de Sánchez contra el Departamento de Cundinamarca, el cual vino a la Corte en virtud de apelación interpuesta por el señor Fiscal del Tribunal, el señor Procurador General de la Nación manifestó lo siguiente en su vista de fecha 18 de junio pasado:

"Dice el inciso 3º del artículo 84 del Código Judicial: "Se exceptúan de la regla contenida en el inciso anterior los autos interlocutorios dictados en juicios de que conocen los Tribunales en primera instancia, los cuales son proferidos por la Sala de Decisión y son apelables ante la Corte Suprema de Justicia".

"De suerte que el mandamiento ejecutivo, que es auto interlocutorio, que profiera un Tribunal en primera instancia, como es el caso actual, debe ser dictado por la Sala de Decisión, y en el presente caso tan sólo fue proferido y firmado por el Magistrado sustanciador.

"La circunstancia de que la Sala hubiere estudiado la reposición, no impide que el auto señalado y que motivó la alzada sea la providencia del seis de septiembre de 1934, proferida por autoridad incompetente y que la Corte no puede examinar, pues carece de jurisdicción para conocer de apelaciones de autos interlocutorios que no hayan sido pronunciados en los Tribunales por Sala de Decisión, cuando se trata de juicios de que conocen dichos Tribunales en primera instancia (art. 84 del C. J.).

"Por lo expuesto conceptúo que la honorable Corte debe declararse incompetente para conocer del recurso interpuesto, y disponer que el asunto vuelva al Tribunal para que allí se subsane en forma legal la irregularidad cometida al proferir un solo Magistrado el mandamiento ejecutivo".

La Corte encuentra ajustadas a la ley las observaciones del señor Procurador, porque correspondía a la Sala de Decisión del Tribunal dictar el auto ejecutivo y no a uno solo de los Magistrados. La excepción que establece el artículo 84 del Código Judicial es muy clara. No habiéndose dictado legalmente el auto ejecutivo, es obvio que la Corte no ha adquirido jurisdicción para conocer la apelación, ya que el recurso sólo es procedente cuando se trata de autos dictados por todo el Tribunal y no por uno solo de los Magistrados.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales, de acuerdo con el señor Procurador General de la Nación, se declara incompetente por falta de jurisdicción para conocer de la apelación interpuesta por el señor Fiscal contra el auto ejecutivo dictado en este juicio y dispone que el asunto vuelva al Tribunal de origen para que allí se subsane en forma legal la irregularidad cometida al proferir un solo Magistrado la mencionada providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Pedro A. Gómez Naranjo, Aníbal Cardozo Gaitán, Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

JUICIO DE CONTRADICCION A UN DESLINDE ENTRE LA NACION Y PROPIEDADES PARTICULARES

Comisionado el Juez 1º del Circuito de Garzón para una simple diligencia de inspección ocular, no le correspondía, como lo quería el Fiscal del Tribunal y como no lo hizo el Juez, fijar la línea divisoria de los predios, ya que eso es materia de la sentencia.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales. Bogotá, julio veinticinco de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

En el juicio ordinario de contradicción al deslinde y amojonamiento de los predios de

propiedad particular denominados "Vegagrande", "Paramillo" y "Bellavista", con baldíos nacionales, el señor Fiscal del Tribunal Superior de Neiva pidió durante el término de prueba la práctica de una inspección ocular al lugar de la litis, "para aclarar lo siguiente:

"a) Cuál es la verdadera raya divisoria de los predios que se trata de deslindar con los baldíos de la Nación, en vista de los títulos que dejo citados y las demás pruebas que se han hecho valer en el juicio, teniéndose principalmente en cuenta la escritura pública por medio de la cual el señor Manuel María Alvis vendió al señor Juan Bautista Escobar los terrenos de la capellanía de Buenos Aires, y la escritura, en la que ya se alteran los linderos de la expresada capellanía, por medio de la cual el expresado señor Escobar vendió a la señora Juana Azuero los terrenos expresados;

"b) Si la raya divisoria fijada en la diligencia de deslinde concuerda o no con los títulos de propiedad que se han hecho valer, y

"c) Cuántos colonos hay actualmente establecidos en la faja de terreno que se disputa, qué clase de mejoras tienen y la fecha en que fueron establecidas, en vista de las mejoras y de las declaraciones de los testigos que a petición de los colonos, de los peritos y de los que por este Ministerio y el señor Magistrado sustanciador, sean examinados en la diligencia de inspección".

A petición del señor Fiscal se comisionó por el Tribunal al señor Juez primero del Circuito de Garzón para la práctica de la inspección ocular asociado de los respectivos peritos, diligencia que se llevó a cabo el 11 de septiembre de 1934.

Puesto en conocimiento de las partes el dictamen pericial, el señor Fiscal hizo la siguiente solicitud al Tribunal:

"Pido que se ordene al señor Juez comisionado y a los peritos citados que amplíen su concepto en el sentido de que fijen la verdadera raya divisoria de los predios en referencia, teniendo en cuenta el hecho suficientemente esclarecido de que la Nación, por medio de más de un centenar de colonos, está en posesión de la extensa faja de terreno que se discute y que, por lo tanto, se le debe reputar dueña, mientras no se demuestre lo contrario".

El Tribunal, de acuerdo con el artículo 719 del Código Judicial, dispuso que los señores peritos ampliaran su dictamen teniendo en cuenta los puntos de vista del señor Fiscal. Los peritos dieron cumplimiento a lo ordenado. En providencia de fecha 18 de diciembre de 1934, el Tribunal negó la solicitud del señor Fiscal en lo que se refiere a que el señor Juez primero del Circuito de Garzón, comisionado para la práctica de la inspección pedida como prueba en el juicio, amplíe su concepto con el fin de que fije la verdadera raya divsoria de los predios de que se trata. Este auto fue apelado por el Fiscal y el recurso se le concedió en el efecto suspensivo. Tramitado legalmente, se pasa a fallar el negocio, previas las siguientes consideraciones:

Después de estudiar detenidamente la providencia del Tribunal, la Sala llega a la conclusión de que es jurídica por las razones siguientes:

Primera.—Como se ha visto por la transcripción que se hizo de la parte pertinente del memorial de pruebas, el señor Fiscal pidió la práctica de la inspección ocular para "aclarar" la raya divisoria de los predios que se trata de deslindar con los baldíos de la Nación. Pero no solicitó que se fijara la raya divisoria, como trató de conseguirlo posteriormente con la solicitud de ampliación del concepto del Juez, negada por el Tribunal. Practicada la prueba en los términos pedidos en memorial respectivo, no se ve la razón para pretender que se amplíe en forma distinta, no contemplada en la solicitud presentada dentro del término señalado por la ley.

Segunda.—No correspondía al Juez comisionado la fijación de la línea divisoria de los predios. Esta cuestión es materia de la sentencia, ya que la acción fundamental de la demanda es la de que "se señale la verdadera línea divisoria de los predios que se deslindan con los baldíos de la Nación".

Tercera.—La inspección ocular, conforme al artículo 724 del Código Judicial, tiene por objeto el examen y reconocimiento que, para juzgar con más acierto, hace el Juez, acompañado de peritos o testigos, de cosas o hechos litigiosos o relacionados con el debate. De manera que esta prueba se practica con el fin de hacer observaciones "para juzgar con más acierto" y no con el de hacer declaraciones que son materia de la sentencia.

Cuarta.—El Juez del Circuito de Garzón en el desempeño de la comisión conferida por el Tribunal Superior de Neiva, se sujetó a las prescripciones legales, como puede verse a la simple lectura de la diligencia de inspección.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales,

de acuerdo con el señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma el auto apelado.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Pedro A. Gómez Naranjo, Eleuterio Serna R., Aníbal Cardozo Gaitán.—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO SEGUIDO CON JURISDICCION COACTIVA

La fianza de cárcel segura tiene por objeto asegurar la comparecencia del sindicado o procesado, cuando para ello fuere requerido; pero también impone al fiador la obligación de hacer la presentación de su fiado, conforme al artículo 14 de la Ley 83 de 1915. Al proponerse en juicio ejecutivo una excepción es preciso determinar en el libelo el hecho o los hechos que la generen.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, julio veinticinco de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R.).

En el juicio ejecutivo que se adelanta con jurisdicción coactiva por el Juez 1º Nacional de Ejecuciones Fiscales a favor de la Nación contra el señor Vicente Flórez por la suma de cien pesos ($ 100.00) provenientes de una fianza de cárcel segura, propuso éste varias excepciones que denominó así: "inexistencia de la obligación", "extinción de ésta", "petición antes de tiempo o de un modo indebido", "de orden o excusión" y la innominada de que tratan los artículos 329 y 343 del Código Judicial.

Agotados los trámites del incidente, se procede a fallarlo, mediante las siguientes consideraciones:

La fianza de cárcel segura es ciertamente —como lo dice el excepcionante— una obligación accesoria para asegurar el cumplimiento de un hecho ajeno; pero como ese hecho no lo puede ejecutar sino el principalmente obligado, ha sido indispensable garantizar su cumplimiento con una sanción pecuniaria. Esta sanción no es propiamente la indemnización de perjuicios en que se resolvería la inejecución del hecho, pues el poder social conserva siempre el derecho de capturar al sindicado. Tal fianza tiene ciertas modalidades especiales por su naturaleza, y por ello no le es aplicable el artículo 2369 del Código Civil en el inciso 3º, cuyo tenor literal es así: "Afianzado un hecho ajeno, se afianza sólo la indemnización en que el hecho por su inejecución se resuelva".

También hay que amoldarla a las circunstancias características que la constituyen, y por eso, para su eficacia, en el documento se hace constar que el fiador está obligado a presentar a su fiado, cada vez que se le exija. Tal modalidad la reclama el artículo 14 de la ley 83 de 1915, como va a verse: "En todo caso, el otorgamiento de la caución se hará constar en el expediente por medio de una diligencia autorizada por el empleado respectivo, el agraciado y el fiador, si lo hubiere, en la que se hará constar la obligación del agraciado, o la del fiador en su caso, de hacer la misma presentación y responder de los gastos de captura en caso de violar los compromisos contraídos".

"La copia auténtica de la diligencia de fianza y del requerimiento presta mérito ejecutivo, y las obligaciones que en ella se hagan constar se harán efectivas como multas o por medio de la jurisdicción coactiva, según el caso".

Tal obligación aparece en la diligencia firmada por el señor Flórez, en la cual se lee: "A la oficina municipal de Palmira se presentó el señor Vicente Flórez y dijo: 'De mi espontánea voluntad me constituyo fiador de cárcel segura de Gentil Antonio Castillo, sindicado de rapto; me comprometo a presentarlo a la autoridad cuantas veces me lo exija por este asunto". Fue ésta la obligación precisa que contrajo el señor Flórez, habiéndose comprometido a pagar como multa la suma de $ 100.00 en caso de no cumplir con las obligaciones estipuladas.

Requerido para ello, no dio cumplimiento, luego era lógica la providencia del señor Juez en que lo declaró incurso en la multa.

Con estas premisas, las excepciones propuestas carecen de fundamento.

En efecto: para el existir de la obligación que se cobra no era necesario citar, hacer comparecer o capturar al sindicado, previamente, pues si así hubiera que procederse, la fianza no tendría la eficacia que tiene. En

realidad, la fianza tiene por objeto asegurar la comparecencia del sindicado o procesado, cuando para ello fuere requerido; pero también, conforme al artículo 14 atrás transcrito, impone al fiador la obligación de hacer la presentación de su fiado.

La obligación no se ha extinguido, puesto que no habiendo Flórez presentado a su fiado en el término que se le fijó, se violó el compromiso y por esa violación quedaba obligado a la sanción estipulada para el caso.

Si el compromiso de Flórez hubiera sido presentar a Castillo cuando a bien lo tuviera, entonces no se habría extinguido la obligación propiamente con la captura, sino que dicha obligación sería innocua.

La excepción de "petición antes de tiempo o de un modo indebido" la funda el excepcionante en el hecho de que no puede demandársele a él sin que previamente se haya exigido el cumplimiento de su obligación al fiado. Lo dicho anteriormente es bastante para desvanecer esta base. Lo propio puede decirse respecto de la excepción de orden o de excusión.

En cuanto a la excepción innominada conviene decir que, al proponerse en juicio ejecutivo una excepción, precisa determinar en el libelo el hecho o hechos que la generen. Indispensable es esto, pues si el ejecutado puede abstenerse de presentar excepciones, al juzgador no le es lícito ponerse a rastrear en el proceso motivos para atacar la acción ejecutiva.

El señor Procurador en su alegación dice lo siguiente:

"Como fundamento o elemento de prueba de las excepciones que en su defensa intentó el ejecutado, sólo aparece un certificado del Secretario del Juzgado Superior de Cali, según el cual el señor Gentil Antonio Castillo, procesado por el delito de rapto, de quien el ejecutado, como se anotó, se constituyó fiador, se presentó a notificarse del auto de enjuiciamiento, presentación que hizo después de un año de haberse hecho efectiva la fianza y cuando le había vencido —con mucho— al ejecutado el plazo que tenía para presentarlo.

"Tal certificado, en mi sentir, no desvirtúa la fuerza ejecutiva de los documentos en que se basa la presente ejecución, porque de ellos resulta, claramente, que el fiador no cumplió su obligación oportunamente, dentro del término fijado al efecto por el Juez; y de acuerdo con el artículo 9º de la ley 83 de 1915: "La caución o fianza de excarcelación tiene por objeto asegurar que el sindicado o procesado se presentará **dentro del término que el Juez o funcionario le fije**, siempre que fuere requerido durante el curso del sumario o de la causa, y para la ejecución de la sentencia, llegado el caso.

"Además, las exigencias de la administración de justicia hacen necesario, de parte del fiador de cárcel segura, el cumplimiento oportuno de sus obligaciones de tal".

Sin que sean precisas más consideraciones, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara no probadas las excepciones propuestas. En consecuencia, continúa la ejecución.

Se condena en costas en este incidente. Tásense.

Estampíllese, publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente.

Pedro A. Gómez Naranjo, Eleuterio Serna R., Aníbal Cardozo Gaitán.—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

PENSION

Las pensiones referentes a empleados del Poder Judicial y del Ministerio Público están reglamentadas por el artículo 5º de la Ley 116 de 1928. De acuerdo con el artículo 9º del Decreto Legislativo Nº 136 de 1932, ninguna pensión, pagada por el Tesoro Nacional, será mayor de $ 80.00 mensuales.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto catorce de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

El doctor Luis Felipe Vergara I., vecino de Pasto, por medio de su apoderado doctor Gonzalo Benavides Guerrero, solicita se le conceda una pensión vitalicia de ciento cincuenta pesos ($ 150) mensuales, por sus servicios en varios puestos del Poder Judicial y del Ministerio Público, durante más de veinte años.

Tramitada legalmente la solicitud, se pasa a fallarla, previas las siguientes consideraciones:

Corrido el traslado de la demanda al señor Procurador General de la Nación, conceptuó que se debían completar las pruebas, de conformidad con el artículo 7º de la Ley 29 de 1905. Pero a petición del demandante se prescindió de exigir la práctica de nuevas diligencias conforme a lo solicitado por el señor Procurador, porque se encontró la documentación completa, de acuerdo con las prescripciones legales. En efecto, la Ley 29 de 1905, no rige para las pensiones referentes a empleados del Poder Judicial y del Ministerio Público, las cuales están reglamentadas por el artículo 5º de la Ley 116 de 1928, que exige como únicos comprobantes los siguientes: que el interesado carece de medios para la congrua subsistencia; que ha observado buena conducta; que ha llegado a la edad de sesenta años, y que ha prestado sus servicios durante veinte años por lo menos como Magistrado o Juez. La misma disposición establece que se tendrá en cuenta el tiempo que el interesado haya servido como Fiscal de Juzgado Superior, de Tribunal de Distrito Judicial o como Procurador General de la Nación.

Para apoyar la solicitud, se presentaron las siguientes pruebas:

Copia de los acuerdos de la Corte Suprema de Justicia sobre nombramiento del doctor Luis Felipe Vergara para Magistrado suplente del Tribunal de Pasto, de fecha 30 de abril de 1925; sobre nombramiento del mismo para Magistrado principal de Pasto, Sala de lo Criminal, de 2 de mayo de 1927; sobre nombramiento de Magistrado principal del Tribunal mencionado, de fecha 28 de abril de 1931.

Copia de la diligencia de posesión del empleo de Juez Superior primer suplente del Distrito Judicial de Pasto, tomada el 4 de marzo de 1901, y certificación sobre el ejercicio de ese cargo, desde el 5 de marzo de 1901 hasta el 28 de agosto de 1902. Los testigos Rafael Uribe y Onésimo Chaves declaran también sobre el ejercicio de tal cargo, por haber sido empleados del Juzgado.

Copias de los siguientes acuerdos del Tribunal de Pasto: Nº 125 de 19 de febrero de 1901, sobre nombramiento del doctor Luis F. Vergara para Juez Superior primer suplente del Distrito Judicial de Pasto; Nº 37, de 31 de enero de 1917, sobre nombramiento del doctor Vergara para Juez 2º Superior principal del Distrito nombrado; Nº 49, de 4 de junio de 1917, sobre nombramiento del doctor Vergara para el mismo Juzgado, como principal; Nº 3, de 27 de mayo de 1919, sobre nombramiento del doctor Vergara para el Juzgado 2º citado, como principal; Nº 55, de 10 de mayo de 1921, sobre nuevo nombramiento para el mismo Juzgado; Nº 5 de 22 de mayo de 1923, sobre nombramiento para el mismo Juzado, y Nº 11 de 15 de mayo de 1925, por medio del cual se le nombró para ese cargo.

Copia del decreto Nº 362, dictado por el Gobernador de Nariño, el 11 de julio de 1916, sobre nombramiento del doctor Luis Felipe Vergara I. para Fiscal interino del Tribunal Superior de Pasto.

Copias de las diligencias de posesión del doctor Luis Felipe Vergara I. de los cargos de Fiscal interino del Tribunal Superior de Pasto, de Juez 2º Superior del Distrito Judicial en los diversos períodos para que fue nombrado, de Magistrado suplente del Tribunal de Pasto, con fecha 4 de agosto de 1925, del mismo empleo como principal el 30 de abril de 1927 y 1º de mayo de 1931.

Certificado del señor Secretario de Gobierno del Departamento de Nariño, según el cual el doctor Luis Felipe Vergara I. desempeñó los cargos de Fiscal del Tribunal Superior y Juez 2º Superior del Distrito Judicial de Pasto, desde el 14 de julio de 1916, hasta el 4 de agosto de 1925, fecha en la que tomó posesión del cargo de Magistrado del Tribunal Superior, el que desempeñó en los distintos períodos hasta la fecha del certificado, nueve de abril de 1935. Agrega el señor Secretario de Gobierno lo siguiente: "Se certifica, asímismo, que los expresados empleos de Fiscal del Tribunal Superior, los ha venido desempeñando el señor doctor Vergara I. de manera continua y sin interrupción, pues no aparece constancia en los libros de que otro individuo hubiera tomado posesión de alguno de dichos cargos, dentro de las fechas indicadas. También el doctor Vergara I. se encuentra desempeñando actualmente las funciones de Magistrado del Tribunal Superior, por no terminar aún el período legal, término que se verificará el 30 de junio del corriente año, por disposición del Ejecutivo Nacional".

De lo anterior se deduce que el peticionario sirvió durante más de veinte años puestos en el Poder Judicial y en el Ministerio Público, estando, por consiguiente, comprobada la principal de las condiciones exigidas por la ley para tener derecho a la pensión.

El doctor Luis Felipe Vergara Ibarra tiene más de sesenta años de edad, pues nació en el año de 1871, según se desprende de la copia de la partida de bautismo que obra

en autos, expedida por el señor Cura de la Catedral de San Juan Bautista de Pasto.

Los testigos doctores Vicente Andrade, Luis B. López y Carlos Bedoya Cajiao, Magistrados del Tribunal de Pasto, declaran con las formalidades legales que les consta que el doctor Luis Felipe Vergara I. no tiene bienes propios fuéra de su sueldo de Magistrado y que al dejar el cargo, carecerá de lo necesario para su congrua subsistencia. Agregan que el doctor Vergara ha observado una conducta intachable y que ha desempeñado sus puestos con honorabilidad y asidua consagración.

Los requisitos señalados por la ley para tener derecho a la gracia solicitada por servicios en el Poder Judicial, han sido comprobados suficientemente por el doctor Luis Felipe Vergara I. Por consiguiente, es el caso de resolver favorablemente la demanda. Para la fijación de la cuantía se observa lo siguiente:

El demandante pide que se decrete una pensión de ciento cincuenta pesos ($ 150) mensuales, de conformidad con el artículo 6º de la Ley 102 de 1927, que señala esa asignación para los Magistrados de los Tribunales, y $ 200 para los Magistrados de la Corte. El señor Procurador dice que en el caso de que llegue a concederse la pensión, ésta no puede pasar de ochenta pesos ($ 80), de acuerdo con el artículo 9º del Decreto Legislativo Nº 136 de 1932, observación que encuentra fundada la Corte, porque la disposición citada establece que desde su publicación, ninguna pensión pagada por el Tesoro Nacional será mayor de $ 80 mensuales.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decreta a favor del doctor Luis Felipe Vergara I., vecino de Pasto, una pensión vitalicia de ochenta pesos ($ 80) mensuales, por sus servicios durante más de veinte años en el Poder Judicial y en el Ministerio Público, que le será pagada del Tesoro Nacional desde el día veinticinco de mayo de este año en que se presentaron a la Corte los comprobantes exigidos por la ley, si en la fecha expresada no se encontraba desempeñando cargo público alguno, y en caso contrario, desde el día en que deje de recibir sueldo del Tesoro Público.

Esta sentencia queda sujeta a las condiciones de suspensión y pérdida establecidas por las leyes.

Copia de esta sentencia será enviada a los señores Ministros de Gobierno y de Hacienda y Crédito Público y al señor Contralor General de la República.

Estampíllese, cópiese, notifíquese, publíquese e insértese en el periódico de la Corte.

Una vez tramitada la notificación y cumplimiento del fallo, archívese el expediente.

Pedro A. Gómez Naranjo, Elcuterio Serna R., Aníbal Cardozo Gaitán.—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

MULTA

Las multas a favor del Tesoro Nacional provenientes del incumplimiento de contratos no pueden ser reconocidas por los Recaudadores, conforme al numeral 2º del artículo 1059 del Código Judicial. No constituye REQUERIMIENTO legal para la presentación de un individuo fiado la notificación hecha por bando.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto catorce de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

Pasa hoy la Corte a resolver el recurso de apelación interpuesto por el señor José González R. contra el auto ejecutivo dictado por el señor Recaudador de Hacienda Nacional de Río negro (S.), para hacerle efectiva la multa correspondiente como fiador del conscripto Silvestre Suárez. Para fundamentar el fallo de segunda instancia, se hacen las siguientes consideraciones:

El asunto tuvo el siguiente origen: el señor José González R. se comprometió con el alcalde de Río negro (S.), en documento firmado el 14 de diciembre de 1931, a responder como fiador solidario de Silvestre Suárez para presentarlo ante las autoridades militares o civiles cada vez que fuera requerido para ello, por motivo de encontrarse inscrito en la lista para el servicio militar obligatorio, lo mismo que a presentarlo el

día del examen de aptitud física. En caso de no dar cumplimiento al compromiso, se obligó a pagar la multa de $ 200 a favor del Tesoro Nacional.

La Junta Territorial Municipal fijó el día 6 de mayo de 1932 para verificar el examen de aptitud física, fecha que se adelantó para el día tres del mes citado, por disposición del Comando del Servicio Territorial Militar. Silvestre Suárez se presentó al examen el 6 de mayo, pero ya se había verificado.

El Alcalde resolvió pasar el documento de fianza al Recaudador de Hacienda Nacional para que hiciera efectiva la multa de $ 200 al señor González como fiador de Suárez. El Recaudador dictó el Reconocimiento número 15, de fecha 10 de octubre de 1932, providencia que dice lo siguiente:

"Se reconoce a favor de la Nación y a cargo del señor José González la cantidad de doscientos pesos que adeuda según la respectiva diligencia de fianza otorgada para responder de las obligaciones del señor Silvestre Suárez con relación al servicio militar, fianza que fue infringida según declaración de la Junta Territorial Militar de este Municipio, según registro pasado a esta oficina. Debe, además, los intereses causados sobre la expresada cantidad, liquidados desde el día en que las respectivas disposiciones autoricen su cobro".

En el anterior reconocimiento apoyó el Recaudador el auto ejecutivo apelado, por medio del cual se dio orden de pago contra el señor González por la cantidad de $ 200, los intereses al uno por ciento y las costas del juicio. El auto ejecutivo tiene fecha 15 de octubre de 1932.

La Junta Territorial Militar de Ríonegro (S.), en providencia de 27 de noviembre de 1932, relevó al señor González de la multa, fundada en que las causales para eximirlo estaban comprobadas, entre ellas las circunstancias de no haberlo hecho personalmente sino por bando el requerimiento para la presentación del fiado y de haberse cambiado la fecha primeramente designada para la presentación. Pero el Comandante del Distrito Territorial Militar Nº 1º resolvió no acceder a lo resuelto por la Junta, y esta decisión fue aprobada por el Comando de la 5ª zona Territorial Militar. De las resoluciones adversas apeló el interesado, sin que haya constancia en el expediente de que se hubiera decidido lo correspondiente al recurso.

Conforme al artículo 1059, numeral 2º, del Código Judicial, prestan mérito ejecutivo las copias de los reconocimientos hechos por los Recaudadores a cargo de los deudores de impuestos, pero no por multas a favor del tesoro nacional provenientes del incumplimiento de contratos. Estas no pueden ser reconocidas por los Recaudadores. El mismo artículo, en su numeral 3º, dice que para que puedan hacerse efectivas ejecutivamente sólo sirven de recaudo ejecutivo "las copias de las resoluciones ejecutoriadas proferidas por funcionarios competentes en ejercicio de sus funciones".

En el caso que se estudia, el título ejecutivo no podía ser otro que la resolución dictada por autoridad competente en la cual se declarara al fiador incurso en la multa por la no presentación del fiado en la debida oportunidad. Como ya se ha visto, no fue una resolución de esa clase la que sirvió de base a la ejecución, sino el reconocimiento del Recaudador, que no es legal. La resolución que figura en autos, dictada por el Comando de la 5ª zona territorial militar, con fecha 23 de octubre de 1933, es posterior al mandamiento de pago y le fue notificada al señor González un año después de iniciada la ejecución. La apelación interpuesta en el acto de la notificación no fue resuelta.

El señor Procurador General de la Nación solicita que se revoque el auto apelado por considerarlo ilegal y expone en apoyo de su tesis las siguientes razones que la Corte encuentra aceptables, como complemento del motivo principal expuesto en la exposición anterior:

"Estudiados los fundamentos del auto de apremio dictado en contra del señor José González como fiador del conscripto Silvestre Suárez, surgen de él las siguientes observaciones:

"En primer lugar, el documento de fianza no fue reconocido judicialmente por el fiador o ejecutado José González; en segundo lugar, el demandado no fue requerido legalmente para la presentación de su fiado ante las autoridades del servicio militar obligatorio y de consiguiente no estuvo en mora de cumplir las obligaciones que contrajo en el documento respectivo (art. 1608 del C. C.).

"Y esto porque no puede tenerse como un requerimiento legal la notificación por bando de que habla en su certificación puesta al pie del documento el Secretario de la Alcaldía de Ríonegro; tal notificación debe hacerse personalmente para que surta los efectos legales".

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, de acuerdo con el señor Procurador General de la Nación, revoca el auto ejecutivo apelado.

Dése cumplimiento al artículo 351 del Código Judicial.

Pedro A. Gómez Naranjo, Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

—:—

EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO SEGUIDO POR JURISDICCION COACTIVA

Un alcance deducido en una simple acta de visita y que no es definitivo, no puede fundar ejecución, por más que las partes contratantes hubieran querido darle a ese documento el carácter de plena prueba, pues los medios de prueba son creaciones legales en las cuales va interesado el orden público. Confesada la deuda por un codeudor solidario, esa confesión no perjudica a los otros obligados solidarios, ya porque es un principio universal de derecho que la confesión no perjudica sino a quien la hace y no afecta a terceros, ya porque ha venido a ser hoy como un principio fundamental que explica los efectos y relaciones entre las personas ligadas por la solidaridad, el de que existe una especie de mandato tácito que las vincula y obliga a aceptar muchas de las consecuencias producidas por las actuaciones de una o varias de ellas. Por el aspecto de la simple fianza, puede decirse que la confesión del deudor no perjudica al fiador, porque la fianza es una obligación accesoria, y el fiador es un tercero en relación con los constituyentes de la obligación principal. Cuando se garantiza una deuda indefinida es necesario, para poder hacer el reclamo al fiador, que aquélla aparezca cierta y exigible, lo que significa que debe liquidarse para determinar la extensión de la fianza.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diez y seis de agosto de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R.).

Rogelio García fue nombrado estanquero del barrio de Las Cruces de esta ciudad el 21 de octubre de 1930, y para responder de todas sus obligaciones en el desempeño de su cargo y de los efectos que recibiera, como también de los dineros que recaudase y de los saldos y alcances que se le dedujesen, dio como su fiador solidario al señor Víctor Venegas.

En el documento que se otorgó para legalizar la fianza, dijo el responsable García, después de declarar que se obligaba en su carácter de estanquero, que además se comprometía a otras estipulaciones, entre las cuales se encuentra la de la cláusula sexta, cuyo tenor es el siguiente:

"Sexto.—A pagar, tan pronto como me sea notificado el auto respectivo, todo alcance líquido que contra mí se deduzca por la Visitaduría del Círculo, por la Administración General de las Rentas, o por cualquier visitador, ya proceda de dinero no remesado, deudas no recaudadas, extravío o malversación de fondos, omisiones o descuidos que perjudiquen los intereses del departamento; ya de pérdida o deterioro injustificado de los muebles, útiles, enseres, etc. etc., confiados a mi custodia. A este respecto hago expresa declaración de que el auto de fenecimiento dictado por la Visitaduría del Círculo o por la Administración General de las Rentas en que se me eleve alcance, o la simple acta de visita, se tendrá como prueba de la liquidación de la cuenta que lo origina, y que el saldo que en tales documentos aparezca en mi contra será exigible ejecutivamente, sin perjuicio de las demás acciones a que haya lugar, por ser la expresión del consentimiento de que soy deudor cierto por una suma precisa, la cual no podré objetar sino en excepciones dentro del respectivo juicio ejecutivo".

El 3 de junio de 1932 se le practicó a García una visita en el estanco de Las Cruces por el Colector Central de Rentas, y en tal diligencia se le dedujo un alcance por la suma de dos mil doscientos cincuenta y cinco pesos sesenta y dos centavos ($ 2,255.62). Con fecha 4 del mismo mes el Administra-

dor de la Renta de Licores pasó al señor Juez de Ejecuciones Fiscales copia del acta de visita, y este funcionario, con base en ella, dictó el 14 de junio auto ejecutivo contra García y su fiador, por la suma expresada.

Notificada la providencia ejecutiva y embargados los bienes, el fiador, señor Venegas, propuso excepciones, las cuales, tramitadas en forma legal, fueron decididas por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá por providencia de veintinueve de agosto del año próximo pasado, declarando probada la excepción de pago en parte, por el abono comprobado de ciento ochenta pesos ($ 180.00), y no probadas las otras excepciones, y se ordenó, en consecuencia, seguir adelante la ejecución por la suma de dos mil setenta y cinco pesos sesenta y dos centavos ($ 2,075.62) y sus intereses.

El apoderado de Venegas interpuso apelación; y habiéndose tramitado en la Corte Suprema el recurso convenientemente, se procede a decidirlo, previas las siguientes consideraciones:

Enunció Venegas, por medio de su apoderado, veintiún hechos para que de allí se dedujesen las excepciones; y de éstos trascribe la Corte los siguientes, que le dan base suficiente para encauzar el fallo que al respecto ha de dictarse:

"Primero.—La cláusula sexta del documento que suscribió el señor Rogelio García para hacerse cargo del estanco de Las Cruces, de esta ciudad, para que había sido nombrado, y firmado por mi apoderado como fiador solidario, y que corre en autos, es nula por estar en contra de lo estatuido en el artículo 25 de la Constitución Nacional en concordancia con el artículo 6º, parágrafo único, del Código Civil.

Segundo.—El alcance de $ 2,255.62 deducido al fiado de mi mandante por el señor Colector Central de Rentas de Bogotá, en la visita de entrega que el señor Rogelio García hizo al señor Constantino Sabala, el día 3 de junio del presente año, no es definitivo, puesto que está sujeto a posteriores modificaciones y rectificaciones.

"Tercero.—Los alcances definitivos sólo los puede pronunciar el señor Administrador General de las Rentas, como autoridad de última instancia.

"Cuarto.—El acta de visita practicada al fiado señor Rogelio García, el día 3 de junio de 1932, por el señor Colector Central de Rentas, de esta ciudad, no es auto de fenecimiento definitivo, y por tanto no presta mérito ejecutivo ni es de los documentos enumerados en los artículos 982 y 1059 del Código Judicial.

"Quinto.—El señor Juez de Ejecuciones Fiscales del Departamento carece de jurisdicción para conocer de este negocio, porque el acta de visita que fundamenta el alcance contra el fiado señor Rogelio García y el correspondiente auto ejecutivo, no es de los documentos que prestan mérito para proceder por funcionario investido de jurisdicción coactiva".

Toca, en primer término, examinar si el alcance deducido al señor García es definitivo y si por tanto la ejecución se apoya en documentos legales. Es cierto que los ejecutados no apelaron del auto respectivo, pero ante la amplitud permitida en el Código de Procedimiento no ve la Corte impedimento para entrar al estudio de los hechos que ataquen tal providencia.

Precisa ver, ante todo, en qué documento se fundó el mandamiento ejecutivo, y para la Corte no hay duda de que lo fue en el acta de visita de 3 de junio de 1932, por lo cual no comparte el concepto del Tribunal cuando afirma en la providencia que se revisa que "la ejecución no se libró o se funda en el acta de visita en que se dedujo el alcance provisional, como se afirma en el hecho 4º, sino en el auto de fenecimiento definitivo dictado por el Visitador del Círculo, el cual se notificó al responsable, según constancia puesta al pie (f. 10, Cuaderno principal) y no fue reclamado oportunamente". (Cuaderno de Excepciones, pág. 29).

Si se examinan cuidadosamente los autos, se verá que el alcance definitivo de que habla el Tribunal, sólo se dedujo el 26 de julio de 1932, cuando el auto ejecutivo lleva fecha de catorce de junio del mismo año. Si la ejecución se hubiera basado en el alcance definitivo, es seguro que el empleado ejecutor la hubiera librado sólo por la suma de $ 2,075.62, y no por la cantidad de $ 2,255,62, que fue lo que la visita dedujo como alcance. Parece que lo que hubiera influído sobre el ánimo del Tribunal fue el hecho de figurar en el juicio un alcance definitivo, llegado a él con posterioridad al auto de ejecución, documento que no pudo tener en cuenta dicha entidad, porque no fue el basamento del juicio.

¿Y en un alcance que resulta deducido en una simple acta de visita se puede fundar una ejecución? En concepto de la Corte, nó. Dice el artículo 1059 del Código Judicial: "Además de los actos y documentos mencionados en el artículo 982 en estos juicios, prestan también mérito ejecutivo: 1º Los

alcances líquidos definitivos deducidos contra los responsables del Erario por el Departamento de Contraloría, los demás Tribunales de cuentas nacionales, departamentales o municipales".

Para deducir un alcance líquido definitivo es necesaria la observancia de todas las reglas que se prescriben en las leyes u ordenanzas para poder formarse aquél. El alcance deducido en una visita que hace un empleado á otro de manejo, es sólo un alcance provisional, sujeto a las rectificaciones y explicaciones que el visitado pueda hacer en el juicio o procedimiento especial previsto para cada caso, en que una persona que maneja bienes o dineros públicos deba rendir sus cuentas.

En materia tan delicada, y tratándose de un procedimiento sumario en el que el deudor se encuentra sometido a férreas ligaduras para su defensa, y con sus bienes en vía de ser sacados a la almoneda, es fuerza que el título de la ejecución sea resplandeciente por su claridad, e indispensable que su creación haya sido procedida de todas las formalidades y garantías con que el derecho ha querido que se forme aquél. El mismo Tribunal parece conceptuar que el alcance que se dedujo en la visita es provisional, como puede verse por el párrafo trascrito atrás.

Es cierto que en el documento firmado por Rogelio García y Víctor Venegas, y que sirvió también de fundamento a la ejecución, se dijo que "la simple acta de visita se tendrá como prueba de la liquidación de la cuenta que la origina, y que el saldo que en tales documentos aparezca en mi contra será exigible ejecutivamente", lo cual quiere decir que las partes contratantes dieron a determinados elementos el carácter de plena prueba, creando por su voluntad ommoda el respectivo título ejecutivo, y asignando al acta de visita todo el valor que la ley atribuye a ciertos documentos para que sean idóneos en los procedimientos coercitivos. Pero esta declaración contractual no es suficiente para la creación de un título ejecutivo, como se verá en seguida.

Los medios de prueba son creaciones legales en los que va interesado el orden público, y no se puede por convenio de los contratantes sustituir un medio probatorio legal por otro que no lo sea, porque la autonomía de la voluntad está limitada por estos dos motivos: el orden público y las buenas costumbres. Así, el artículo 16 del Código Civil dice que no se podrán derogar por convenios particulares las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres. No podría, v. gr., estipularse que para la demostración de una compraventa de bien raíz fuera suficiente prueba la confesión o declaraciones de testigos. Ni tampoco podría estipularse que con las declaraciones de dos testigos se pueda crear un título ejecutivo. Con la misma razón, no se puede concertar que un alcance provisional tenga el valor de título ejecutivo, cuando la ley prescribe que sólo prestan tal mérito los alcances definitivos. Los autores de pruebas judiciales están de acuerdo en el principio de que por convenios de las partes no se pueden sustituir, destruir o modificar los medios de prueba creados por el legislador, y de que los jueces, al pronunciar sus fallos, deben atenerse más que a toda otra consideración, a la tarifa legal de pruebas, como el medio más eficaz para poner valla a la arbitrariedad.

De los hechos en que el señor Venegas fundó sus excepciones se desprende, sin esfuerzo alguno, la ineficacia del acta de visita como instrumento ejecutivo, lo cual debe aceptar la Corte como excepción que enerva el procedimiento. Otra cosa ocurriera si la ejecución se hubiera promovido con el soporte de un auto de alcance definitivo.

Pero sucede que el juicio se fundamentó no sólo en el alcance deducido por el acta de visita, sino también en la confesión que aparece en dicha acta, una vez que de acuerdo con el artículo 1059 del Código Judicial, prestan también mérito ejecutivo en el procedimiento por jurisdicción coactiva los actos y documentos mencionados en el artículo 982 de la misma obra, o sea, toda obligación que conste en acto o documento que provenga del deudor o de su causante y constituya por sí solo, según la ley, plena prueba contra él.

Esta circunstancia obliga a estudiar si la confesión que hizo García en la dicha acta abarca en sus consecuencias al fiador señor Venegas. No es el caso de decidir si la confesión extrajudicial que contiene la aceptación del alcance en el acta mencionada, presta o no mérito ejecutivo, porque no es cuestión que esté propuesta o que haya sido atacada en excepciones. Sólo se analiza en este punto si la confesión extrajudicial de que se trata impone obligaciones al fiador solidario Venegas, porque, si la solución fuese afirmativa, la ejecución tendría que subsistir, no obstante la declaratoria de que la primera excepción está demostrada, porque esto no fue atacado, y el auto ejecutivo está basado en doble título: el reconocimiento

de un alcance y la confesión extrajudicial del deudor principal.

Para la Corte la confesión de un codeudor solidario no perjudica a los otros obligados solidarios. Es principio universal de derecho que la confesión no perjudica sino a quien la hace y no afecta a terceros. También ha venido a ser hoy como un principio fundamental que explica los efectos y relaciones entre las personas ligadas por la solidaridad, el que existe una especie de mandato tácito que las vincula y obliga a aceptar muchas de las consecuencias producidas por las actuaciones de una o varios de ellas. "Los Tribunales, dicen Colin y Capitant, no se han contentado con dar a la teoría de la representación mutua de los deudores solidarios una aquiescencia de principio, sino que han deducido sus consecuencias con lógica".

Hay cointeresados a quienes se reconoce un mandato tácito para representarse en sus relaciones con el acreedor y en lo que sea para mejorar la causa, caso en el cual se encuentran los obligados solidariamente. La idea del mandato recíproco entre los codeudores solidarios ha hecho camino en la jurisprudencia, y Colin y Capitant dicen: "Los jurisconsultos han completado el análisis tradicional de la solidaridad introduciendo al lado de las dos ideas ya enunciadas (unidad de objeto, pluralidad de vínculos) la noción de la representación mutua de los codeudores. Los deudores solidarios, dicen, recogiendo una idea enunciada ya por algunos de nuestros antiguos autores, se reputa que se han concedido mandato recíproco para representarse en sus relaciones con el acreedor..."

"Pero cuando se considera la idea con más detenimiento, no tardamos en darnos cuenta de que es inconsistente. En efecto, no basta decir que los codeudores se representan mutuamente; es necesario también precisar cuál es la extensión de esta facultad de representación, y esta precisión ha originado entre los autores discusiones insolubles. La fórmula generalmente admitida y tomada, como hemos visto, de Dumoulin, consiste en decir que los codeudores se representan en todos los actos que tienen por objeto, ya extinguir, ya conservar la deuda, pero no en los que tiendan a agravarla: *ad conservandam vel perpetuandam obligationem, non ad augendam*. Esta distinción arbitraria e imprecisa es la que parece prevalecer todavía en la jurisprudencia".

Laurent expresa que cada deudor solidario tiene mandato para hacer lo que es útil a todos, o sea para cuanto tienda a mejorar la posición de los deudores con relación al acreedor.

Lessona dice todavía más ampliamente: "En cuanto al codeudor solidario que confiesa la deuda, su confesión no perjudica más que a él mismo..."

Hay, pues, un cuerpo de doctrina que afianza la idea de la Corte en el sentido de que la confesión de un deudor solidario no perjudica a los otros. Podría decirse que probar una obligación es simplemente hacerla evidente, pero no agravarla. En términos generales, así es; pero siendo la confesión un acto de la parte declarante en que manifiesta "ser cierto el hecho que le perjudica afirmado por la otra", es incuestionable que esa manifestación, si abarcara a los otros deudores solidarios, sería un acto que los perjudicaría, lo que en el fondo tiende a agravar su situación.

Todavía sería posible argüir, con apoyo en el artículo 474 de nuestro Código Judicial, artículo en el que, hablándose de la cosa juzgada, se afirma que hay también identidad de personas en los casos de obligaciones solidarias e indivisibles. Esta disposición, de acuerdo con la doctrina jurídica, contiene el concepto de la representación recíproca de los obligados solidariamente, como legítimos contradictores del acreedor; pero de allí no puede deducirse que una confesión fuéra de juicio, dada por uno de los deudores solidarios, extiende sus efectos a los otros.

Tal argumento, que aparece con ciertos visos de fuerza convictiva, desaparece si se tiene en cuenta la cosa juzgada y no la confesión, pues estas dos figuras jurídicas difieren, aunque tengan algunos puntos de contacto. La interpretación que se dé al artículo mencionado debe ser restrictiva y aplicable exclusivamente a la cosa juzgada, respetando los motivos que el legislador haya tenido para establecer tal principio en nuestras leyes, materia sobre la cual nada se dice, por no ser necesario en este fallo.

La confesión tiene alguna relación con el contrato, y por eso el artículo 605 del Código exige, entre las condiciones para la validez de la confesión, la de que "el confesante sea capaz de contraer la obligación de cuya comprobación se trata", es decir, que sólo quien es hábil para contraer obligaciones, lo es para confesar. Un mandatario no podría ir más allá de los límites del mandato, porque en ese evento habría extralimitación de sus funciones, inhabilidad para obligar a su mandante. Todo el que confiesa a nombre de otro, debe tener una autorización expresa, por lo cual el artículo 607 del Código Judi-

cial da valor a la confesión del representante legal y de cualquier otro mandatario que, al tenor de sus facultades, esté autorizado para obligar al representado o mandante. El mandato tácito no autoriza a un obligado solidariamente para prestar su consentimiento en nombre de su coobligado en actos que por sí llevan el reconocimiento de un derecho. Esto es extensivo también al fiador solidario. Por consiguiente, desde el punto de vista de la solidaridad, no sería lógico aseverar que la confesión de uno perjudique a otro, pues quien confiesa hace declaraciones de que su contrario se aprovecha y queda por ello comprometido a respetar las consecuencias jurídicas que de su confesión se desprendan. Además, implicando la confesión la manifestación de un consentimiento, no sería justo extender sus efectos a quienes ni personalmente ni por medio de representante hayan sido partes en acto tan trascendental.

Si la confesión del deudor solidario no perjudica a sus codeudores, como opina Lessona, ¿por qué había de perjudicar al fiador con la misma modalidad? Ciertamente, éste se ha comprometido a responder por determinada obligación, si el deudor principal no la cumple; pero también el deudor solidario tiene que responder al acreedor por el total cumplimiento de la prestación. Sin embargo de ello, es opinión muy autorizada la de que a tal deudor no lo perjudica la confesión de otro deudor solidario.

Por el aspecto de la simple fianza, puede decirse que la confesión del deudor no perjudica al fiador. Es que la fianza es una obligación accesoria, y el fiador es un tercero en relación con los constituyentes de la obligación principal. Y la confesión es un acto personal que va en perjuicio de quien la hace. ¿Sería explicable que ella fuese a perjudicar a un tercero sin el asentimiento de éste? La confesión es una prueba de carácter especial: hay en ella una renunciación que emana del ánimo del confesante; y aunque no es un contrato sino una prueba, prácticamente reconoce el derecho a la otra parte, formando algo así como una relación jurídica mediante el consentimiento con el cual no quedan ligados los terceros que en él no han intervenido.

Cuando se garantiza una deuda indefinida, como ocurre en la presente litis, es necesario para poder hacer el reclamo al fiador, que aquélla aparezca cierta y exigible, lo que significa que debe liquidarse para determinar la extensión de la fianza. Y estas condiciones deben aparecer demostradas ante el fiador con pruebas que no sean absolutamente personales del fiado, como lo sería la confesión de éste. En todo caso, hay que fijar la atención en el respectivo documento de fianza, porque es allí donde se concretan las obligaciones del fiador.

Si en el asunto, materia de esta providencia, Venegas se comprometió a responder por los alcances liquidados que se dedujesen a su fiado, la obligación de aquél se circunscribió a esto, sin que pueda dársele mayor amplitud, ya que la fianza debe interpretarse restrictivamente, una vez que ella no se presume. Venegas tenía derecho a ciertas formalidades para la deducción del alcance; confiado en la fiscalización y en las formas de que se rodearía el proceso para liquidar el alcance, constituyó la fianza. ¿No sería ultrapasar los límites de su compromiso el querer hacerlo responsable de las resultas de una confesión del deudor, quien al rendirla, venía a renunciar, sin estar facultado para ello, las formalidades que al suscribir el documento tuvo en mientes el fiador?

Es de Bonnier lo que se transcribe: "Parécenos, pues, más razonable considerar al fiador como habiendo accedido anticipadamente a las sentencias dadas con respecto al deudor sobre el hecho mismo de la deuda, sin que el acreedor esté obligado a renovar la contestación o contienda jurídica con cada uno de los deudores accesorios. Es preciso, pues, reconocer que las sentencias dadas respecto del deudor no solamente aprovechan sino hasta perjudican al fiador; sin duda que no quisiéramos ir tan adelante como una sentencia denegatoria de 12 de febrero de 1840 que permite invocar contra el fiador las declaratorias extrajudiciales del deudor".

Se ha citado a Bonnier tan sólo para relievar la opinión de este expositor en lo que se refiere a los efectos de la confesión rendida fuera de juicio, por un deudor en relación con el fiador, sin que se adelante concepto alguno sobre el problema de la cosa juzgada respecto de los fiadores.

Podría decirse que no habiendo excepcionado Venegas contra la confesión, alegando el hecho de que ella no le perjudicaba, no le es lícito al juzgador entrar a rastrear ese motivo de perención. Si en la providencia ejecutiva, esa confesión se hubiera tenido en cuenta de modo claro y expreso, como prueba de la acción contra Venegas, el reparo sería razonable, ya que ejecutoriado el auto no había más camino que atacarlo en esa base con una excepción al respecto propuesta en tiempo oportuno. Empero, si se para la atención en el proveído de ejecución,

se observa que el Juzgado de Ejecuciones Fiscales nada expresa con relación a la confesión como recaudo, pues allí sólo se dice: "Los documentos que anteceden prestan mérito ejecutivo, pues se trata de un alcance definitivo deducido por un empleado competente y de un documento de deber reconocido y estampillado en legal forma". En atención a esto, el señor Venegas se redujo a atacar el recaudo que mediante una recta y natural interpretación del auto, lo podía afectar.

Fue el Tribunal el que en la motivación de la sentencia puso de presente lo que sigue: "El auto ejecutivo se intimó y no fue reclamado; está ejecutoriado y es ley del proceso y se fundó en los artículos 982 y 1509 del Código Judicial.

"De acuerdo con esta última disposición también prestan mérito ejecutivo los alcances líquidos definitivos deducidos contra los responsables del erario por el Departamento de Contraloría, los demás tribunales de cuentas nacionales, departamentales o municipales.

"Como las Visitadurías están encargadas de fenecer definitivamente las cuentas de los colectores, tienen el carácter de tribunales de cuentas. En el supuesto de que esto no sea exacto, el acta de visita, presentada como recaudo, como ya lo dijo el tribunal, es un documento auténtico suscrito por el respectivo funcionario y por el ejecutado, y en él hace éste una confesión, cumpliéndose así las exigencias del artículo 982 del Código Judicial, y pudiéndose, por consiguiente, adelantar la ejecución para hacer efectiva la obligación confesada en ese documento.

"En el acta se deduce en contra de García un alcance líquido, y en las observaciones de que se dejó constancia, lo confiesa expresamente con indicación de su causa, y se obliga, también expresamente, a pagarlo. El Tribunal, en sentencia de 18 de diciembre de 1933, dijo:

"'La confesión del alcance líquido hecha en tales condiciones, hace innecesario el juicio de cuentas, cuyo objeto es precisamente deducirlo. Reconocido el alcance por el obligado, puede hacerse efectivo por la entidad acreedora, no porque se haya convenido en que las actas de visita puedan tenerse como documentos provistos de mérito ejecutivo, sino porque en uno de esos documentos auténticos se contiene la confesión del estanquero en que se reconoce la deuda'."

Del pasaje transcrito se infiere que el Tribunal estimó que también había sido recaudo la confesión, y parece dar a ésta un alcance que comprende también a Venegas, que no confesó. Esta interpretación extensiva de la confesión para este caso no la acepta la Corte, y por eso ha considerado que ella no puede referirse a persona distinta del confesante, sin que sea preciso que Venegas hubiera excepcionado en este sentido, ya que se trata de una mera interpretación del alcance del auto ejecutivo que nada dice sobre si la confesión se tomó en cuenta o no contra Venegas, no confesante.

En lo que toca a los otros hechos, materia de excepciones, importa transcribir la exposición en que el Tribunal, en forma a que la Corte adhiere, hace un suscinto y comprensivo análisis:

"En los numerales 6º a 14, se dice que García, en su condición de estanquero, fue autorizado por el Visitador del Círculo de Bogotá y por el Administrador General para vender a comisión; que el alcance proviene de licores dados así; que la Administración General de las Rentas proporciona a los colectores y estanqueros los modelos de recibos; que éstos han sido admitidos como existencia de licores en los expendios en la rendición de las cuentas mensuales; que en los años de fenecimiento correspondientes a los meses de octubre, noviembre y diciembre de 1931; enero, febrero, marzo y abril de 1932, no se elevó alcance de ninguna naturaleza, a pesar de constar en las actas sumas de dinero representadas en recibos, etcétera, etcétera.

"Aurelio Moya, Rafael García y otros testigos declaran que el Administrador General de las Rentas, por medio de sus subalternos, visitador o colector, ordenaba a los estanqueros que vendieran licores a crédito bajo la fórmula de ventas a comisión.

"El hecho puede ser cierto; pero también lo es que García se hizo responsable de las sumas equivalentes de los licores dados a crédito porque así consta en el documento que firmó con su fiador para posesionarse del puesto y porque en circular número 37 de 11 de septiembre de 1931 de la Visitaduría Central de Rentas, circular que le fue expresamente notificada a Rogelio García como estanquero de Las Cruces, se dijo expresamente que las ventas de licores a plazos, o en forma de consignación, eran por su cuenta y riesgo, y se agrega: "que ni el departamento ni esta administración autorizan las ventas en esa forma, ni asumen responsabilidad alguna por las que hagan los colectores ciñéndose a los citados talonarios, los cuales han sido elaborados únicamente como un servicio que esta administración presta a los empleados, a efecto de

que aseguren el pago por parte de sus clientes, cuando quieran facilitarles licores en esa forma".

"En las actas de visita citadas en el numeral octavo del memorial de excepciones, si bien consta que a cargo del estanquero quedaba un saldo "que éste decía estar representado en deudas de licores", no se daba por recibido; por el contrario, se expresaba que quedaban las respectivas sumas como saldos a su cargo y los fenecimientos que a dichas visitas corresponden, a más de ser provisionales, se hicieron bajo la comprensión de los saldos a cargo del estanquero.

"Además, en el acta de visita que se trajo a los autos y en la cual consta el alcance, el ejecutado reconoció que ese alcance está representado en deudas no recaudadas, provenientes de licores dados a crédito, y en el documento que se otorgó para asegurar su manejo se obligó expresamente a responder y pagar inmediatamente el alcance que se le dedujera por cualquiera de los conceptos allí expresados, entre los cuales figuran las deudas no recaudadas.

"El ejecutado García contrajo con el departamento la obligación de responder por las deudas provenientes de licores a él recomendados. Esa estipulación es aceptable, por la libertad contractual que la ley reconoce y porque ese pacto es de la misma naturaleza y efectos del que expresamente autoriza el artículo 2178 del Código Civil, que dice:

"'El mandatario puede, por un pacto especial, tomar sobre su responsabilidad la solvencia de los deudores y todas las incertidumbres y embarazos del cobro. Constitúyese entonces principal deudor para con el mandante, y son de su cuenta hasta los casos fortuitos y la fuerza mayor'."

Todo lo que se ha expuesto induce a la Corte a sostener que no siendo la confesión prueba contra persona distinta de quien la hace, al presentarse como recaudo ejecutivo, hay que entender que ella sólo sirve de apoyo a la acción contra el confesante Rogelio García, mas no contra el fiador solidario Víctor Venegas. Y siendo ello así, es preciso entender que el juicio ejecutivo contra éste no tenía más base que la que él atacó con las excepciones, que se han estudiado y analizado, sin que fuera indispensable estudiarlas todas, ya que el artículo 343 del Código Judicial dice que "si el Juez encuentra probada una excepción perentoria, no tiene obligación de estudiar las demás propuestas..." El Tribunal reconoció probada la excepción de pago en parte. Como esta excepción es común, y como la apelación sólo se entiende interpuesta en lo desfavorable, en esta parte el fallo es intocable.

García no apeló del auto ejecutivo ni propuso excepciones; por tanto, el juicio ejecutivo en contra suya tiene vida jurídica, sustentada por la confesión extrajudicial que sólo él podía atacar. Pero la excepción de pago en parte que declaró el Tribunal le aprovecha a él, por ser una excepción común.

Por lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, reforma la sentencia de veintinueve de agosto de mil novecientos treinta y cuatro, proferida por el Tribunal Superior de Cundinamarca en el ejecutivo de este departamento contra Rogelio García y Víctor Venegas, en el sentido de declarar, como se declara, probada la excepción de ineficacia del instrumento ejecutivo que resulta de los hechos 2º y 5º del memorial de excepciones presentado por el señor Víctor Venegas y que consiste en no prestar mérito contra éste, por el procedimiento coercitivo, el alcance provisional deducido en el acta de visita. En consecuencia, se ordena cesar la ejecución en lo relativo al excepcionante Venegas, y desembargar los bienes de éste que estuvieren embargados.

Continúe la ejecución contra Rogelio García por la suma de dos mil setenta y cinco pesos sesenta y dos centavos ($ 2,075.62) y sus intereses.

Estampíllese y publíquese; cópiese y notifíquese. Devuélvase el negocio a la oficina de origen. Insértese en la GACETA JUDICIAL.

Pedro A. Gómez Naranjo, Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán.—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

FIANZA

La responsabilidad del fiador de un empleado de manejo sólo empieza en el momento en que la fianza ha sido aceptada para que el empleado pueda entrar a desempeñar el cargo. La fianza no tiene efecto retroactivo para que pueda extenderse a un período de tiempo anterior a la obligación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto treinta de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo).

El señor Tobías Pava C. propuso las excepciones de petición antes de tiempo, error de cuenta, inexistencia de la obligación, carencia de derecho e ineficacia del documento, en el juicio ejecutivo que adelanta el señor Juez Segundo Nacional de Ejecuciones Fiscales, contra Julio S. Rojas y contra el excepcionante en su carácter de fiador del primero, por la suma de $ 3,434.30, por los intereses de dicha suma y por las costas del juicio.

Tramitado legalmente el incidente, se pasa a fallarlo, previas las siguientes consideraciones:

El origen del juicio se puede resumir así: El señor Pava, en documento de fecha 25 de noviembre de 1931, se obligó como fiador del señor Julio S. Rojas para responder del manejo de éste como Jefe de la oficina telegráfica de Mompós. La fianza fue aprobada el 11 de enero de 1932 y el siguiente día se posesionó de su cargo el señor Rojas, quien había venido desempeñándolo bajo la responsabilidad de otro fiador. El 12 de agosto del mismo año, el Inspector General de Telégrafos dedujo a cargo del telegrafista señor Rojas diferencias en las cuentas por valor de $ 3,434.30, conforme al siguiente detalle:

En cuenta de	enero de 1931 ...$	266.11
" " "	febrero de 1931 ...	379.11
" " "	marzo de 1931	310.07
" " "	abril de 1931	343.58
" " "	mayo de 1931	192.33
" " "	junio de 1931.....	99.72
" " "	julio de 1931	183.42
" " "	agosto de 1931 ...	205.73
" " "	septiembre de 1931	194.50
	Pasan .....$	2,174.57

	Vienen .....$	2,174.57
" " "	octubre de 1931 ...	203.72
" " "	noviembre de 1931	179.72
" " "	diciembre de 1931.	280.77
" " "	enero de 1932	224.40
" " "	febrero de 1932 ...	116.84
" " "	marzo de 1932	136.24
" " "	abril de 1932	118.04
	TOTAL .....$	3,434.30

La Auditoría de Cartagena feneció la cuenta de la oficina telegráfica de Mompós, con la glosa anterior, providencia que fue confirmada por la Contraloría, quedando en firme el alcance. En auto número 185, de treinta de noviembre de 1934, el Juzgado Segundo Nacional de Ejecuciones Fiscales libró orden de pago por la vía ejecutiva contra los señores Julio S. Rojas, como deudor principal, y Tobías Pava C., como fiador mancomunado y solidario del primero, y a favor de la Nación, por la suma de $3,434.30, por los intereses y las costas.

El ejecutado señor Pava funda su acción en las siguientes razones:

"Concretándome única y exclusivamente a lo que a mí me atañe, como fiador, propongo, además, las excepciones perentorias de error de cuenta e inexistencia de la obligación que se trata de hacerme efectiva, en lo referente a los alcances deducidos a cargo del telegrafista señor Julio S. Rojas en el año de 1931, esto es, con anterioridad a la fecha en que fue aceptada la fianza constituída por mí (11 de enero de 1932) y a la fecha en que el señor Rojas tomó posesión del cargo bajo mi responsabilidad, lo que constituye, en lo que a mí se refiere, cobro de una suma que por ende, no debo y que no estoy obligado a pagar: los alcances deducidos a cargo de mi fiado, en los meses de enero a abril de 1932, sólo ascienden a quinientos noventa y cuatro pesos noventa y dos centavos ($ 594.92); los alcances anteriores a la fecha en que el señor Rojas tomó posesión del cargo bajo mi responsabilidad, caen bajo la responsabilidad de la fianza anterior, aunque ya estuviera vencido el término por el cual fue dada, o bajo la del empleado que resulte responsable de la falta de fiador. (Art. 293 del C. F.).

Sobre esto se observa:

El artículo 2366 del C. C. establece que la fianza puede otorgarse hasta o desde cierto día o bajo condición suspensiva o resolutoria y el artículo 2373 de la misma obra dice que la fianza no se presume, ni debe extenderse a más que el tenor de lo expreso. En el documento suscrito por el señor Pava como fiador del telegrafista de Mompós señor Julio S. Rojas, no se comprometió a responder por los alcances correspondientes al tiempo anterior a la obligación, y por tanto, no puede extenderse su responsabilidad sino a la época comprendida desde el día en que fue aprobada la caución y el fiado entró a desempeñar las funciones de su cargo y la cesación de éstas. A lo anterior se agrega que el artículo 57 de la Ley 42 de 1913 dice que "en tanto que la caución no haya sido otorgada y aceptada, el empleado de que se trata no podrá hacerse cargo del puesto, ni recibir fondos o bienes en su carácter de agente del gobierno nacional". De manera que la responsabilidad del fiador sólo empieza en el momento en que la fianza ha sido aceptada para que el empleado pueda entrar a desempeñar su cargo.

El señor Pava propuso varias excepciones, que fueron circunscritas por el apoderado doctor José J. Rodríguez R., en el alegato presentado ante la Corte, a dos: error de cuenta e inexistencia de la obligación. Estas excepciones deben declararse probadas, porque no existe para el señor Pava la obligación de pagar los alcances de su fiado referentes a la época anterior al doce de enero de 1932, ni tiene la Nación el derecho de cobrarle tales alcances, pues a la fianza no se le puede dar el efecto retroactivo que le dio el Juez de Ejecuciones encargado del cobro ejecutivo; y porque hay error de cuenta desde el momento en que se incluyeron en la liquidación partidas no debidas, es decir, desde que se formuló para el recaudo ejecutivo una cuenta superior al monto de las sumas exigibles conforme al contrato de fianza.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, de acuerdo con el señor Procurador General de la Nación, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y error de cuenta, propuestas por el ejecutado señor Tobías Pava C., en cuanto a los alcances perseguidos en este juicio y que se hubieren causado con anterioridad al doce de enero de mil novecientos treinta y dos, de los cuales no es responsable el señor Pava en su carácter de fiador del jefe de la oficina telegráfica de Mompós, señor Julio S. Rojas.

Estampíllese, cópiese, notifíquese, publíquese y oportunamente devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Pedro A. Gómez Naranjo, Aníbal Cardozo, Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

APODERADO EN LOS JUICIOS SOBRE BIENES OCULTOS

LA NACION CONTRA EL BANCO DE LA REPUBLICA

Habiendo apoderado constituído por la Nación en los juicios sobre bienes ocultos no tienen por qué intervenir en ellos los Agentes del Ministerio Público, a menos que el Gobierno haya creído necesaria su intervención y se haya impartido la orden del caso.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Civil de única instancia.—Bogotá, agosto trece de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado sustanciador, Dr. Eleuterio Serna R.).

Con base en un contrato sobre bienes ocultos, celebrado entre la Nación y el señor Ricardo Núñez, en que aquélla constituyó a éste apoderado para obtener la declaración de unos derechos, el doctor José Antonio Archila demandó al Banco de la República, en virtud de la sustitución del poder que le hizo el señor Núñez. El juicio se venía adelantando entre el dicho apoderado sustituto y la entidad demandada únicamente; pero habiéndosele notificado al señor Procurador

de la Nación el auto de fecha ocho del presentes mes, por el que se decretó la práctica de unas pruebas, este alto funcionario, en memorial de la fecha anotada, manifiesta lo siguiente:

"Considero que en tal litigio no tiene por qué intervenir el Procurador, siendo así que la demanda se intentó por un representante especial del Gobierno. Por ello que hasta ahora no se le hubiera hecho notificación de ninguna clase al suscrito.

"Pido por tanto al señor Magistrado se sirva declararlo así expresamente, o bien definir las funciones que le correspondan al Procurador de la Nación en la sustanciación de la presente causa".

Para resolver se considera:

Ni al aceptarse la demanda, ni en providencia alguna posterior, este Despacho ha ordenado tener como parte al señor Procurador ni ordenado que se le hagan notificaciones, porque la Nación tiene apoderado constituído expresamente para el negocio, caso en el cual estima la Corte que el Agente del Ministerio Público no tiene por qué intervenir coadyuvando o defendiendo al apoderado de la Nación.

Cierto es que el ordinal b) del artículo 30 del Código Fiscal dice:

"b) Que hecha la declaración en el sentido afirmativo (de que un bien es oculto), el Ministerio debe investir al denunciante de la personería necesaria para hacer efectivos los derechos del Estado, y ordenar al respectivo Agente del Ministerio Público que coadyuve la acción o acciones necesarias al efecto". (Subraya la Sala).

Cierto es también que la Corte, en auto de diez y nueve de abril de mil novecientos veintiuno, después de asegurar que la doctrina de nuestra legislación es la de que un litigante no puede tener más que un representante en juicio, manifestó lo siguiente: "Sólo hay un caso en que, a pesar de haber designado la Nación su representante, debe el Procurador intervenir, y es el relativo al denuncio de bienes ocultos para coadyuvar la acción del demandante, según lo previene el artículo 20 (es el 30) del Código Fiscal). Pero el carácter excepcional de esta disposición está indicando que su aplicación está restringida al caso por ella contemplado y que en todo lo demás rige la regla general de la no intervención".

Pero esta doctrina fue morigerada posteriormente por la misma Corte, en la sentencia de primero de diciembre de mil novecientos veintitrés, en que se dijo:

"Esta disposición (la del ordinal 3) del artículo 30 del Código Fiscal, ordinal que queda copiado) no expresa que el Agente del Ministerio Público coadyuve la acción o acciones del denunciante de bienes ocultos, sin que el Ministro respectivo le ordene que la coadyuve, y en los autos no aparece que el Ministerio le ordenara al señor Procurador de la Nación, que interviniera en el presente juicio. Si omitió el primero dar la orden al segundo, el denunciante no tiene por qué detenerse en el ejercicio del poder, por tal omisión. Por consiguiente, no era obligatoria la intervención del señor Procurador en el juicio..."

En la cláusula Décima-Tercera del Contrato que celebró la Nación con el señor Ricardo Núñez para el denuncio de los bienes ocultos de que trata el presente asunto, se estableció la obligación del denunciante de seguir el juicio como representante de la Nación y se fijaron los motivos de caducidad del contrato. Dicha cláusula está basada en el artículo 9º del Decreto Nº 553 de 4 de abril de 1925, que dice:

"Artículo 9º Incoada la demanda, está obligado el contratista a llevar el juicio hasta su terminación, dentro de los términos legales y un año más; en este caso no le serán imputables sino las demoras que provengan de su omisión o culpa, pero si abandonare el juicio por tres meses continuos, se declarará caducado administrativamente el contrato, y el Gobierno, por medio de sus agentes, continuará el juicio en el estado en que quedó, sin que el contratista tenga derecho a la participación estipulada".

Es probable que en virtud de las obligaciones que adquiere el denunciante de promover las acciones correspondientes, y merced a la sanción de caducidad a que queda expuesto en caso de culpa suya en la continuación del juicio, el Gobierno considere que en estos asuntos no tiene el deber de dar a los Agentes del Ministerio Público orden para que coadyuven las acciones que el apoderado denunciante establezca. Y mientras esa orden no se dé, dichos Agentes no tienen por qué intervenir, coadyuvando al denunciante en los juicios sobre bienes ocultos que él promueva, pues basta la intervención de éste. De modo que si la Nación se abstiene de dar la orden, esos Agentes carecen de facultad para intervención; y como en el presente juicio no consta que el Ministro respectivo haya impartido esa orden, no hay razón para que en él se acepte y tenga al señor Procurador como parte coadyuvante.

Por lo dicho, se declara que el señor Procurador de la Nación no es parte en este

juicio, y que, por tanto, no tiene por qué intervenir en él, mientras no conste que recibió del Ministerio de Hacienda y Crédito Público orden para coadyuvar la acción promovida por el apoderado de la Nación.

Cópiese y notifíquese. Insértese en la GACETA JUDICIAL.

Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

República de Colombia.—Poder Judicial. Corte Suprema de Justicia.—Secretaría. Número 367.—Bogotá, 24 de enero de 1936.

Señor Relator de la Corte Suprema de Justicia.—E. S. D.

Para que sea publicada en la GACETA JUDICIAL, remito a usted la lista de los magistrados principales de los Tribunales Superiores elegidos para el período que empezó el primero de julio del año próximo pasado, y que aún no ha sido publicada en el órgano de la Corte.

De usted atento servidor.

Pedro León Rincón, Srio.

Lista de los Magistrados principales de los Tribunales Superiores elegidos para el período que empezó el primero de julio del año próximo pasado:

Cali:	Jorge Enrique Velasco.
Tunja:	Rafael Galán Medina.
	Luis María Ortiz.
	Marco A. Rubiano.
Popayán:	Juan B. Cerón.
Bogotá:	Gonzalo Galtán.
	Faustino Molano.
Buga:	Camilo García Sanclemente.
Manizales:	Eduardo Arango Garrido.
	Fabio Gartner.
	Elías Gómez Robledo.
Pereira:	Miguel Abadía Méndez.
Barranquilla:	Manuel Fonseca Plazas.
Santa Marta:	Octavio M. Gómez.
Medellín:	Gregorio M. Agudelo.
Cartagena:	Diógenes Arrieta.

"GACETA JUDICIAL"

Habiendo limitado el Gobierno la edición de la GACETA JUDICIAL a 1.200 ejemplares por cada número mensual, no será posible remitir a todas las oficinas públicas todos los ejemplares que antes se mandaban. Por esa misma razón no será posible ya remitir el órgano de publicidad de las decisiones de la Corte a todos los jueces y personeros municipales del país.

CANJES DEL EXTERIOR

Hemos recibido las siguientes publicaciones extranjeras, por cuyo envío damos las más expresivas gracias:

"Revista de Derecho y Legislación", de Caracas; "Gaceta Judicial", de Quito; "Repertorio Judicial", de La Habana; "La Justicia", de México; "Gaceta del Foro", de Buenos Aires"; "Ibero-América", de Berlín; y "La Revista de las Españas", de Madrid.

INDICE Y JURISPRUDENCIA RAZONADA DE LA CORTE

Está en prensa el número 1878 de la GACETA JUDICIAL, que contiene el índice y la jurisprudencia del tomo XXXVIII. Tan pronto como termine la impresión de ese número se mandará a la imprenta el índice y la jurisprudencia del tomo XXXIX, que ya están terminados. Corresponderá este número al 1885 de la GACETA JUDICIAL.

FE DE ERRATAS MAS IMPORTANTES

En la breve noticia de la sentencia que aparece a la página 168 se omitieron varias líneas que el corrector de pruebas pasó por alto. Debe leerse así: "El concepto de interés exigido por nuestra ley —ya que no puede seguirse la doctrina de otras legislaciones que atienden de una manera más técnicas a las consecuencias que se derivan de la naturaleza misma de la nulidad absoluta— puede y debe entenderse en el sentido más amplio y comprensivo, y, consecuencialmente, debe admitirse que los acreedores tienen, con respecto a la solvencia de su deudor y a la consiguiente posibilidad de hacer embargos que garanticen la efectividad de sus créditos, un interés de esos que la ley exige (artículo 15 de la ley 95 de 1890) para poder alegar la nulidad absoluta". Igualmente aparecen omitidas varias líneas en la noticia de la sentencia que figura en la página 188. Debe leerse así: "No es que únicamente sea aceptable la prueba de la defunción que provenga de las actas parroquiales. La defunción de una persona se demuestra o con las actas parroquiales o con las notariales, como pruebas principales, y puede también demostrarse con la prueba supletoria, pero para esto es necesario que previamente se establezca la falta de alguna de las pruebas principales". Lo demás como fue tirado.

INDICE

Págs.

Sentencia de la Corte de Apelación de Aix .. 150
Comentario de Marcel Nast, profesor de Estrasburgo, a la sentencia que precede ... 153
Sociedades. Doctor Miguel Moreno Jaramillo. Tomo IV (continuación) 159

CORTE PLENA

Se declara legal el impedimento manifestado por los honorables Magistrados doctores Aníbal Cardozo Gaitán, Antonio Rocha y Eleuterio Serna R., para conocer de las demandas sobre inexequibilidad 164
Salvamento de voto de los Magistrados Moreno Jaramillo y Mújica 165

SALA DE CASACION CIVIL

No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Popayán dictada en el juicio ordinario que sigue Inés Tejada vda. de Campo contra el doctor Moises Ordóñez C. (Magistrado ponente, Dr. Eduardo Zuleta Angel) 166
No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario que sigue Germán Giraldo contra Luciano y Juan Pablo Ruiz. (Magistrado ponente, Dr. Eduardo Zuleta Angel) 168
No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario que sigue José Domingo Robledo contra Juan de Dios Rodríguez. (Magistrado ponente, Dr. Antonio Rocha) 172
Se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá y se revoca la que en primera instancia había pronunciado el Juzgado 3º Civil del mismo Circuito en el juicio reivindicatorio seguido por Juan B. González contra la sociedad comercial colectiva Viuda de Richard & Plata. (Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinastrosa Daza) 180
No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Absalón Díaz Talero contra Ricardo Emilio Calderón y Manuel José Calderón. (Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón) 188

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bucaramanga en la causa seguida contra Demetrio Rueda. (Magistrado ponente, Dr. Sanmiguel) 192
Se declara inadmisible el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín en la causa seguida contra Luis Eduardo Arango. (Magistrado ponente, Dr. José A. Montalvo) 195
No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Tunja en la causa seguida contra Fermín Reina. (Magistrado ponente, Dr. José A. Montalvo) 197
Se casa parcialmente la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Barranquilla en la causa seguida contra Nicolás Lindo. (Magistrado ponente, Dr. Manuel Antonio Bravo) 200
No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Neiva en la causa seguida contra Alcibíades Ramírez. (Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez) 203
Se declara desierto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de San Gil, en la causa seguida contra Luis Francisco Hurtado. (Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez) 207
Se invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en la causa seguida contra Alfredo Narváez Sandoval. (Magistrado ponente, Dr. José A. Montalvo) 209
Se declara infundado el recurso de revisión interpuesto contra la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Pasto, en la causa seguida contra Visitación Bastidas. (Magistrado ponente, Dr. José A. Montalvo) 215
Se niega la revisión solicitada por Luis Gonzalo Sotelo, de la causa que se le siguió por delitos contra la religión. (Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez) 218
Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira dictada en la causa contra Salvador Martínez. (Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias) 221

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Se niega una pensión solicitada por la señorita Tulia Bernal F. (Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo) 227
Se declara probada la excepción de prescripción propuesta en el juicio que por suma de pesos sigue el señor Juez 1º Nacional de Ejecuciones Fiscales contra el señor Eduardo Trujillo. (Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo) 228
Se declara no probada la excepción de inexistencia de la obligación, propuesta por el señor Celiano Rodríguez en el juicio que le adelanta la Recaudación del impuesto sobre la renta de Cundinamarca. (Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo) .. 229
La Corte se declara incompetente, por falta de jurisdicción, para conocer de la apelación interpuesta por el señor Fiscal, contra el auto ejecutivo dictado en el juicio seguido por la señora Melania Muñoz vda. de Sánchez contra el Departamento de Cundinamarca. (Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo) 230
Se confirma el auto dictado por el Tribunal Superior de Neiva en el juicio ordinario de contradicción, al deslinde y amojonamiento de algunos predios de propiedad particular con baldíos nacionales. (Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo) 230
Se declaran no probadas las excepciones propuestas en el juicio ejecutivo que se adelanta con jurisdicción coactiva por el Juez 1º Nacional de Ejecuciones Fiscales contra el señor Vicente Flórez. (Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R.) 232
Se decreta una pensión a favor del doctor Luis Felipe Vergara I., vecino de Pasto, por servicios prestados en el Poder Judicial. (Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo) 233
Se revoca el auto ejecutivo dictado por el Sr. Recaudador de Hacienda Nacional de Río-negro (S.) en el juicio seguido contra el Sr. José González R. (Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo) 235
Se reforma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cundinamarca en el juicio ejecutivo que sigue este Departamento contra Rogelio García y Víctor Venegas. (Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R.). 237
Se declaran probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y error de cuenta propuestas por el Sr. Tobías Pava C. en el juicio ejecutivo que adelanta el Sr. Juez 2º Nacional de Ejecuciones Fiscales contra Julio S. Rojas. (Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo) 244

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

Se declara que el Sr. Procurador de la Nación no es parte en el juicio seguido por la Nación contra el Banco de la República, mientras no conste que recibió del Ministerio de Hacienda y Crédito Público orden para coadyuvar la acción promovida por el apoderado de la Nación. (Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R.) 245

Algunas Obras de Derecho

NICASIO ANZOLA—Nociones elementales de Derecho Civil Colombiano, 3 tomos, rústica, $ 6,00; pasta.....$ 8,50
CHAMPEAU y URIBE — Derecho Civil Colombiano, rústica ....." 3,50
MIJIADES CORTES.—Posesión....." 0,40
LUIS E. CUERVO—Introducción a la Teoría General del Derecho Privado, rústica " 2,00
GOMEZ CUELLAR—Comentarios al Nuevo Código Judicial, rústica....." 2,50
LUIS F. LATORRE—Registro y Matrícula de la Propiedad, rústica....." 0,80
LUIS F. LATORRE—Crédico Hipotecario" 1,20
MARINO PINTO—Derecho Civil Colombiano para uso de los agricultores de Colombia, pasta ....." 1,00
C. H. PARDO—Las Obligaciones en Derecho Civil, rústica....." 1,00
LAZARO TOPON—Instrumentos Negociables, rústica ....." 0,80
FERNANDO VELEZ- Derecho Civil Colombiano, 2a. edición, 9 tomos, pasta.." 15,00
ARANGO ARCESIO—Elementos de Criminalogía y Ciencia Penal, rústica....." 2,00
JOSE V. CONCHA—Tratado de Derecho Penal, pasta ....." 2,00
L. CUERVO MARQUEZ—Sistema Penal." 0,50
MIJIADES CORTES — Policía Teórica, rústica ....." 0,50
P. R. GOMEZ Libertad Humana y Estados Morbosos del Espíritu....." 3,00
PABLO A. LLINAS Medicina Legal. R. " 3,00
ENRIQUE A. BECERRA — Tratado de Pruebas Judiciales (Teoría y Práctica), 3 grandes tomos, rústica....." 7,50
JOSE V. CONCHA—Pruebas Judiciales." 2,00
C. MARTINEZ SILVA—Pruebas Judiciales, pasta ....." 1,00
GEORGES BRY—Derecho Romano, traducción de Hernández, rústica, $ 2,00; pasta ....." 2,80
GEORGES BRY — Derecho Internacional Público, pasta ....." 4,00
TRUJILLO ARROYO—Derecho Romano " 3,00
ARCESIO ARAGON—Derecho Público Interno, pasta ....." 4,00
ARGUELLO y BUENAVENTURA — Derecho Administrativo, 2 tomos, rústica....." 4,00
P. M. CARRENO—Apuntes sobre Derecho Administrativo, rústica....." 1,50
J. F. FORERO N.—Crítica del Derecho Constitucional, rústica ....." 1,50
LUIS F. LATORRE—Trabajos Jurídicos, 3 tomos, rústica....." 5,00
MORENO JARAMILLO — Ley de Leyes, rústica ....." 0,50
MORENO JARAMILLO—Sociedades, Estudio de las sociedades de todo género, 3 tomos, rústica....." 12,00
ALBERTO CONSTAIN — Finanzas, 2 tomos ....." 4,00
ESTEBAN JARAMILLO — Hacienda Pública, con un estudio sobre Haciendas locales, pasta ....." 6,00
ESTEBAN JARAMILLO—Conferencia sobre el Concepto Jurídico de la Propiedad, rústica ....." 0,50
FELIX J. RESTREPO — Principios o fundamentos de la Economía Política, rústica ....." 0,50
ALEJANDRO LOPEZ—El desarme de la usura, rústica ....." 0,50
ALEJANDRO LOPEZ—Problemas Colombianos, rústica ....." 1,00
ALEJANDRO LOPEZ—El Trabajo....." 1,00
J. M. RABON—Fundamentos de la Ciencia Económica, rústica....." 2,00
EDELSARIO PIATA—La crisis económica colombiana y sus posibles remedios, rústica ....." 0,50
R. QUINTERO A. — Cooperativas Colombianas, rústica ....." 2,00
AQUILINO VILLEGAS—La Moneda Ladrona, rústica ....." 1,00
ARCESIO ARAGON—Jurisprudencia Administrativa, pasta ....." 4,00
JOSE A. ARCHILA—Jurisprudencia del Consejo de Estado, 3 tomos, pasta...." 12,00
HERNAN COPETE—Recientes doctrinas de la Corte, rústica....." 2,00
A. GOMEZ NARANJO—Derecho Aéreo.." 1,20
P. GOMEZ NARANJO — El Consejo de Estado, rústica ....." 0,70
P. GOMEZ NARANJO -Código de lo Contencioso Administrativo ....." 0,50
L. F. LATORRE — Jurisprudencia Razonada, rústica ....." 2,50
JORGE MATEUS — La Propiedad Industrial en Colombia, rústica....." 0,30
JOAQUIN OSPINA — Jurisprudencia del Tribunal de Caldas, rústica....." 2,00
JOAQUIN OSPINA—Diccionario de Derecho Comercial, rústica....." 2,00
ANTONIO JOSE URIBE — La Reforma Administrativa en Colombia, rústica.." 4,00
ANTONIO JOSE URIBE—Estudios internacionales, económicos, políticos y sociales, pasta ....." 3,00
ANTONIO JOSE URIBE—Cuestiones de Límites. Colombia, Venezuela, Costa Rica, Ecuador, Brasil, Nicaragua y Panamá, rústica ....." 3,50
Colombia y el Perú, rústica....." 3,50
Colombia y los Estados Unidos, rústica " 3,50
LOPEZ PALLA—Foro Colombiano o Libro de los Jueces, 1 tomo, rústica, $ 2,50; pasta ....." 3,30
CODIGOS DEL DR. CARLOS J. ANGEL —ediciones de bolsillo—
Código Judicial, pasta ....." 2,50
" de Comercio, pasta....." 2,50
" Penal y Ley de Enjuiciamiento, pasta ....." 2,50
" Político y Municipal y la Constitución, en 1 volumen, pasta...." 2,50

PARA PORTES: EN PEDIDOS HASTA $ 2, $ 0,20; MAYORES DE $ 2. 8%

LIBRERIA COLOMBIANA—CAMACHO ROLDAN & Cía. S.A.

BOGOTA, APARTADO 199 **(Pídanos catálogo completo de DERECHO)**

Constitución y Código de Colombia

Por Eduardo Rodríguez Piñeros

ACABA DE SALIR LA

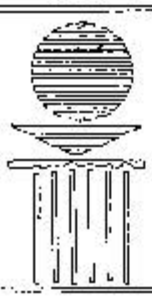
Sª edición. — Contenido: Constitución Nacional, Códigos: Civil, Judicial, Penal, de Comercio, Terrestre, Marítimo, de Minas, Político y Municipal.

PRECIO: $ 10,00 — Por correo: $ 10,50.

LIBRERIA AMERICANA

Concha y Michelsen

Bogotá: Calle 12, Nº 602.—Apartado 223. Por telégrafo "Jovico".



ESTUDIANTES Y PROFESIONALES

SI QUIEREN USTEDES HACER CARRERA VAYAN A LA

Librería Jurídica



Pregunten por textos, obras de consulta y sus precios.
Calle 14 (del Rosario), número 6-77.
Teléfono 15-17.

DERECHO CIVIL por Planiol y Ripert.
" " " Josserand.
" " " René Demogue.
" " " Henri y León Mazeaud.
" " " Geny.
" " " Bonnecasse.
" " " Oertmann.

Y DEMAS OBRAS POR LOS AUTORES MAS MODERNOS
ACABAN DE SALIR

GACETA JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO XLII — Bogotá, marzo 10 de 1936 — No. 1899

DIRECTOR: JULIAN MOTTA SALAS, RELATOR DE LA CORTE

"Saber las leyes non es tan solamentz en aprender ies letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento". (Siete partidas—Ley XIII)

"C'est le droit vivant que l'on veut connaitre, non un droit mort, ou conventionnel, imaginatif, variant au gré de chacun". (Louis Josserand—Cours de Droit Civil Positif Francais).

CASACION EN MATERIA CRIMINAL

JUAN C. TRUJILLO ARROYO

I

Los orígenes de esta institución se remontan a la misma fuente de la casación civil, o sea a las mismas organizaciones que en Francia se desarrollaron bajo el poder de la monarquía, y que culminan en la Asamblea Constituyente de 1790, *momento en que ya adquirió este recurso su fisonomía propia y definitiva. Se cita como reglamentario de este recurso un decreto de la mencionada Asamblea que estableció normas respecto a la casación civil, y otro de la misma, en* 1791, *que reglo la casación en materia penal; en el último de los citados decretos se destacan los principales lineamientos y reglas propias para el ramo, que vienen a ser éstas: en todo fallo condenatorio dictado por los Tribunales en lo criminal, debía quedar en suspenso la ejecución por tres días, durante los cuales el reo podía interponer el recurso de casación para ante el Tribunal Supremo, establecido por la misma Asamblea Nacional. Al reo bastaba interponer el recurso en esos tres días ante el Secretario del Tribunal, y luégo debía formular en los treinta siguientes la demanda de casación, en la cual se expresarían los motivos legales; había causales relativas al procedimiento cuando se faltaba a las leyes tutelares que dan garantías para el juicio, y había otras referentes a la aplicación de la ley penal (causales de fondo).*

El Tribunal Supremo de Casación podía desechar el recurso cuando no había sido introducido en tiempo o en la forma debida, y admitirlo en el caso contrario; y al hacerlo así, si hallaba fundada una causal de procedimiento, casaba o anulaba el fallo, devolviendo el proceso al mismo Tribunal para subsanar las irregularidades del procedimiento, y para que una vez hecho esto y consiguientemente provisto el juzgador de los elementos procesales que le faltaban, fallara nuevamente (el mismo Tribunal o el Juez) sobre esas mejores bases.

Cuando el Tribunal Supremo de Casación hallaba fundada una causal de

fondo referente a interpretación o aplicación de la ley penal, casaba la sentencia y la enviaba a otro Tribunal para que éste dictara el fallo de instancia, por donde se ve que la práctica de ahora a este respecto es perfectamente nueva. Es de observar que dicha actuación guarda analogía más bien con lo que se practica en el recurso de revisión, *pues cuando éste prospera decretándose la revisión del proceso y el nuevo juzgamiento del reo, se cambia la radicación enviándolo a otro Tribunal o a otro Juzgado.*

Hoy día en la casación tanto civil como penal, al menos según la legislación nuéstra, cuando el superior (Juzgado, Tribunal o Corte Suprema) haya de revocar, de reformar, o de casar un fallo inferior por aspecto o cuestión de fondo, habrá de dictar aquél el fallo o sentencia de reemplazo o de instancia.

Volviendo al decreto originario de la Asamblea de 1791, *diremos que conforme a él, al dictarse por el Tribunal Supremo de Casación el fallo condenatorio por razones de informalidad del procedimiento, el nuevo Tribunal sentenciador debía tramitar otra vez el juicio convocando otro Jurado que había de fallar nuevamente. Por el contrario, si la sentencia se casaba por errónea interpretación de la ley penal sustantiva, el mismo Tribunal a quien pasaba el proceso debía respetar el veredicto del Jurado, y sobre esa base entrar a aplicar la pena, haciendo una interpretación más jurídica de la ley. Por último, respecto al Decreto de* 1791 *que comentamos, resta observar que el Ministerio Público (Procurador del reino) podía también intemponer el recurso de casación, aunque en un término más breve, tanto respecto a la sentencia condenatoria como a la absolutoria.*

Lo mismo que el recurso de casación en materia civil, así pasó esta institución de Francia a Italia, España y a los países latinos de América; en Estados Unidos no existe la casación, y la Corte Suprema Federal se ocupa en otras cuestiones, como la guarda de la Constitución Federal, el equilibrio entre los distintos Estados que integran aquella enorme República, y algunas más.

La casación es una institución de origen netamente latino; no existe en Inglaterra; y en Alemania y Austria existe con algunas modificaciones trascendentales.

Discuten los expositores italianos el concepto de recurso extraordinario *que suele atribuirse a la casación, y que como tál habremos de estimarlo en la materia civil. Sostienen ellos que no hay por qué considerar este recurso como extraordinario, y se basan para ello en una definición de su Código Judicial sobre la casación y en relación con los fines de ella; "La de Casación en lo Penal está instituída para mantener la exacta observancia de las leyes"; sobre esto afirman que desde la Constitución del reino hasta los ínfimos reglamentos municipales deben ser materia sometida a la supervigilancia de la Corte Suprema. De ahí que convenga mucho fijar un punto de vista definitivo sobre la casación penal, y es el de la distinción entre el* hecho *y el* derecho. *El juzgamiento en materia penal en casi todos los países tiene muy en cuenta esta disposición, desde luego que se atribuye a ciertos Tribunales y Jueces el conocimiento de cuestiones de fondo sobre el hecho y el derecho, y a otras entidades el solo juzgamiento del hecho; esto en lo que respecta a los Juzgados y Tribunales de instancia, y por otro lado, lo que se relaciona con los Jurados, que son hoy una institución casi universal. Por ese aspecto la distinción entre el hecho y el derecho está bien deslindada, pero en lo que respecta a la casación, hay opiniones divergentes, pues algunos consideran, extremando*

la tesis jurídica, que la Corte de Casación ha de examinar puramente el solo derecho, tesis que exagerada llevaría a convertir a esta institución en una academia científica, divorciándola del sentido que siempre se le ha dado de Tribunal de Justicia. Pero los expositores en la materia sitúan la cuestión en un campo menos abstracto, en el cual consideran el derecho en relación lógica con los hechos que le sirven de base, y apoyan este acertado criterio en un concepto fundamental formulado en el proyecto de ley sobre casación penal presentado al Senado italiano y adoptado en el año de 1872, que dice:

"Artículo 5º Están sujetas a casación las sentencias que atribuyen a los hechos en ellas constatados, o a las actas o documentos de la causa una definición o un efecto diverso de los que les atribuyen las leyes".

Este criterio básico así expresado viene a ser una cristalización de aquella norma que vimos sobre los fines de la institución, o sea la contenida en el artículo 122 del Código de Organización Penal de Italia, que arriba se transcribió. Ahora bien, los hechos y elementos probatorios documentados a que alude el artículo 5º del proyecto en referencia, son la base para el estudio de la cuestión de derecho, que le corresponde definir a la Corte de Casación Penal, toda vez que, si entramos a analizar dicho artículo, hallaremos en él todo un cuerpo de doctrina, comoquiera que la sentencia estimativa de los hechos constatados en un proceso criminal apreciándolos de una manera diversa de aquella que las leyes sustantivas penales les han asignado a esos hechos, vendrá a ser indudablemente una sentencia violatoria de la ley sustantiva en materia penal, pues ella implicará, por lo menos, una violación por interpretación errónea de la ley. Una sentencia que les atribuya a las actas o documentos de la causa un efecto probatorio diverso del que les asignan las leyes, ya en cuanto al fondo, ya en cuanto a la forma procedimental, venará a ser también una sentencia violatoria de la ley, ya en lo sustantivo por incurrir así en errores de derecho en la estimación de las pruebas documentales, ya también por inobservancia o quebrantamiento de las leyes procedimentales. Para concluir, debemos decir que el campo de acción de este recurso en materia penal es más amplio que el de la casación civil, pues que en la primera —como se deja demostrado— quedan comprendidas como causales de casación las referentes a la nulidad de procedimiento, y en la civil nó.

El recurso de casación en materia criminal existió en Colombia bajo el régimen de la pena de muerte, o sea desde 1886 hasta 1910; circunscrito únicamente a las sentencias capitales. Cuando el Acto legislativo número 3 de 1910 abolió la pena máxima, por sustracción de materia desapareció el recurso dicho; luégo surgió nuevamente a la vida y con mayor amplitud en la Ley 78 de 1923, que en consonancia o desarrollo de una reforma constitucional, creó una nueva sala para la Corte Suprema de Justicia, la que ha sido denominada Sala de Casación en lo Criminal, y a la cual, por una anomalía, se le ha adscrito el conocimiento de los asuntos criminales de que venía conociendo la Sala de Negocios Generales; y decimos anomalía, porque al denominarla el legislador, como lo hizo, Sala de Casación, *y al conservar la antigua de* Negocios Generales *su propia de nominación, lo lógico habría sido que la de casación penal conociera exclusivamente de este recurso, como la de casación civil; pero si lo que se quería era una* Sala de lo Criminal, *como en los Tribunales de Distrito, natural era haberla denominado así para*

hacerla abarcar tanto los juicios criminales de instancias como los recursos de casación y de revisión.

II

La ley y la Jurisprudencia colombiana tienen una especial amplitud en materia de casación penal, y se han venido desarrollando y perfeccionando.

Cabe aquí una breve reseña sobre esta institución entre nosotros, especialmente en lo tocante a las causales que han venido teniéndose en cuenta para el recurso, en las leyes que sucesivamente han regido.

La Ley 105 *de* 1890 *(en su artículo* 369) *estatuyó como causales en materia penal las siguientes:*

1ª *Ser la sentencia violatoria de ley sustantiva penal por haberse aplicado al reo la pena capital fuéra de los casos determinados por la Ley.*

2ª *Ser el veredicto, en concepto de la Corte, contrario a la evidencia de los hechos.*

3ª *Haberse incurrido en la tramitación de la causa en algunas de las nulidades previstas en los ordinales* 1º, 3º, 4º, 5º, 6º *y* 7º *del artículo* 264, *Ley* 57 *de* 1887.

La Ley 169 *de* 1896, *en su artículo* 3º, *aclaró el concepto sobre la causal* 2ª, *o sea la injusticia del veredicto, contemplando dos hipótesis:* 1ª, *la de que de autos resulta claramente no haberse ejecutado el hecho mencionado; y* 2ª, *la de que el acusado no es responsable de él. Pero limita el alcance del recurso para el caso de que haya una condenación proveniente de un segundo Jurado.*

La Ley 40 *de* 1907 *estableció,* mutatis mutandi, *las mismas causales que la anteriormente expresada.*

Pasando a la segunda época del recurso en materia, tenemos que, como ya se dijo, fue en 1923 *cuando resurgió este recurso, abolido de hecho o por sustracción de materia con la reforma constitucional de* 1910, *que abolió la pena capital.*

Con la Ley 78 *el legislador de* 1923 *estableció de nuevo el recurso de casación sobre las penas ahora existentes, tomando como base la cuantía temporal en las privativas de la libertad: una cuantía de seis años en las de presidio, reclusión o prisión; y en cuanto a las causales, que en tesis general habían de ser distintas del antiguo estatuto, consagró las siguientes en su artículo* 3º:

1ª *Ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva penal, por mala interpretación de la misma, o por haber aplicado una disposición distinta de la que correspondía legalmente.*

2ª *Violación de la ley procedimental, por haber sentenciado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial según la ley.*

3ª *No estar el fallo en consonancia con los cargos deducidos en el auto de proceder, o estar en desacuerdo con el veredicto del Jurado.*

4ª *Incompetencia de jurisdicción en el Tribunal sentenciador; y*

5ª *Haberse abstenido de fallar el Tribunal siendo competente.*

Como puede verse, la nueva ley sobre casación penal vino a introducir, además de la 2ª *causal, que ya existía, y de la primera, que es análoga a la primera de la anterior legislación, otras tres nuevas, a saber: las jurisdiccionales por exceso y por defecto y la que se refiere juntamente al auto de proceder y al veredicto como normas que han de ser de la sentencia condenatoria; pero dejó de reproducir la relativa a injusticia notoria. Esta omisión la ha venido a subsanar la Ley* 118 *de* 1931, *que regula íntegramente la materia. Esta Ley refunde, pues, en un solo artículo las que enumeraba la* 78 *de* 1923 *y las adicionales que se introducen, viniendo a reunirse en conjunto*

ocho causales. Las tres nuevas son las que siguen:

a) Violación de la ley, por cuanto haya habido error de apreciación en la prueba del cuerpo del delito.

b) Ser la sentencia violatoria de la ley, por haberse dictado sobre un veredicto viciado de injusticia notoria, siempre que esta cuestión se haya debatido previamente en las instancias; y

c) Haberse dictado el fallo sobre un veredicto evidentemente contradictorio.

La segunda de las aquí enumeradas viene a ser la que antiguamente había regido bajo las Leyes de 1890, 1896 y 1907, que olvidó el legislador de 1923; pero el de 1931 le pone una limitación muy razonable, por cierto; "siempre que esta cuestión haya sido debatida en las instancias"; y decimos que esta limitación es razonable, porque de otra manera la casación no llenaría sus fines; pues no ha de perderse de vista que este recurso es una especie de acusación a la sentencia de última instancia; y que la Ley ordena a los Jueces y Tribunales que a petición de parte y aun de oficio anulen el fallo y manden reunir un nuevo Jurado cuando a su juicio el primer veredicto sea contrario a la evidencia de los hechos. Si así no lo hicieren violarían la ley, dando cabida a que la parte agraviada acuse el fallo del Tribunal.

Estas reformas, que vino a traer la Ley de 1931, ya habían sido marcadas por la Corte en su labor precursora, que no otra cosa es y debe ser la Jurisprudencia; ella le señala el camino de la reforma al legislador mediante interpretaciones con las cuales va abriéndose paso a la equidad, generadora de la verdadera justicia.

En esta materia ya la Corte, en dos fallos había sentado doctrina sobre admisibilidad de la tesis de injusticia notoria en el veredicto, tomando como base la causal 1ª de la Ley 78 de 1923, de ser la sentencia violatoria de ley sustantiva, en cuanto hubiese dejado el Tribunal de estimar la cuestión ante él planteada de ser el veredicto contrario a la evidencia, por estimar que se había desobedecido el precepto de hacer la declaración de la injusticia existente en el veredicto, precepto que consagra indudablemente un derecho para el sentenciado. El legislador de 1931, obrando de acuerdo con la Corte, elevó a ley reformatoria lo que ésta había señalado como una necesidad mediante aquella jurisprudencia. Lo mismo se puede anotar con respecto a la nueva causal referente a apreciación de la prueba sobre el cuerpo del delito.

Otra reforma humanitaria que ha venido a introducir sobre casación penal el legislador de 1931, es la que atribuye al Procurador General de la Nación la facultad de fundar el recurso cuando no lo haya hecho el reo, siempre que haya razón o motivo justo para ello. Con esto se ha atendido a una necesidad en las clases desvalidas de nuestro pueblo, que muchas veces por falta de recursos pecuniarios no pueden conseguir un abogado que les defienda en casación ante la Corte.

III

Por último, habré de anotar, antes de poner fin a esta exposición, algunos puntos interesantes de doctrina entre los más salientes de los que la Sala Penal de la Corte ha tratado de fundar su jurisprudencia, y que probablemente habrá de servir para que se aclaren o se amplíen por el legislador tales cuestiones, elevándolas a preceptos legales. Tales son, entre otros:

I. Se ha corregido mediante varios fallos de casación el error bastante generalizado entre Jueces y Tribunales, de tomar como circunstancias agravantes las que apenas son constitutivas del delito que se juzga; y también el error de imputar doblemente la reincidencia considerándola como agravante especial para el aumento de la pena y a la vez como agravante común para

la calificación del grado en la delincuencia; tesis aberrantes e injustas a todas luces, que la Corte ha combatido infirmando o reformando los fallos por tal motivo.

II. Se ha puesto en claro por medio de otras tantas sentencias de la Corte esta tesis: que a pesar de ser un veredicto sencillamente afirmativo de responsabilidad por homicidio simplemente voluntario, se puede ejercer la facultad discrecional que consagra en su inciso 2° el artículo 602 del Código Penal (sobre atenuación por estimar el caso entre los menos graves), siempre que por otra parte los elementos probatorios del proceso den cabida a esa especial atenuación; lo cual implica, eso sí, que en la demanda de casación se haga el análisis de tales elementos probatorios, pues la Corte no puede, en casación, emprender oficiosamente ese análisis.

III. Por el contrario, un veredicto puramente afirmativo no permite la aplicación de disposiciones especialmente atenuantes del homicidio voluntario (como las de los artículos 602, inciso 1°, 603, 604 o 605); pues para ello es preciso que el veredicto contenga en alguna forma más o menos explícita los elementos de hechos que informan esas especiales disposiciones de la ley penal. Son muchos los fallos en que la Corte ha sentado esta doctrina.

IV. Con respecto a la causal 2ª de casación se ha interpretado la Ley en el sentido de que la nulidad procedimental allí contemplada no sólo se origina por la causas o motivos que enumeran los artículos 264 y 265 de la Ley 57 de 1887, sino también por vicio u omisión que menoscabe las garantías consagradas por el artículo 26 de la Constitución Nacional, como ley suprema que es, para salvaguardia del derecho de defensa.

V

Se ha confirmado desde los primeros fallos, a raíz de la fundación de la Sala Penal (año 1925), la muy sabia doctrina que venían profesando la mayor parte de los Tribunales, de que no se puede condenar, ni siquiera interrogar al Jurado, sobre cargos ni sobre circunstancias específicas (verbigracia, la premeditación) que no se hayan planteado o formulado en el enjuiciamiento, es decir, en su parte motiva. Se trata allí, en cierta manera, de la litis-contestatio, *que desde los orígenes del Derecho ha sido la base de todo debate judicial, en que ha de obrarse con lealtad. De otra manera el acusado no tendría todas las garantías para su defensa, y el procedimiento podría ser en cierta manera sorpresivo o secreto, lo cual no armonizaría en manera alguna con los preceptos tutelares de nuestra Carta Fundamental (artículo 26 y concordantes).*

VI

Se ha clasificado en absoluta y relativa la injusticia notoria de que puede adolecer un veredicto. En efecto; puede consistir la injusticia en declarar responsable a un inocente, o bien, en atribuírle al acusado una responsabilidad específica mayor de la que en verdad y en justicia le corresponde, según la evidencia procesal; como cuando es notoria, verbigracia, la ausencia de premeditación y el veredicto la declara existente.

Las apelaciones por parte del Ministerio Público negadas por un Tribunal han sido admitidas en dos ocasiones por la Corte en recurso de hecho, aplicando una interpretación más lógica que literal a los artículos 1° y 4° de la Ley 78 de 1923; pues si se ha admitido sin vacilar que los Fiscales de Tribunal pueden interponer recurso de casación en defensa de los fueros sociales cuando a su juicio ha sido muy be-

signa la pena aplicada a un delincuente, con mayor razón debe admitirse la facultad de defensa social que les corresponde en presencia de absoluciones escandalosas en que se haya conculcado la verdad en los hechos y la ley sustantiva en el Derecho. De otra manera, la justicia vendría a tener un criterio puramente unilateral para favorecer a los delincuentes con perjuicio evidente de la sociedad, lo cual sería absurdo.

La interpretación lógica *debe ser preferida a la meramente* literal, *según los más elevados preceptos de hermenéutica, máxime cuando es la Corte Suprema quien interpreta las leyes para fundar una docta jurisprudencia, que es su misión primordial; y sube de punto esta consideración cuando se trata de materias penales, en que se ventilan no solamente los intereses del individuo sino también los que conciernen a la defensa social.*

COLABORACION JURIDICA

SOCIEDADES

Miguel Moreno Jaramillo.

Tomo IV

(Continuación).

404.—Pedro, Juan y Diego celebraron un contrato de compañía anónima.

El capital fue fijado en $ 200,000.00 y el fondo social fue dividido en 100 acciones nominales de a $ 2,000.00 cada una, suscritas y liberadas así: por Pedro, noventa y ocho, una por Juan y la otra por Diego.

Díjose que en los últimos quince días de julio de cada año se formarían el inventario y el balance; que de las utilidades se dejaría un diez por ciento para formar el fondo de reserva, y que las diferencias serían resueltas por compromisarios en la forma legal.

Otras cláusulas contiene la escritura de fundación, a que no es preciso aludir porque en nada se rozan con la siguiente, única materia de nuestro estudio:

"De las utilidades de la sociedad, después de sacar el fondo de reserva, corresponderá un catorce por ciento para Juan y un ocho por ciento para Diego. Dichos Juan y Diego quedan con derechos en el fondo de reserva, en la proporción correspondiente a sus porcentajes, derechos que se tendrán en cuenta al liquidar la sociedad. Por razón del porcentaje que tienen en las utilidades, Juan y Diego se obligan a dedicar todo su tiempo a los negocios sociales, quedándoles prohibido negociar por su cuenta, a menos que Pedro les dé su consentimiento".

Por escritura de reforma social se estableció que el inventario y el balance habrían de formarse en los últimos quince días del mes de diciembre de cada año, y que "las utilidades de la sociedad, después de sacar el fondo de reserva, se distribuirán a la manera de la siguiente proporción: para Pedro el setenta y cinco por ciento de su valor; para Juan el diez y seis por ciento, y para Diego el nueve por ciento restante del valor de tales utilidades".

En el año de 1933 la compañía perdió $ 20,000.00, que constituyeron un déficit del capital porque no había reservas aplicables a mantener la integridad de éste. Por tanto, en ese año les cupo a los administradores Juan y Diego la pérdida de su industria, trabajo o servicio.

En el año de 1934 la compañía ganó $ 20,000.00, que Pedro juzga deben aplicarse totalmente a cubrir el déficit del capital, pues considera que mientras este capital no se halle otra vez completo, sería ilegal, y contrario a la convención, el considerar dicha suma como un verdadero beneficio en que tuvieran sus porcentajes los dos administradores Juan y Diego. Estos, por el contrario, estiman que ha habido $ 20,000.00 de utilidades y que sobre estos pesos tienen derecho a sus porcentajes del diez y seis y del nueve, respectivamente.

Colocándonos en el caso de Pedro, diríamos a Juan y a Diego: en el año de 33, como en el año de 34, ustedes perdieron su trabajo, porque en ninguno de los dos períodos hubo utilidades. Cómo pretenden ustedes obtener porcentajes de beneficios, cuando la compañía apenas ha logrado recobrarse de lo perdido y reintegrar así su capital escriturario? Si, conforme a lo pactado, los porcentajes de ustedes se deducen después de haber retirado la cuota para reserva, y si esta cuota no es siquiera concebible porque antes que acumular fondos es preciso cubrir el déficit del capital, cómo aspiran ustedes a que por beneficiarlos no se salden las pérdidas ni se complete el capital? Si yo no puedo tomar mi porcentaje, porque tomándolo recibiría dividendos antes de que el capital fuera restablecido, cómo es posible que ustedes sí puedan tomar los suyos?

Y en el caso de Juan y Diego contestaríamos en coro a Pedro: aunque la cláusula pertinente no lo dice de manera expresa, el espíritu del contrato impone, para liquidar utilidades, la división en ejercicios sociales, con el fin de averiguar si en cada uno de ellos obtenemos ciertas cuotas en las ganancias o perdemos nuestro trabajo. En el año de 33 lo perdimos. No en el de 34, porque

en éste hubo utilidades. Tan ciertas, que se causó impuesto sobre la renta por los $ 20,000.00 ganados. Lleve la compañía en buena hora estas utilidades a llenar el déficit del capital y no destine suma alguna a fondo de reserva, pero deduzca antes nuestros porcentajes, y entréguenolos, que el buen éxito del último ejercicio es obra de nuestro esfuerzo. No le corresponden a usted dividendos sobre sus acciones de capital, porque la compañía no ha recobrado íntegramente el suyo; pero habiendo sido productiva nuestra gestión en el año de 34, justos son los porcentajes que así retribuyen la industria. Si las cuotas que se nos asignaron en las utilidades no tuvieran por base cada período anual, jamás durante la vida social podríamos guardar definitivamente los porcentajes que al final de un ejercicio provechoso se nos entregaran, porque déficits futuros en el capital serían motivo para que reembolsáramos lo recibido en ejercicios que rindieron ganancias. A ser ésta la interpretación del contrato, ni lo hubiéramos firmado ni hubiéramos tenido halago para proseguir en la faena después del balance de 1933.

Conocidas las supuestas alegaciones de las partes, vamos nosotros a emitir nuestro dictamen.

Como lo hemos observado (Tomo I, Nº 89), la participación de los administradores en los beneficios sociales, aunque de innegable conveniencia teórica, suscita en la práctica serias dificultades. Todas provienen, según el profesor Lescot, de que los tratadistas y los jueces no se han puesto de acuerdo sobre el título a que los administradores participan del producto beneficiario.

El título de Juan y Diego, o sea el fundamento en que descansa su derecho a recibir los porcentajes, va a darnos la clave para resolver este problema.

Ya sabemos que Pedro liberó noventa y ocho acciones y que Juan y Diego liberaron dos acciones.

Como las cien acciones son ordinarias de capital e iguales entre sí, pues cada una tiene el valor de $ 2,000.00, aparece evidente que tan extraña asignación de utilidades en 75% para Pedro, 16% para Juan y 9% para Diego, no tiene como título la cuantía de los aportes.

Como el fondo social fue dividido únicamente en acciones de capital, no hay por qué pensar en que el título que motivó la rara asignación de los porcentajes consistiera en que Juan y Diego fuesen suscriptores de acciones de industria.

Si el título no estriba en la cuantía de los capitales aportados ni tampoco en el empeño de socios industriales, debemos buscarlo en otro campo.

Algunos autores sostienen —ya lo dijimos en el tomo I, número 89 de esta obra— que el porcentaje señalado a los administradores no es una retribución a título de arrendamiento de servicios, sino una fracción de utilidades que viene a remunerar un verdadero aporte en industria. Esta teoría nos parece de todo punto rechazable por lo injurídica y por las graves consecuencias comerciales que conllevaría. Los administradores son mandatarios, o, si se quiere, arrendadores de servicios inmateriales; no aportantes de industria ni titulares de acciones de industria.

De "arrendadores de servicios inmateriales" hemos hablado, y aquí hallamos, precisamente, el título que justifica la singular asignación de beneficios.

Prescindamos, si se quiere, del nombre especial de arrendamiento, para que el precio en cuotas eventuales, por juzgarse indeterminado, no altere la figura jurídica definida por el artículo 1973 del código civil, y llamemos simplemente prestación de servicios a la obligación de hacer que Juan y Diego contrajeron asumiendo el carácter de administradores de la compañía.

Esta obligación de administrar por ciertos porcentajes en las utilidades, no tiene nada qué ver ni con aportes en dinero ni con acciones de industria. Juan y Diego, aparte su condición de accionistas de capital y sin asumir la de socios industriales, se obligaron "por razón (nótese bien cuán propiamente aparece aquí la causal) del porcentaje que tienen en las utilidades", a dedicar "todo su tiempo a los negocios sociales, quedándoles prohibido negociar por su cuenta, a menos que Pedro les dé su consentimiento". Obligación de hacer: hé aquí el título que explica la particular asignación de porcentajes.

Si título es el fundamento en que descansa la justicia del hecho con el cual se adquiere el derecho, modo es el hecho o la acción con que mediante un título justo se adquiere el derecho. El solo título no es suficiente para adquirir el derecho. Precisa completarlo con el modo. Prestación efectiva de servicios: he aquí el modo que da derecho a recibir ciertos porcentajes.

Entre los elementos de la producción figuran el capital y el trabajo. El capital recibe su recompensa en dividendos cuando se justifica la repartición de éstos; el trabajo recibe la suya en asignaciones fijas (jornales y sueldos), o, como en el caso que estudiamos, en pagos eventuales.

A Juan y a Diego no se les fijó en conjunto el 25% de los beneficios a causa de que suscribieran dos acciones de capital. Tampoco se les asignó tal porcentaje como socios industriales, pues la compañía no creó acciones de industria que retribuyeran su trabajo. No y no. A Juan y a Diego se les reconoció ese porcentaje de beneficios porque se tuvo en cuenta que tales dos accionistas iban a administrar los negocios sociales, dedicando a ese fin su inteligencia, sus actividades y su tiempo.

Los porcentajes de utilidades que corresponden a esa prestación de servicios, constituyen verdaderos sueldos condicionales, y en ese carácter son imputables a la cuenta de gastos.

Estrictamente los beneficios en el año de 34 no ascendieron a $ 20,000.00, sino apenas a lo que resulte después de deducir de esta suma la cuota que, dentro de los porcentajes, represente la remuneración de los servicios que en dicho año prestaron a la compañía los dos administradores.

En tesis general, los gerentes deben recibir su participación eventual sin que para nada los afecte la suma con destino al fondo de reserva; pero en el caso concreto que estudiamos fue válidamente estipulado que los porcentajes no se deducirían sino "después de sacar el fondo de reserva".

Parece, lo decimos entre paréntesis, que el impuesto sobre la renta no debe pesar sobre el porcentaje de beneficios asignado como retribución a los gerentes, porque tal porcentaje no viene a ser, en el fondo, sino un sueldo eventual que entra en los gastos generales de la empresa.

Como los $ 20,000.00 ganados en 1934 no exceden de la suma necesaria para reintegrar el capital, es claro que no debe llevarse porcentaje alguno al fondo de reserva. "Si éste fuere insuficiente (prescribe el artículo 588 del código de comercio) para cubrir el déficit del capital, se aplicarán a este solo objeto todos los beneficios sociales".

Repetimos que las utilidades netas no se conocerán sino después de deducir de los $ 20,000.00 la cuota destinada a remunerar el trabajo de los gerentes, y agregamos que para hacer esta deducción debe suponerse que se llevará el 10% al fondo de reserva, aunque en la realidad no pueda llevarse, pues de otra manera en la liquidación de porcentajes resultaría lesionada la compañía.

En dividendos para las cien acciones no hay que pensar, porque ellos se deducen exclusivamente de los beneficios líquidos, justificados por los inventarios y balances aprobados por la asamblea general de accionistas, y esta entidad no puede decretar la repartición de dividendos mientras no esté completo el capital (art. 588 del C. de C.).

Aunque la escritura no habla de ejercicios sociales, creemos que en el espíritu de los contratantes estuvo el recibir como cosa segura la independencia de los distintos ejercicios.

Si Juan y Diego hubiesen contribuído solamente con su industria, servicio o trabajo, en el carácter de socios industriales, sería incontestable el razonamiento que hemos puesto en labios de Pedro, pues no teniendo la compañía completo su capital, a Pedro y a Juan les correspondería perder su industria, trabajo o servicio (art. 2095 del C. C.).

Si Juan y Diego no fueran sino prestadores de sus servicios, en cumplimiento de una obligación de hacer, sería incontestable el razonamiento que hemos puesto en sus labios.

Nosotros juzgamos que ninguno de los dos extremos puede aceptarse. Ninguno de los dos. El 25% en las utilidades fue asignado a Juan y a Diego por dos motivos: primero, porque son dueños de dos acciones de capital; segundo, porque se obligaron a servir a la compañía y nada más que a ella. En ese 25% hay, pues, dos conceptos: el de capital y el de trabajo. A nuestro entender, precisa delimitarlos. Las unidades correspondientes a las dos acciones ordinarias de capital no justifican la repartición de dividendos por la misma razón que existe para que tampoco reciba utilidades Pedro, dueño de las otras 98 acciones de capital. Pero las unidades correspondientes al trabajo sí justifican la entrega del porcentaje a que haya lugar, porque son un sueldo eventual y porque el buen éxito de la gestión administrativa correspondió en 1934 al esfuerzo de los administradores. Que se haga ese deslinde. (Tomo I, Nº 89, Tomo II, Nros. 221 y 237).

SALA PLENA

SERVICIO MILITAR

Al dictar el Gobierno el decreto 2020, consideró que se sirve a la defensa militar del país tanto con el aporte personal de un individuo que entra en el ejército activo, como con el aporte pecuniario de quien no presta contingente personal en las filas. Habiéndose pronunciado la ley 167 de 1896 favorablemente al pago del servicio militar en dinero, no puede considerarse que el Poder Ejecutivo haya contrariado el texto de la Constitución, sino que, al contrario, ha aplicado, dentro de la lógica, el precepto legal que autorizó el recaudo de dinero como pago del servicio militar.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, noviembre veinticinco de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán).

En ejercicio del derecho que a los ciudadanos otorga el artículo 41 del Acto Legislativo número 3 de 1910, el señor Francisco López Mojica acusa como inconstitucional el artículo 27 del Decreto número 2020 de 7 de diciembre de 1927, y solicita que la Corte lo declare inexequible.

El demandante acompañó a su libelo un ejemplar debidamente autenticado del Diario Oficial número 20,672, en que aparece inserto el decreto a que la acusación se refiere.

La demanda fue presentada a la Corte el 8 de junio de 1934, repartida al entonces magistrado doctor Jenaro Cruz el 19 del mismo mes, y sobre ella rindió dictamen, el 6 de agosto siguiente, el señor Procurador de la Nación. En el nuevo reparto general de asuntos entró al despacho del magistrado ponente el 6 de mayo del año en curso.

Objeto de la acusación.

El artículo objeto de la acusación dice:

"Artículo 27, decreto 2020 de 1927.—Los individuos a quienes correspondiere prestar el servicio en el Ejército activo, sólo podrán eximirse de hacerlo mediante el pago, por una sola vez, de una prima que se llamará prima de exención, así:

1ª clase	.....	$ 300
2ª clase	.....	$ 250
3ª clase	.....	$ 200
4ª clase	.....	$ 150
5ª clase	.....	$ 100
6ª clase	.....	$ 50

Parágrafo. Respecto a esta exención no habrá séptima clase".

Fundamentos de la demanda.

Como fundamentos de derecho de la demanda señaló el actor los siguientes:

"a)—Porque conforme al espíritu y al tenor literal del mandato del artículo 165 de la Constitución Nacional, "la ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar", y en ninguna ley se halla establecida la prima de exención que al tenor del artículo 27 deben pagar los individuos designados por la suerte para prestar el servicio militar, cuando de él quieren eximirse;

b).—Porque en virtud de la ley 51 de 1925, invocada en el preámbulo del decreto 2020, para establecer la prima de exención, no quedó derogado, modificado, reformado ni adicionado el mandato especial del artículo 165 de la Constitución Nacional por el cual se dispuso perentoria y expresamente que la ley exclusivamente debe determinar las condiciones de exención del servicio militar, y en consecuencia, la autorización para reorganizar el ejército no alteró en lo más mínimo aquella disposición constitucional, toda vez que la reforma de la Constitución no puede hacerse sino de acuerdo con el artículo 70 del Acto Legislativo número 3 de 1910;

c).—Porque el artículo 5º de la ley 167 de 1896, invocada en el preámbulo del decreto 2020, estableció una contribución ab-

solutamente diferente de la prima de exención establecida por el artículo 27 del decreto 2020;

d).—Porque los artículos 120, ordinal 3º, de la Constitución; 15 de la ley 167 de 1896, y 3º de la ley 40 de 1909 invocados en el preámbulo del decreto 2020 se refieren a las facultades que se conceden al Gobierno para reglamentar las respectivas disposiciones legales, y ya queda demostrado que en ninguna ley se halla la disposición del artículo 27 del decreto 2020 de 1927;

e).—Porque con la prima de exención, solamente los pobres que carecen de dinero ofrendan su sangre y su vida en caso necesario en aras de la patria, y los ricos que de dinero disponen se eximen de cumplir con deber tan sublime y glorioso, quedando de esa manera violado el mandato del artículo 165 de la Constitución, que obliga a todos los colombianos a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones patrias. Semejante ignominia acaso no tenga igual en ningún país civilizado; talvez sea Colombia la única víctima en el mundo de tan incalificable afrenta".

Concepto del Procurador.

El señor Procurador considera que la acción del demandante no debe prosperar porque el artículo 27 del decreto 2020 de 1927 está derogado y porque aunque es cierto que otros decretos posteriores hacen referencias a la disposición acusada, tales referencias no son suficientes, al tenor del artículo 14 de la ley 153 de 1887, para revivir el texto.

El señor Procurador se expresa así en su vista:

"El artículo 27 acusado sustituyó el 126 del Reglamento 37 Bis del Ministerio de Guerra que se refiere al servicio Territorial Municipal. Posteriormente, el Gobierno, por medio del Decreto Nº 8 de enero 5 de 1932, estableció:

'Artículo 1º—El Reglamento número 37 Bis 'para el servicio territorial militar' aprobado por decreto número 2264 de 1928 continuará vigente, con las siguientes modificaciones, que rigen desde la fecha: .....

.....

"El artículo 126 quedará así:

Los individuos a quienes correspondiere prestar el servicio en el ejército activo sólo podrán eximirse de hacerlo, mediante el pago, por una sola vez, de una prima que se llamará prima de exención y que sobre la base de las rentas, sueldo o jornales de los conscriptos, o de los padres de los conscriptos, especificados en el artículo anterior, se clasificará así:

1ª clase	.....	$ 300
2ª clase	.....	$ 250
3ª clase	.....	$ 200
4ª clase	.....	$ 150
5ª clase	.....	$ 100
6ª clase	.....	$ 50

Parágrafo. Respecto a esta exención no habrá séptima clase".

Como se ve, el Gobierno, por medio de este decreto sustituyó el artículo 126 del Reglamento 37 Bis, que es el mismo artículo 27 del Decreto 2020 de 1927, con el fin de hacerle algunas aclaraciones al texto primitivo.

Por medio del Decreto Nº 365 de febrero 21 de 1933 (Diario Oficial Nº 22,225 de 28 de febrero de 1933) el Gobierno derogó el artículo 126 del Reglamento 37 Bis al establecer en el aparte c) del artículo 1º lo siguiente:

"c).—Todos los individuos sobre quienes gravite la obligación militar en tiempo de paz, que resulten señalados por la suerte para la prestación del servicio personal bajo banderas en el Ejército activo, y que no estén exceptuados o excluídos legalmente de dicho servicio personal, serán llevados a filas.

"Estos individuos sólo podrán rescatarse del servicio personal bajo banderas, mediante el pago de la contribución pecuniaria que se denomina **prima de exención.**

"La prima de exención queda prefijada, para todo individuo incurso en la obligación de pagarla, en el valor equivalente al veinticinco por ciento (25 por 100) de la renta, sueldo o salario anual de que disfrute el obligado, o en subsidio, de la renta, sueldo o salario anual de que disfruten los padres del obligado.

"Parágrafo. La cuantía de la prima de exención en su aumento progresivo, tiene como límite máximo la suma de novecientos pesos ($ 900), sea cual fuere el monto de la renta, sueldo o salario anual de que disfrute el obligado, o de que, en subsidio, disfruten los padres del obligado".

Y en el artículo 2º dice:

"Quedan modificadas y derogadas, según los casos, todas las disposiciones contrarias al presente Decreto".

Como se ve, este caso es el justamente contemplado por el artículo 3º de la ley 153 de 1887, que dice: "Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por

existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería".

Vino luégo el Decreto Nº 273 de febrero 6 de 1934, y ordenó:

"Artículo 1º—Derógase el Decreto Nº 365 de 1933. En consecuencia, desde la fecha del presente Decreto no se seguirá cobrando nada por concepto de cuota de defensa nacional o de prima de exención, a los ciudadanos nacidos con anterioridad al año de 1907".

Y luégo:

"Artículo 2º—Para lo sucesivo, regirán las siguientes bases de clasificación, en armonía con los artículos 26 y 27 del Decreto 2020 de 1927:

Primera clase.—Pertenecen a ésta los inscritos que deriven una renta o sueldo mínimo de $ 3,000 anuales;

Segunda clase.—Pertenecen a ésta, los inscritos que deriven una renta o sueldo mínimo de $ 2,400 anuales;

Tercera clase.—Pertenecen a ésta, los inscritos que deriven una renta o sueldo mínimo de $ 1,800 anuales;

Cuarta clase.—Pertenecen a ésta, los inscritos que deriven una renta o sueldo mínimo de $ 1,200 anuales;

Quinta clase.—Pertenecen a ésta los inscritos que deriven una renta o sueldo mínimo de $ 720 anuales;

Sexta clase.—Pertenecen a ésta, los inscritos que deriven una renta o sueldo mínimo de $ 360 anuales.

Parágrafo.—Los individuos que por sus condiciones económicas no alcancen a quedar catalogados en la última de las expresadas categorías, solamente pagarán la suma de un peso ($ 1.00), valor de la libreta. Si alguno de éstos quisiere redimirse del servicio mediante el pago de la prima, deberá considerársele como catalogado en sexta clase".

Pero por el hecho de que una disposición derogada sea citada por otra nueva no se puede deducir que aquélla reviva, de acuerdo con lo prescrito por el artículo 14 de la ley 153 de 1887:

"Artículo 14.—Una ley derogada no revivirá por solas las referencias que a ella se hagan, ni por haber sido abolida la ley que la derogó. Una disposición derogada sólo recobrará su fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una ley nueva".

Y en el Decreto Nº 273 no aparece reproducido en ninguna forma el artículo 27 acusado; pero aún en el caso de que esto hubiera sucedido, la acusación de inconstitucionalidad no debiera dirigirse contra el Decreto 2020 de 1927, sino contra el 273 de 1934.

Las disposiciones civiles que he citado se refieren a las leyes, pero considero que deben aplicarse también a los decretos emanados del Ejecutivo Nacional.

Por tanto, opino que debe desecharse por improcedente la acusación a que me he venido refiriendo, y os pido atentmaente que, salvo vuestra mejor opinión, así lo declaréis".

La Corte estima vigente la disposición acusada.

La Corte observa, en relación con los razonamientos del señor Procurador:

El artículo 27 del decreto 2020 de 1927, se incorporó con el número 126 al Reglamento número 37 Bis del Servicio Territorial Militar, según el decreto 2,264 de 1928.

En dicho Reglamento hay que considerar relacionados entre sí y formando un conjunto armónico, los artículos 124, 125 y 126 que en seguida se transcriben:

"Reglamento 37 Bis:

"Artículo 124. (25 del decreto 2,020).—En los meses de noviembre y diciembre de cada año todos los individuos inscritos según el artículo 5º de este Decreto serán clasificados en siete categorías, que se denominarán primera, segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta y séptima, según las capacidades económicas de cada uno, y correspondiendo la última a los pobres de solemnidad. Parágrafo. Esta clasificación la efectuará en cada municipio una Junta compuesta del Alcalde ,quien la presidirá; del Personero, del Tesorero, del Párroco y de dos vecinos honorables elegidos por los miembros mencionados anteriormente: el Secretario de la Alcaldía lo será de esta Junta.

"Artículo 125. (26 del Decreto 2,020). Los individuos inscritos en el registro de que trata el artículo anterior, que no fueren designados para prestar el servicio activo o fueren eximidos o excluídos de entrar en el sorteo para el mismo, pagarán, por una sola vez, el servicio militar en dinero, así:

1ª clase	$ 100
2ª clase	$ 70
3ª clase	$ 50
4ª clase	$ 30

5ª clase	$ 15
6ª clase	$ 5

Parágrafo. Los individuos clasificados en la séptima clase quedan exentos del pago de esta cuota, que se llamará cuota de defensa nacional.

"Artículo 126 (27 del Decreto 2,020). Los individuos a quienes correspondiere prestar el servicio en el Ejército activo sólo podrán eximirse de hacerlo mediante el pago, por una sola vez, de una prima que se llamará prima de exención, así:

1ª clase	$ 300
2ª clase	$ 250
3ª clase	$ 200
4ª clase	$ 150
5ª clase	$ 100
6ª clase	$ 50

Parágrafo. Respecto a esta exención no habrá séptima clase".

Las disposiciones copiadas del Reglamento Nº 37 Bis establecen (art. 124) que una Junta haga anualmente en cada municipio una clasificación de los individuos colombianos que en el año siguiente cumplan 21 años de edad y los agrupe en siete categorías, según las capacidades económicas de cada uno. Los artículos 125 y 126 del Reglamento establecen las contribuciones pecuniarias que denomina cuota de defensa nacional y prima de exención, y que deben pagarse así por los individuos no designados para prestar el servicio activo como por los que deben prestarlo. Los primeros "pagarán... el servicio militar en dinero", según lo reza el artículo respectivo, y no obstante no haber sido designados para prestar servicio o haber sido eximidos o excluídos de entrar en el sorteo; y los segundos "podrán eximirse de hacerlo (de prestar el servicio) mediante el pago... de una prima que se llamará prima de exención".

Es interesante, en opinión de la Corte, el pensamiento que informó las disposiciones que establecieron la cuota de defensa nacional y la prima de exención en cuanto al pago del servicio militar en forma de contribución pecuniaria. El decreto respectivo consideró que tanto los no sorteados y los eximidos o excluídos como los sorteados podían pagar el servicio militar en dinero, y esto se deduce del texto de los artículos mencionados y de las cantidades que allí se fijan, las que simplemente cambian en su cuantía, según los casos: el individuo no sorteado debe pagar $ 100 en la primera clase, y el individuo sorteado debe pagar $ 300 en la misma clase; en la sexta categoría el no sorteado, $ 5 y el sorteado $ 50.

Las sumas distintas que deben satisfacerse al erario no implican diferencia sustancial entre el caso de la cuota de defensa nacional y el de la prima de exención; el sistema es el mismo para ambos casos: el de que el servicio militar puede reemplazarse por una contribución pecuniaria.

Conviene traer aquí las razones que el Gobierno tuvo en cuenta al dictar el decreto 2,020 de 1927, expuestas al principio del mismo:

"Que es de estricta justicia repartir en forma equitativa la carga militar entre los colombianos que en virtud de preceptos legales están obligados a prestar el servicio militar;

"Que no siendo posible, a causa de la limitación de los efectivos de pie de paz, que todos los inscritos anualmente presten servicios bajo banderas, es deber de los que no sean favorecidos en los sorteos pagar en dinero, por una sola vez, el servicio militar en la forma establecida en el artículo 5º de la ley 167 de 1896;

"Que el Gobierno quiere facilitar a los que sean favorecidos en los sorteos y que por razones de diversa índole no deseen prestar el servicio activo, la manera de que se rediman de él contribuyendo a la defensa nacional pecuniariamente..."

El artículo 5º de la ley 167 de 1896, que le sirvió al Gobierno como fundamento para expedir el decreto 2,020 de 1927, dice:

"Artículo 5º—Los individuos a quienes no hubiere tocado prestar el servicio de banderas, pagarán en dinero, por una sola vez, el servicio militar, en cuotas no mayores de cien pesos oro ($ 100), ni menores de cinco ($ 5), según las facultades de cada uno y la reglamentación que dicte el Ministerio de Guerra. Los ciudadanos se clasificarán por lo menos en seis clases, para los efectos de este artículo".

Consideró, pues, el Gobierno al dictar el decreto 2,020 de 1927, que se sirve tanto a la defensa militar del país, en tiempo de paz, con el aporte personal de un individuo que entra en el ejército activo como con el aporte pecuniario de quien no presta contingente personal en las filas; y que era de estricta justicia que la carga militar se repartiera entre todos los colombianos obligados a prestar el servicio, sorteados o nó.

Fijado en la forma anterior el sentido o alcance de los artículos que en el decreto 2,020 de 1927 y en el Reglamento 37 Bis establecieron el pago en dinero del servicio militar, es oportuno examinar las disposiciones de los decretos ejecutivos que posteriormente han tocado esta materia, para de-

ducir si el nombrado decreto 2,020 rige en la actualidad, o si, como lo afirma el señor Procurador, ha sido derogado por los otros preceptos.

Son tres los decretos a que alude el señor Procurador, dictados con posterioridad al de 1927, fuéra del que aprobó el Reglamento 37 Bis: el decreto número 8 de 1932, el decreto número 365 de 1933 y el decreto número 273 de 1934.

El decreto número 8 de 1932, artículo 1º, dijo: "Los individuos a quienes correspondiere prestar el servicio en el Ejército activo sólo podrán eximirse de hacerlo mediante el pago, por una sola vez, de una prima que se llamará prima de exención, y que sobre la base de las rentas, sueldos o jornales de los conscriptos o de los padres de los conscriptos, especificados en el artículo anterior, se clasificará así: 1ª clase, $ 300.. etc..." La adición del artículo copiado, respecto del 126 del Reglamento, consistió en las palabras "y que sobre la base de las rentas, sueldos o jornales de los conscriptos o de los padres de los conscriptos, especificados en el artículo anterior, se clasificará... ..." Como muy bien lo observa el señor Procurador, la adición tuvo por objeto "hacerle algunas aclaraciones al texto primitivo", el que no fue por lo mismo derogado.

El decreto número 365 de 1933 dispuso que la prima de exención sería del valor equivalente al veinticinco por ciento (25 por 100) de la renta, sueldo o salario anual del obligado o de sus padres, y señaló como límite máximo de esa prima la cantidad de novecientos pesos ($ 900); y en cuanto a la cuota de defensa nacional, la fijó ese decreto en el valor equivalente al cincuenta por ciento (50 por 100) de la renta, sueldo o salario anual del obligado o de sus padres, y fijó como máximo de dicha cuota la cantidad de tres cientos pesos ($ 300).

No comparte la Corte el concepto del señor Procurador cuando considera que el decreto 365 de 1933 derogó los decretos anteriores en lo tocante a la prima de exención, por haber reglamentado toda la materia a que las disposiciones precedentes se referían. Es verdad que el decreto de 1933 modificó el sistema anterior por haber cambiado las categorías y aportes diferentes de los inscritos por una fórmula global que redujo a porcentajes fijos de un veinticinco y de un cincuenta por ciento (25 y 50 por 100) de la renta, sueldo o salario del contribuyente el gravamen respectivo. Pero es evidente que el derecho llamado **prima de exención**, establecido en decretos anteriores al 2,020 de 1927, que éste reguló en la forma de categorías proporcionadas a las varias clases de inscritos, se mantuvo en los decretos de 1932 y 1933 mencionados. Cambió la forma y hasta la cuantía de los recaudos, pero se conservó la institución establecida de la prima pecuniaria por causa de la exención, que es lo que esencialmente constituye el objeto de la demanda. Confirma esta apreciación el texto mismo del artículo 1º del decreto 365, que dice: "El Reglamento número 37 Bis, 'para el servicio territorial militar', aprobado por decreto 2,264 de 1928 y reformado por decretos 8 y 188 de 1932, continuará vigente, con las modificaciones del presente decreto, que rigen desde la fecha". Y ya se vio que las modificaciones no alteraron sustancialmente el precepto que autoriza el recaudo de dinero como exención del servicio militar.

El decreto número 273 de 1934 dijo en su artículo 1º: "Derógase el decreto número 365 de 1933".

Y agregó en el artículo 2º:

"Para lo sucesivo regirán las siguientes bases de clasificación, en armonía con los artículos 26 y 27 del decreto número 2,020 de 1927:

Primera clase.—Pertenecen a ésta, los inscritos que deriven una renta o sueldo mínimo de $ 3,000 anuales;

Segunda clase.—Pertenecen a ésta, los inscritos que deriven una renta o sueldo mínimo de $ 2,400 anuales;

Tercera clase.—Pertenecen a ésta, los inscritos que deriven una renta o sueldo mínimo de $ 1,800 anuales;

Cuarta clase.—Pertenecen a ésta, los inscritos que deriven una renta o sueldo mínimo de $ 1,200 anuales;

Quinta clase.—Pertenecen a ésta, los inscritos que deriven una renta o sueldo mínimo de $ 720 anuales, y

Sexta clase.—Pertenecen a ésta, los inscritos que deriven una renta o sueldo mínimo de $ 360 anuales.

Parágrafo.—Los individuos que por sus condiciones económicas no alcancen a quedar catalogados en la última de las expresadas categorías, solamente pagarán la suma de un peso ($ 1), valor de la libreta. Si alguno de éstos quisiere redimirse del servicio mediante el pago de la prima, deberá considerársele como catalogado en sexta clase".

El artículo 44 del decreto 2,020 de 1927 había dicho: "El Gobierno reglamentará la ejecución del presente Decreto y fijará la fecha en que deba principiar a regir"; y el decreto 2,264 de 1928 dispuso: "Artículo 1º Apruébase el Reglamento de Servicio Territorial elaborado por el Estado Mayor General en desarrollo del Decreto 2,020 de 1927,

que dicta varias disposiciones sobre servicio militar obligatorio". De esta suerte, el Reglamento Nº 37 Bis, aprobado por el Decreto de 1928, es apenas la reglamentación del 2.020 citado, el cual quedó, por lo mismo, vigente al expedirse el Reglamento. Este es una compilación de disposiciones reglamentarias, como su nombre lo indica; aquél es el Decreto que le da base al Reglamento, pero que existe con antelación a él e independientemente. Unas y otras disposiciones tienen el carácter de Decretos del Ejecutivo; pero las del Decreto 2,020 no podían ser derogadas, y no lo fueron, por las disposiciones del Reglamento.

Resumiendo, se tiene:

Antes del decreto de 1932 estaban vigentes las disposiciones del decreto 2,020 de 1927 y las del Reglamento Nº 37 Bis. El decreto de 1932 aclaró el artículo 126 del Reglamento. El decreto 365 de 1933 modificó las anteriores disposiciones, dejando vigente la prima de exención. El decreto 273 de 1934 derogó expresamente el decreto de 1933, pero tal derogatoria no afecta la vigencia del decreto 2,020 de 1927.

Dice el señor Procurador que "la acusación de inconstitucionalidad no debiera dirigirse contra el decreto 2,020, sino contra el 273 de 1934". Si se aceptara esta tesis tendríase acusada ante la Corte una disposición que dice que pertenecen a la primera clase, a la segunda, hasta a la sexta, los inscritos que deriven la renta o sueldo mínimo que ese artículo señala. Y como tal disposición es incapaz por sí sola de producir consecuencias en cuanto al recaudo de la cuota de defensa nacional y de la prima de exención, si no se consideran vigentes al propio tiempo los artículos 26 y 27 del decreto 2,020 de 1927, que son los que exigen el pago de determinadas sumas al erario, es muy claro que, fallada la acusación, en la hipótesis de que tal cosa se hiciera, el fallo de la Corte sería inocuo, porque si declarase vigente la disposición acusada, no arreglaría la incongruencia en que se colocan el texto de 1934 y los de 1927, y porque si la declarase inconstitucional e inexistente, tampoco diría nada en relación con el pago en dinero del servicio militar, que es el objeto sobre que recae la acusación.

Fuera de las razones aducidas para considerar que está vigente la disposición acusada en la demanda, o sea el artículo 27 del decreto 2,020 de 1927, en oposición a la tesis sustentada por el señor Procurador, sobre que tal disposición no rige, la Corte estima oportuna la consideración de que el decreto mencionado se está aplicando por el Poder Ejecutivo en la disposición pertinente que autoriza el recaudo de la prima de exención. Como la demanda parte del hecho de ese recaudo, para deducir de él una violación constitucional, la Corte no puede desatender a esa realidad, que ocasiona el conflicto que se ha propuesto a su decisión como encargada de la guarda de la integridad del Estatuto.

Es, pues, necesario concluír que está vigente el artículo 27 del decreto 2,020 de 1927, incorporado como 126 al Reglamento número 37 Bis del servicio territorial militar.

El fondo de la demanda.

Volviendo a la demanda en sí misma, se tiene que el actor presenta como razones para apoyar la acusación, la de que conforme al artículo 165 de la Constitución, la ley determinará las condiciones que eximen del servicio militar, y "en ninguna ley se halla establecida la prima de exención"; que la ley 167 de 1896, artículo 5º, invocada en el preámbulo del decreto 2,020, estableció una contribución absolutamente diferente de la prima de exención de que trata el artículo 27 del decreto 2,020; que el artículo 120 de la constitución, ordinal 3º, y las leyes 167 de 1896 y 40 de 1909 apenas conceden al Gobierno facultad para reglamentar las respectivas disposiciones legales, y que la prima de exención conduce a que "solamente los pobres que carecen de dinero ofrendan su sangre y su vida, en caso necesario, en aras de la patria".

Por el aspecto constitucional se basa la demanda en la oposición del artículo acusado con el numeral 3º, artículo 120 de la Constitución Nacional, con el 165 del Estatuto y con el principio político que informa la constitución sobre igualdad de los ciudadanos ante la ley. A esos reparos de inconstitucionalidad debe referirse la corte en el presente fallo, como también a los textos del numeral 9º, artículo 76 y del artículo 166 de la constitución, no citados por la demanda, pero que se relacionan con ella, por tratar el primero de las facultades o autorizaciones legislativas del congreso al Poder Ejecutivo, y el segundo, del sistema de reemplazos del ejército.

El artículo 120 de la constitución, numeral 3º, dice:

"Corresponde al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa: ... 3º Ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarias para la cumplida ejecución de las leyes".

Afirma el demandante que el artículo 120 citado no pudo servirle de fundamento al decreto 2,020 de 1927, artículo 27, porque este último no es una simple disposición reglamentaria, de aquellas que puede adoptar el Ejecutivo en ejercicio de la postestad que le otorga el aludido texto constitucional. En opinión de la demanda, el artículo acusado se expidió excediendo el Ejecutivo "las facultades que se conceden al Gobierno para reglamentar las respectivas disposiciones legales".

Es el caso de examinar si tal afirmación corresponde a la realidad.

El decreto 2,020 de 1927 se dictó para reglamentar la ley 167 de 1896, y en su preámbulo se citan como fundamentos legales del mismo el artículo 15 de esa ley, el artículo 3º de la ley 40 de 1909 y la ley 51 de 1925. Desarrolló acertadamente el Gobierno tal propósito reglamentario dictando al efecto un decreto que fuese "la cumplida ejecución de la ley", o a falta de esa hipótesis, obró dentro de las facultades o autorizaciones legales?

La disposición acusada armoniza con los textos, la historia y el espíritu de la ley 167 de 1896.

Concretando el análisis de la cuestión a ese punto, se tiene:

1º—La historia del establecimiento de la ley 167 de 1896 demuestra que ella fue expedida en la preocupación principal de acabar en el país con el reclutamiento forzoso como medio de formar y mantener el Ejército. El proyecto persiguió ese fin como esencial o único. Los informes de las comisiones del congreso así lo atestiguan. Son pertinentes, del de la Cámara de Representantes, los siguientes pasajes:

"La conservación del orden público exige necesariamente un ejército permanente que siempre se ha formado por medio del reclutamiento, bárbaro sistema contra el cual se ha clamado generalmente, pero al cual todos los gobiernos han tenido que recurrir para improvisar ejércitos en las continuas luchas civiles que por desgracia se han verificado durante nuestra existencia como Nación independiente y a las diferencias o castas sociales establecidas desde la época colonial.

"El período más o menos largo de paz que ha tenido el país últimamente y la rapidez con que fue debelada la pasada guerra civil, indican que ya la república está en vía de resolver satisfactoriamente varios problemas tendientes a su progreso y a modificar convenientemente nuestras costumbres.

"Uno de estos problemas es la abolición del reclutamiento, reemplazándolo por el sistema de la conscripción por la suerte, sistema adoptado por los países más cultos y que, aunque sea difícil practicarlo al principio, dará al fin excelentes resultados". (Informe de la comisión de la cámara, Archivo Nacional, Tomo XV de Leyes Autógrafas, folios 22 y 23)".

Que no hubiera reclutamiento forzoso, que se formara por otro sistema el Ejército, fueron los objetivos plausibles perseguidos por el legislador de 1896. El congreso de ese año quiso acabar con el reclutamiento y lo sustituyó por los sorteos de contingentes, pero no se preocupó por exigir de los sorteados que en todo caso fuesen ellos a las filas del ejército.

El principio del servicio militar personal no lo tuvo en cuenta el legislador de aquel año. El contenido del artículo 4º de la ley 167 lo confirma: "Artículo 4º ... se sorteará entre ellos un número proporcional para completar entre todos los sorteados la tercera parte del pie de fuerza fijado, los cuales forzosamente están obligados a prestar el servicio de banderas por el tiempo que les corresponde, **sin que puedan redimirse de él sino por medio del reemplazo correspondiente**". El servicio por medio de reemplazos no es servicio personal. No quiso, pues, el legislador obligar a los sorteados a prestar personalmente el servicio bajo banderas, sino que tuvo como finalidad que el Ejército se formara sin reclutamiento, por el sorteo de todos los inscritos, como regla general, y en casos menos frecuentes, una vez verificado el sorteo, por medio de reemplazos.

Esta interpretación sobre el origen de la ley se refuerza con las siguientes palabras de la comisión que estudió en el senado el proyecto respectivo: "Se comprende que en el caso de ser sorteados **pagarán dicha contribución para eximirse del servicio** (subraya la corte), pero no se comprende que la paguen por un hecho negativo, es decir, por no llamárseles al servicio y esto no por falta alguna de parte de los ciudadanos sino porque el gobierno no los necesita". Al manifestar la comisión del senado que lo parecía muy alto el impuesto que exigía el proyecto a los no sorteados, expresó incidentalmente la opinión de que era más comprensible que los sorteados pagaran la contribución para eximirse del servicio a que la pagasen los no sorteados. Y aun cuando es verdad que el punto de la exención de los sorteados mediante el pago de dinero no lo contempló expresamente la comisión, también es cierto que en el texto de su informe no aparece rechazada, pero ni siquiera mal vista, una po-

sible contribución pecuniaria como compensatoria de la exención del servicio militar de los sorteados.

2º—Al decir el legislador de 1896, en el artículo 5º de la ley 167, que los no sorteados podían pagar en dinero el servicio militar ("pagarán en dinero, por una sola vez, el servicio militar"), expresó el concepto de que una contribución pecuniaria es eficaz para llenar el deber cívico de prestación del servicio militar en tiempo de paz; y en cuanto a los sorteados, obligados a prestar el servicio de banderas, al tenor de lo dispuesto en el artículo 4º de la misma ley, ella dijo que podían redimirse de él (del servicio bajo banderas), "por medio del reemplazo correspondiente". Los no sorteados pueden, pues, según la ley que se comenta, pagar el servicio militar en dinero; y los sorteados prestarlo por medio de un reemplazo. A los primeros se les exige el pago de una suma de dinero y a los segundos se les autoriza para que satisfagan su obligación llevando otra persona que haga sus veces en el ejército.

Del principio establecido por la ley de que la persona obligada a ir bajo banderas podía ser reemplazada por otra, surgió en la práctica la costumbre de que los individuos sorteados presentaban reemplazos, a quienes les pagaban, naturalmente, una suma en dinero como compensación del servicio consistente en hacer sus veces en el ejército. Después el gobierno dispuso (artículos 3º y 35 del decreto 1,144 de 1911): "podrá admitirse el pago de sustitutos para el servicio en el Ejército Permanente, sin que ello exima al sustituído de prestar su servicio en la Guardia Nacional"; y en cuanto a la cuantía del pago que debía hacerse para ser sustituído en el servicio, la fijó en $ 200, diciéndose allí que el ministerio determinaría igualmente la parte que de ese valor le correspondía al sustituto. Otro decreto, el 623 de 1912, estableció en su artículo 7º: "La cuantía del pago que debe hacerse para ser sustituído en el servicio conforme al artículo 34 del decreto número 114 citado, se fija en la suma de cien pesos oro ($ 100)".

Los anteriores decretos regían cuando se expidió el 2,020 de 1927, el cual, como se ha visto, reguló la llamada prima de exención, que no es otra cosa que la aplicación de aquellas normas dentro de un criterio más comprensivo, en cuanto señaló una escala o gradación en el impuesto, según las condiciones económicas del obligado.

Interesa averiguar si el Poder Ejecutivo reglamentó simplemente la ley al establecer que el pago del servicio militar bajo banderas podía hacerse en dinero.

Si la norma del legislador hubiese sido la de que el servicio militar de los sorteados no puede satisfacerse sino personalmente por ellos, no habría lugar a considerar permitida o válida la sustitución de ese servicio en ninguna forma. Pero como el legislador previó el reemplazo por medio de sustitutos, es claro que la intención y por tanto el alcance de la ley no fue exigir necesariamente de los sorteados el servicio personal.

No siendo legalmente obligatorio el servicio militar personal en tiempo de paz; apareciendo claro el pensamiento del legislador de permitir que se convierta en una contribución pecuniaria el deber de prestar el servicio militar los no sorteados; no pudiendo ser llamados a filas todos los ciudadanos inscritos, por la natural limitación de los efectivos de pie de paz; siendo la situación legal de los no sorteados y de los sorteados idéntica, en cuanto a que a ninguno de ellos se les exige prestar personalmente el servicio militar; reduciéndose en la práctica el deber de presentar un reemplazo, al del pago de una suma de dinero por el sustituído al sustituto, y apareciendo claro el propósito de la ley de exigir el pago en dinero como medio de satisfacer el servicio militar en ciertos casos, no es arbitrario sino lógico, extender el mismo precepto a otros casos análogos, no previstos concretamente por el legislador, pero sí autorizados por el espíritu de las disposiciones, de acuerdo con lo dicho, y por no hallarse en pugna tal aplicación de la ley con ningún texto expreso.

Las disposiciones del Gobierno sobre prima de exención, contenidas en el artículo 27 del decreto 2,020 de 1927, armonizan, pues, con los textos, la historia y el espíritu de la ley 167 de 1896.

La ley 40 de 1909 y el decreto acusado.

3º—El decreto 2.020 de 1927 menciona también, como fundamento legal del mismo, las facultades que al Gobierno confiere el artículo 3º de la ley 40 de 1909.

Esta ley fue expedida para establecer los medios de formación del ejército. El artículo 1º de ella reza: "La Nación proveerá a la formación y mantenimiento del ejército efectivo por los siguientes medios: el llamamiento cuando tenga lugar el sorteo, el enganche y los reenganches voluntarios. En consecuencia, queda prohibido todo medio que envuelva fuerza o violencia para exigir a los ciudadanos la prestación del servicio militar". Y el artículo 3º dice: "Por leyes especiales o por medio de reglamento del

Ejecutivo se determinarán los medios de prestación del servicio militar establecido por el artículo 1º de la presente ley".

Los antecedentes sobre expedición por el congreso de la ley 40 de 1909 demuestran que ella tuvo, así como la 167 de 1896, el fin principal de acabar en el país con el reclutamiento como medio para integrar el ejército. Hubo dos proyectos que, refundidos, cristalizaron en la ley mencionada, titulado el uno "proyecto de ley por la cual se prohibe el reclutamiento y se determinan los medios de evitarlo", y denominado el otro "proyecto de ley por la cual se declara prohibido el reclutamiento". En el informe de la comisión del senado que estudió aquellos proyectos, se lee: "El procedimiento que ha de seguirse para hacer el sorteo y llamar los conscriptos a banderas, está reglamentado de manera clara y precisa por la ley 167 de 1896, que organiza el servicio militar obligatorio, y cuyas sabias disposiciones debieron, desde entonces, hacer cesar el bárbaro procedimiento que hemos tenido para formar nuestro ejército". La ley de 1909 se remite, pues, a la de 1896 para lo concerniente al llamamiento de los conscriptos, pero al propio tiempo vuelve a conceder le facultades al ejecutivo para que determine los medios de prestación del servicio militar, teniendo en cuenta lo que en el particular habían establecido disposiciones anteriores del congreso, especialmente la ley citada de 1896.

La ley 40 de 1909, al decir que el Gobierno determinaría los medios de prestación del servicio militar, complementó o reforzó las autorizaciones que en el particular le había conferido la ley 167 de 1896.

La ley 51 de 1925 y el decreto 2,020.

4º—Cosa análoga puede decirse de la ley 51 de 1925, que facultó al gobierno "para poner en ejecución el plan de reorganización del ejército, procurando tener en cuenta el programa formado por la Misión Técnica Militar". Del informe rendido a la corte por el Ministerio de Guerra, que obra a folio 17 v. del expediente, aparece que al dictarse el decreto 2,020 de 1927 "se tuvo en cuenta el plan de reorganización del ejército basado a su vez en el programa de la Misión Técnica Militar", plan a que se refiere el artículo único de la ley 51 citada. Ello demuestra que el decreto 2,020 armoniza con dicha ley, de la cual es una aplicación o desarrollo.

La prima de exención se estableció por autorización de varias leyes.

Lo dicho en los cuatro numerales que preceden comprueba, contra lo que se afirma en la demanda, que la prima de exención fue establecida por el gobierno en virtud de autorizaciones consignadas en varias leyes.

Al dictar el decreto 2,020, artículo 27, el Poder Ejecutivo obró en ejercicio de la potestad reglamentaria contenida en el artículo 120, numeral 3º, de la constitución, y también haciendo uso de autorizaciones otorgadas al mismo por el congreso, en armonía con lo dispuesto en el numeral 9º, artículo 76, del Estatuto.

En efecto, ya se vio cómo la disposición acusada es una aplicación natural del contenido de la ley 167 de 1896 a aspectos de la misma, si no expresamente contemplados en ella, sí previstos y autorizados por su espíritu. Y las leyes 40 de 1909 y 51 de 1925 ampliaron las facultades de la ley 167, autorizando al gobierno para establecer los medios de prestación del servicio militar y para reorganizar el ejército.

Es, por tanto, armónico el artículo 27 del decreto 2,020 de 1927 con los artículos 76, numeral 9º, y 120, numeral 3º, de la constitución.

No viola la disposición acusada los artículos 165 y 166 del Estatuto.

Tampoco viola la disposición acusada los artículos 165 y 166 del Estatuto, como va a explicarse.

Dispone el artículo 165 que todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan, y que la ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar. La disposición constitucional delegó en el legislador lo concerniente al establecimieto de las codiciones de exención del servicio militar en todos los casos, menos cuando las necesidades públicas lo exijan. La prima de exención, regulada por el artículo 27 del decreto 2,020, no contradice dicho precepto constitucional, porque no autoriza la exención en los casos de emergencia nacional, que serían los de turbación del orden público.

El artículo 166 dice que la Nación tendrá para su defensa un ejército permanente y que la ley determinará el sistema de reemplazos. No viola este artículo la disposición acusada porque la prima de exención no se relaciona con el sistema de reemplazos en el ejército, ya que éstos versan sobre asun-

tos de régimen interno entre los miembros que lo forman, en tanto que aquélla es un medio que excusa a los ciudadanos de entrar a sus filas.

Tampoco quebranta la igualdad de los ciudadanos ante la ley.

Resta referirse al argumento aducido por el demandante de que la prima de exención favorece a los ricos y perjudica solamente a los pobres que no disponen de recursos para satisfacerla, siendo por tanto ellos los únicos que, llegado el caso, toman las armas para defender la independencia nacional y las instituciones patrias.

Conforme a los dictados del decreto 2,020 de 1927, artículos 26 y 27, en relación con el artículo 2º del decreto 273 de 1934, los sorteados que quieran eximirse de entrar al servicio activo del ejército pueden hacerlo pagando una cuota que se gradúa según la capacidad económica del obligado, en una escala de seis categorías. En la mínima, de la sexta clase, el individuo sorteado que tenga una renta de $ 360 anuales puede eximirse pagando una prima de exención de $ 50. Para quienes gozan de una renta o sueldo de esa cuantía no es exagerado pedirles como contribución pecuniaria, en calidad de prima de exención del servicio militar, la suma de $ 50. Y no es un privilegio de los ricos la prima de exención, porque a ella pueden acogerse todos los ciudadanos mediante el pago de la suma que les corresponde de acuerdo con sus condiciones económicas.

Y cabe observar que la exención del servicio militar mediante el pago de la prima, no produce las consecuencias que el demandante le asigna cuando piensa que por ese solo hecho quienes la satisfacen —y que él llama ricos, en oposición a los que no podrían pagarla— quedarían exentos del deber fundamental de tomar las armas y de ofrendar su vida cuando las necesidades patrias lo reclamen. El artículo 28 del decreto 2,020 de 1927 es perentorio en el particular: "Artículo 28.—El pago de la cuota de defensa nacional o de la prima de exención no exime de la condición de reservista ni de la obligación contemplada en el artículo 14 de este decreto". Y porque, sabido es, que en los casos de turbación del orden público el gobierno puede llamar a filas a todos los ciudadanos, así a los que hayan prestado el servicio militar, como a los que por cualquier causa hayan sido eximidos de él.

Carece, pues, de fundamento el reparo de la demanda en cuanto considera que la disposición acusada es violatoria del principio político que informa la constitución sobre igualdad de los ciudadanos ante la ley.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala Plena, en ejercicio de la función constitucional que le confiere el artículo 41 del Acto Legislativo Nº 3 de 1910, y administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, y oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, decide que no hay lugar a hacer las declaraciones de inconstitucionalidad solicitadas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, envíese copia auténtica de esta providencia al señor Ministro de Gobierno, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

Ricardo Hinestrosa Daza, Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo, Salvador Iglesias, Liborio Escallón, Miguel Moreno J., Antonio Rocha, Eleuterio Serna R., Pedro Alejo Rodríguez, Eduardo Zuleta Angel, José Antonio Montalvo, Juan Francisco Mújica.—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

POTESTAD REGLAMENTARIA.—IMPUESTO MILITAR.—CONTROL JUDICIAL DE LAS LEYES

(Salvamento de voto del Magistrado Dr. Miguel Moreno Jaramillo).

No creo, como la mayoría de la corte, que el decreto ejecutivo número 2020 de 1927, "por el cual se reglamenta la ley 167 de 1896 y se dictan otras disposiciones sobre servicio militar obligatorio", sea constitucional en el artículo acusado.

Estimo del caso escribir unas líneas, no sin cierta timidez dada la competencia de mis colegas, enderezadas a exponer mi punto de vista personal sobre uno de los fundamentos en que el fallo descansa; a decir por qué no adhiero a su parte resolutiva, y a querellarme de que la corte se abstuviera de estudiar el problema a todas luces.

I

Cree la corte que la potestad reglamentaria, propia del presidente, puede alegarse como uno de los argumentos para sostener que el artículo acusado resulta de acuerdo con la constitución de la república.

Me separo de tan autorizado dictamen.

Se conoce bajo la denominación de potestad reglamentaria la que tiene el presidente, como suprema autoridad administrativa, para expedir, en orden a la cumplida ejecución de las leyes, cuantas providencias sean necesarias; y también la facultad que el presidente puede tener, por delegación del congreso, para dar, dentro de la órbita constitucional, normas obligatorias de carácter sustantivo.

No están de acuerdo los doctrinantes acerca del origen que debe asignarse al poder reglamentario. Para algunos, como Esmein y Berthélemy, ese poder inhiere al presidente, y es una consecuencia de su calidad de administrador; para otros, como Aucoc y Laferriere, es una delegación legislativa.

La constitución de 1886 armoniza admirablemente tan encontradas doctrinas: en su artículo 120, ordinal 3º, consagra la potestad reglamentaria como natural consecuencia de las facultades administrativas que corresponden al presidente; en su artículo 76, ordinal 9º, faculta al congreso para que por medio de leyes delegue en el presidente la facultad de ejercer funciones dentro de la órbita constitucional.

No hablo de la investidura pro tempore de precisas facultades extraordinarias, cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen, establecida por el ordinal 10º del artículo 76 de la carta, porque tamaña investidura no se refiere al ejercicio del poder reglamentario sino que alcanza a la delegación de algunas atribuciones legislativas, puestas fuera de la órbita que la constitución señala al presidente.

Pienso que el decreto 2020 de 1927, no obstante su título y su preámbulo, fue expedido, en cuanto concierne al precepto acusado, en ejercicio de facultades que si no llegan a extraordinarias tampoco son genuinamente ejecutivas. Tal precepto fue dictado, en mi sentir, de acuerdo con la potestad reglamentaria de origen legislativo que se halla en la ley 40 de 1909, artículo 3º, en donde se dispone que "por leyes especiales o por medio de reglamento del ejecutivo se determinarán los medios de prestación del servicio militar..."

Si la potestad reglamentaria de naturaleza administrativa, simple **modus operandi**, no le bastaba al presidente para permitir la redención por dinero del servicio activo a que en sorteo fueran llamados los ciudadanos, sí me inclino a creer que la potestad reglamentaria de origen legislativo quizá permitiría al jefe del estado crear ese modo no establecido por las leyes, si no fuera porque a ello se oponen principios constitucionales, sobre impuestos y rentas, de que hablaré luégo.

De no ser por tales principios trataríase quizás de un medio de prestación que, según el artículo 3º de la ley 40 de 1909, podía el ejecutivo determinar.

He hablado en forma dubitativa porque temo que la determinación afectara el sistema de "llamamiento cuando tenga lugar el sorteo", adoptado por el artículo 1º de la susodicha ley 40.

Siendo razonable reputar constitucionales los actos acusados mientras no aparezca lo contrario, me inclinaría a admitir la exequibilidad del decreto número 2020, no obstante mi duda sobre correcto ejercicio de la potestad reglamentaria de origen legislativo, si no fuera porque veo que el presidente de la república creó un impuesto y estableció una renta, con lo cual se apartó de las normas consagradas por los artículos 6º del ac-

to legislativo número 3 de 1910, y 76, ordinal 11°, de la constitución nacional.

II

La constitución de Colombia ha consagrado normas protectoras de los contribuyentes, como verdaderas garantías sociales:

En tiempo de paz pueden decretarse contribuciones generales, con arreglo a las leyes (A. L. N° 3° de 1910, art. 5°);

Ninguna contribución indirecta ni aumento de impuesto de esta clase empezará a cobrarse sino seis meses después de promulgada la ley que establezca la contribución o el aumento (A. L. N° 3° de 1910, art. 69);

Toda variación de la tarifa de aduanas que tenga por objeto disminuír los derechos de importación, comenzará a ser ejecutada noventa días después de sancionada la ley que la establezca, y la rebaja se hará por décimas partes en los diez meses subsiguientes (Ley constitucional N° 24 de 1898, art. 1°);

Si una variación de la tarifa de aduanas tiene por objeto el alza de los derechos, se efectuará por terceras partes en los tres meses siguientes a la sanción de la ley (Ley constitucional N° 24 de 1898, art. 1°);

Corresponde al congreso, por medio de leyes, establecer las rentas nacionales (C. N. de 1886, art. 76, ord. 11°);

En tiempo de paz no se podrá establecer contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas (A. L. N° 3 de 1910, art. 67);

Las asambleas departamentales podrán establecer contribuciones con las condiciones y dentro de los límites que fije la ley (A. L. N° 3 de 1910, art. 56);

Corresponde a los concejos municipales votar en conformidad con la constitución, la ley y las ordenanzas expedidas por las asambleas, las contribuciones y gastos locales (A. L. N° 3 de 1910, art. 62), y

En tiempo de paz solamente el congreso, las asambleas departamentales y los concejos municipales podrán imponer contribuciones (A. L. N° 3 de 1910, art. 6°).

Entre todas estas garantías constitucionales, ninguna hay tan preciosa para los contribuyentes como la última de las enumeradas, que tiene su raíz en la democracia y su savia en la república. Si algo justifica definitivamente, sin reticencias ni distingos, aun para los espíritus menos republicanos, el funcionamiento de cámaras, asambleas y cabildos, ese algo consiste en que durante la paz sólo a tales cuerpos pueda ser lícito imponer contribuciones.

Como para cubrir los gastos públicos no suelen bastar los ingresos originarios, o de derecho privado, se recurre a los ingresos derivados, o sea a las contribuciones.

Según Flora, son **contribuciones** el conjunto de riquezas facilitadas por los particulares al Estado para la producción de servicios públicos, en cuanto no provee a ellos el dominio fiscal; por donde se comprende que para dicho autor dentro de aquel concepto genérico caben las tasas y los impuestos.

Algunos autores confunden en una misma clasificación las tasas y los impuestos, y otros, entre ellos Flora, consideran aquéllas como ingresos de derecho público. Nuestro Jaramillo, siguiendo a Seligman, juzga erróneas ambas teorías, y dice que el impuesto es contribución obligatoria, que no lleva envuelta ninguna idea de retribución o compensación, al paso que la tasa es de carácter voluntario, pues sólo se paga en virtud de la demanda de un servicio, como cuando se hace transportar una carta, transmitir un telegrama o poner agua a una casa.

Flora define la tasa como la prestación satisfecha por los particulares a los entes políticos, según su individual y efectivo consumo de los servicios públicos divisibles, y define el impuesto como la parte alícuota del coste de producción de los servicios públicos indivisibles, detraída coactivamente por los entes políticos, de la riqueza de todos sus miembros.

Jaramillo, consecuente con sus ideas, dice que es **impuesto** el tributo obligatorio exigido por el Estado a los individuos, para atender a las necesidades del servicio público, sin tener en cuenta compensaciones o beneficios especiales, y dice que es **tasa** la remuneración que el Estado percibe por los servicios que presta a los asociados en las empresas públicas que explota, como el correo, el telégrafo y los ferrocarriles.

Como la definición que este autor da de **impuesto** exige que el tributo sea obligatorio sin tener en cuenta compensaciones o beneficios especiales, admite luégo otros tributos en los cuales va envuelta una idea, más o menos precisa, de compensación o retribución dada por los contribuyentes al Estado, en razón de los servicios que presta al individuo o a una clase o grupo de individuos.

A estos otros tributos los llama **contribuciones especiales** y también **impuestos especiales**, en cuya clasificación incluye nominativamente el **impuesto militar**.

Copiamos:

"Se entiende por **impuesto militar** una contribución exigida a los que no prestan el servicio militar o a las familias de éstos. Como se ve claramente, sólo existe este tri-

buto en los países que tienen el régimen del servicio militar obligatorio".

"Es éste un impuesto de carácter especial, pues sólo afecta a una clase determinada de individuos, y envuelve una clara idea de compensación entre el pago que hacen las personas exentas del servicio y la abstención del Estado de exigirles el ingreso obligatorio al ejército..."

"En Colombia se estableció este impuesto con el nombre de cuota de defensa nacional, por decreto número 2020 de 7 de diciembre de 1925 (sic), a virtud de iniciativa de la misión militar suiza que asesoró al gobierno en aquella época. Conforme a este decreto, hay dos especies de cuotas: la que deben pagar los individuos no sorteados o excluídos del sorteo, y la que han de cubrir los sorteados a quienes se exime de prestar el servicio" (subrayamos).

En el presupuesto nacional figura la cuota de exención militar entre los impuestos. Esta circunstancia y la opinión del profesor Jaramillo, el más único de nuestros hacendistas, me hacen creer que efectivamente el decreto 2020 de 1927 creó un impuesto especial, es decir, impuso una contribución contra el clarísimo texto del acto legislativo número 3º de 1910, artículo 6º, según el cual en tiempo de paz solamente el congreso, las asambleas y los concejos podrán imponer contribuciones.

A esto se agrega el que es atribución del congreso, no del presidente, establecer las rentas nacionales, según lo mandado por el artículo 76, ordinal 11, de la constitución. La cuota militar figura en el presupuesto como renta ordinaria, bajo el nombre de "fondo de defensa nacional (cuota de exención militar)". Y es natural que ahí figure como renta y como impuesto, porque fue creada, si bien al margen de la ley fundamental, en ejercicio de una función política.

Cuando a un sorteado se le exige dinero a trueco de no servir bajo banderas, injurídico es pensar en un contrato conmutativo de derecho privado. Imposible suponerlo. Da dinero el individuo y el Estado se abstiene de llamarlo a filas. Esta prestación positiva y esta contraprestación negativa, ajenas al derecho civil, se rigen sólo por normas de derecho público. En parte alguna aparece la libertad contractual. El sorteado se ve preso en un dilema: entrega cierta cantidad de dinero, la que impone el decreto, o va al cuartel; contribuye con su persona o contribuye con su bolsa. Si no se admite que hay aquí técnicamente un impuesto, acéptese al menos que genéricamente hay aquí una contribución, y recuérdese que en tiempo de paz solamente el congreso, las asambleas y los concejos pueden imponer contribuciones, según la ley de las leyes.

Se me figura que en el fondo existe una contribución principal en especie, "enfilar en el ejército", convertible en una contribución subsidiaria en numerario, "pagar dinero". Si no se tratara de algo tan noble como servir a la Patria, compararía yo los dos extremos del impuesto militar con los dos términos de aquel viejo impuesto en trabajo personal, o en monedas, con que, en són de arreglar nuestros caminos, afrentamos largo tiempo a la república.

Jaramillo, cuya definición de impuesto excluye la idea de beneficio especial, tuvo que formar un grupo de subsidios sui generis, que sí conllevan esa idea. En ese grupo colocó la cuota de defensa nacional, o impuesto militar. Pero no hay necesidad de este inventario adicional si se adopta la definición que Franz von Myrbach-Rheinfeld da en su tratado sobre derecho financiero.

Dice así este profesor:

"Los impuestos públicos son, desde el punto de vista jurídico, prestaciones pecuniarias a las personas públicas, que la ley impone en vista de ciertas hipótesis determinadas, sin que haya necesidad de otro título para dar nacimiento a la obligación".

Y agrega:

"Poco importa, desde el punto de vista jurídico, que la ley creadora de la obligación contemple o no contemple la hipótesis de una contraprestación determinada, de un servicio determinado prestado al contribuyente".

La cuota de defensa nacional, en su aspecto de pago que redime del servicio militar al individuo llamado a filas por la suerte, no envuelve un impuesto obligatorio por el solo hecho de su creación. No. La obligación de pagar y el derecho correlativo a la contraprestación del Estado no nacen inmediatamente del decreto mismo. Este apenas crea el título, de donde resultan aquella obligación y este derecho. La obligación de pagar y el derecho a recibir el impuesto en dinero no nacen sino desde el momento en que se producen las condiciones determinadas en la ley: señalamiento por la suerte y cambio del servicio personal por el suministro de dinero. El decreto es título suficiente y único de la contribución. El sorteo, la prestación y la contraprestación tienen simplemente la calidad de condiciones. Eso es todo.

He llamado título al decreto por acomodarme a la realidad. Pero torno a decir que en tiempo de paz el título de todo impuesto nacional debe emanar del congreso. Y es claro. Al crear un impuesto, la autoridad hace

una imposición política de carácter unilateral. Crea cierta norma que unida a otras normas semejantes constituye el sistema tributario nacional. Al crear un tributo, la ley subordina el nacimiento de la obligación de pagarlo a la presencia o a la realización de ciertos hechos. Requiérense en este campo del derecho financiero, importante rama del derecho constitucional, un título y un modo, o sea una ley y unas condiciones cuyo real concurso produce la obligación de pagar, así como en el campo civil la conjunción de la justa causa y de la adecuada actividad hace brotar el derecho adquirido.

Si para deducir la inconstitucionalidad del impuesto no bastara el aspecto fiscal del problema, sería suficiente observar que si el servicio militar obligatorio, en forma de prestación personal, no pudo ser creado por un simple decreto, tampoco alcanza un acto de esta índole para permitir el cambio de prestaciones. Repútase que lo uno equivale a lo otro.

Estimo contrario al sentido democrático de nuestras instituciones el que, por medio de decretos, ponga mano el presidente en los patrimonios particulares.

III

Desde que el magistrado Cordoso Gaitán presentó al estudio de la corte, reunida en pleno, su muy interesante y erudito proyecto de sentencia, me permití plantear a la corporación, con el carácter de previo, este problema trascendental:

Cuando la corte ejerce su función de decidir sobre la exequibilidad de las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano, debe ceñirse a estudiar estos actos únicamente a la luz de los textos aludidos en la demanda, o, al contrario, debe analizarlos por sus diferentes visos y aspectos, comparándolos con todos los preceptos de la carta que estime pertinentes al caso y con el espíritu que informa esa carta...?

En este país se han dado sobre la materia los más encontrados pareceres: desde el que equipara la demanda ciudadana al recurso de casación civil hasta mi modesta opinión de que la corte debe considerar los actos frente a la constitución nacional, vista en su sentido y en su texto como un todo indivisible, cítense o no se citen algunas normas constitucionales cuyo estudio proceda.

Entre las dos teorías extremas sostienen algunos juristas una teoría media, que percibe cierta diferencia entre la casación civil y la casación constitucional, pero que no llega hasta mi tesis completa. Según los partidarios de esa doctrina equidistante de los términos, la corte no debe reducirse a comparar los actos acusados únicamente con las prescripciones que cita el actor, sino que está en el deber de analizar otras disposiciones que si no aparecen en la demanda si están íntimamente relacionadas con el aspecto por donde el ciudadano abordó el problema de exequibilidad. Parece que tal doctrina equidistante presenta para algunos abogados esta nueva faz: la de que también está la corporación obligada a contemplar el libelo frente a aquellos fundamentos institucionales que el actor debió tener en mira, a juzgar por su demanda, aunque no resulten claramente invocados en ésta ni se hallen en textos expresos.

Aun cuando esta doctrina equidistante ha sido expuesta por hombres de mucho juicio y mucha ilustración, temo que si fuera a aplicarse por la corte, quizá no nos entenderíamos los unos a los otros ni los otros a los unos, y que por no entendernos resultara la carta constitucional, sin culpa de nadie, tendida y derrocada.

La mayoría de mis colegas, influída quizá por un derecho jurisprudencial de veinticinco años, los que van corridos desde la reforma de 1910, halló demasiado audaz mi doctrina. Empero, tuve el gusto de ver que la corte avanzó en este asunto del impuesto militar hasta estudiar el artículo 166 de la constitución, no invocado por el actor.

Pero este movimiento no alcanzó hasta llevar a la corte a estudiar el punto por el aspecto fiscal, no tenido en cuenta por el demandante. De ahí que resolviera abstenerse de averiguar si el decreto 2020 de 1927 contraría las reglas fundamentales sobre rentas y tributación. De ahí también que yo, con acendrado miramiento por mis honorables compañeros, haya resuelto exponer la idea que tengo sobre la más preciosa función de la corte. Procuraré hacerlo con alguna longitud aunque involucre. El problema es complejo. A buen librar, apenas podré decir cosa que no deslustre la gravedad del tema.

La soberanía ofrece diversas manifestaciones. Cada una de ellas tiene el carácter de función del poder, o de poder público, como se dice en el lenguaje corriente. Esas funciones son esencialmente distintas unas de otros, y deben ser ejercidas por individuos que obren con independencia y libertad.

Fue Locke quien inició en el siglo XVIII el estudio de la teoría sobre separación de los poderes.

Este autor trata de la existencia de tres poderes necesarios en el Estado: el legislativo, el ejecutivo y el federativo. El prime-

ro expide las leyes, el segundo las ejecuta y el tercero (considerado como rama del segundo) tiene las facultades de declarar la guerra y de hacer tratados públicos. Las funciones judiciales de hoy quedan clasificadas entre las del poder legislativo.

Además de Locke, y algún tiempo después de éste, Montesquieu llamó la atención sobre la diferencia entre las autoridades gubernamentales. Distingue tres funciones en el poder: la legislativa, la ejecutiva y la judicial.

Montesquieu modificó la obra de Locke, haciendo del judicial una función aparte y reuniendo en un solo poder el ejecutivo y el federativo del primero, poder capaz de ejercer la soberanía en sus faces inmanente y transeúnte.

Hay quienes opinan que las funciones del poder público son simplemente dos, la legislativa y la ejecutiva. No se conciben en la vida de una ley, dicen, sino dos momentos: el que la crea (poder legislativo) y el que la ejecuta (poder ejecutivo). Completan su tesis admitiendo que el ejecutivo tiene tres ramas: gobierno, administración y justicia. El **gobierno** comprende los órganos superiores del poder, al cual se confía la dirección de los intereses generales del país, así interiores como exteriores: la **administración** comprende los órganos del "poder ejecutivo", a los cuales se confía, en menos elevada esfera, la dirección de los intereses nacionales internos; la **justicia** decide de los conflictos entre particulares y aplica las leyes penales.

Para combatir la enunciada teoría, basta pensar que en el Estado hay puesto para un tercer poder, encargado de decidir si la ley es o no aplicable, y que la función judicial es distinta de la ejecutiva.

Nuestra constitución consagra el principio de la separación, diciendo que "todos los poderes públicos son limitados, y ejercen separadamente sus respectivas atribuciones".

El principio de la separación no es absoluto. El legislativo ejerce funciones ejecutivas y judiciales: el ejecutivo, funciones legislativas y judiciales; el judicial, funciones legislativas y ejecutivas. Puede decirse que los tres "poderes" públicos se unen sin confundirse, se compenetran y se complementan.

El fallo sobre exequibilidad puede considerarse: o como función legislativa, en cuanto da vida o se la quita a un acto legislativo; o como judicial, en cuanto decide de una controversia entre la ley constitucional y la ordinaria; o como constituyente, en cuanto guarda la integridad de la constitución nacional.

Hoy tiene la corte, en defensa de la constitución y de acuerdo con el artículo 41 del acto legislativo número 3 de 1910, las funciones siguientes: decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos que han sido objetados como inconstitucionales por el presidente de la república; decidir definitivamente sobre la exequibilidad de las leyes acusadas ante ella, por cualquier ciudadano, como inconstitucionales, y decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los decretos presidenciales también acusados ante ella por igual motivo y por cualquier ciudadano. Estas funciones no son exclusivamente judiciales.

La misma corte, en cumplimiento de lo prescrito por el artículo 40 del acto legislativo número 3 de 1910, está en la obligación, como lo están otros funcionarios, de aplicar con preferencia las disposiciones constitucionales en todo caso de incompatibilidad entre éstas y las leyes o los decretos. Esta atribución sí es exclusivamente judicial.

Olvídase a menudo la diferencia esencial que existe entre la **inexequibilidad** y la **inaplicabilidad**.

Son **inexequibles** un acto legislativo, una ley o un decreto, cuando la corte declara que no pueden ejecutarse o cumplirse, que carecen de valor y de efecto, que no tienen vida. Son **inaplicables** una ley o un decreto cuando no puede dárseles cumplimiento porque pugnan contra actos de mayor entidad.

Decidir de modo general y firme sobre la exequibilidad de un acto legislativo, de una ley o de un decreto, es función privativa de la corte: pero resolver en un caso especial, y transitoriamente, si una ley o un decreto son inaplicables, atribución es que compete al funcionario llamado a aplicar tales actos.

Cuando la corte decide que un acto legislativo, una ley o un decreto son inexequibles, el acto legislativo no puede ser sancionado, y la ley o el decreto quedan borrados de la legislación nacional; cuando la misma corte en una controversia cualquiera, o cuando otro funcionario llamado a aplicar las leyes, estiman que alguna de éstas o algún decreto han de ceder el campo de aplicación a la carta fundamental, se limitan a aplicar la carta, sin que pueda decirse por ello que los preceptos desechados son nulos para lo futuro y para siempre.

Con mayor claridad: la sentencia de la corte que recae sobre la validez del acto legislativo, de la ley o del decreto, tiene a éstos por materia litigiosa y define sobre su exequibilidad. Cuando la corte misma, u otros funcionarios, en determinados casos, estiman que una ley o un decreto son inaplicables, pueden considerar más tarde, en

otros casos análogos, que la ley o el decreto deben cumplirse. Ya la materia litigiosa no son la ley o el decreto sino el negocio en que esos actos se invocan.

En los asuntos sobre exequibilidad procede la corte como guarda y como juez, según lo observa sabiamente el doctor Francisco de Paula Pérez. A ella le está confiada la integridad de la constitución. Se la confió el artículo 41 de la enmienda constitucional aprobada en 1910. Pero, con respeto por mis honorables colegas y con veneración por nuestros antecesores, me atrevo a pensar que la corte, como asustada con la misión que se le confió en el año de 10, ha sido tímida en su cumplimiento y ha encogido o achicado en la práctica su inmenso poderío.

Ya en 1912 reclamaban contra este criterio de acortamiento los magistrados Luis Eduardo Villegas y Rafael Navarro y Euse, en inolvidable salvamento de voto.

Decían:

"Notamos desde luego que la facultad de la Corte no se limita a la "guarda de la constitución"; y lo notamos porque la palabra **integridad** juega papel importantísimo en la atribución conferida. Aunque su sentido es obvio, queremos autorizarlo con estas definiciones que trae la 13ª edición del **Diccionario de la Lengua Castellana por la Real Academia Española**".

"Integridad (del latín integritas). f. Calidad de íntegro..."

"Íntegro, gra (del latín integer) adj. Aquello a que no falta ninguna de sus partes".

"Si lo puesto bajo la guarda de la Corte es la 'integridad de la constitución', es patente que aquélla ha de velar por que a nuestra carta no se la dañe, lastime o hiera, en cualquiera de sus disposiciones, por ninguna ley de congreso o decreto del poder ejecutivo. Las partes del estatuto fundamental son sus artículos. Uno cualquiera que se viole es una de sus partes que se altera; es algo que atenta contra la integridad de la constitución; y la Corte está en el deber de impedirlo, para cumplir su deber de guardar íntegramente esa constitución".

"Este artículo trae un precepto constitucional nuevo. Antes, y conforme al artículo 90 de la carta, la Corte Suprema sólo decidía de la inconstitucionalidad de las leyes cuando sobre ello hubiese oposición entre el congreso y el gobierno. Lo estatuído nuevamente es una reforma constitucional de suma trascendencia. No tiene igual en ninguna de nuestras constituciones precedentes, ni, que sepamos, en otra carta, vieja o moderna, de las demás naciones. Provee a la satisfacción de una premiosa necesidad política, que se siente desde que comenzó nuestra vida de nación libre, y que crece, tornándose más apremiante, por la experiencia de los últimos tiempos: la necesidad de que se consolide nuestra estructura política y se asegure el orden público, manteniendo a todos los grandes poderes en la esfera de sus precisas atribuciones, y constriñéndolos dentro de la órbita contitucional. Se dispuso que esa autoridad fuese la Corte Suprema de Justicia de la república. Ella puede también tratar de sobreponerse a los preceptos del estatuto; pero tiene quien la detenga en tan peligroso camino, y es la cámara de representantes, que puede acusarla, y la cámara del senado, que puede castigarla. Por la atmósfera serena en que obra la corte, se la considera como menos expuesta a los desvíos que el cuerpo legislativo, de derecho irresponsable, y que el gobierno, que casi lo es de hecho, por lo extenso de sus facultades, lo numeroso de sus agentes, y la fuerza que se pone en sus manos".

"El derecho que el más insignificante de los ciudadanos colombianos goza, de parar en el atajo del quebrantamiento de la constitución al presidente de la república y al mismo congreso, y de volverlos al camino de sus deberes fundamentales, es para nosotros el principio más sabio, original y benéfico que nuestros legisladores han traído al acervo constitucional".

En lenguaje ajustado a la ciencia constitucional y a las reglas del buen decir, los doctores Villegas y Navarro y Euse, que tan derecho trazaron el surco de su carrera judicial, explican el sentido de la misión confiada a la corte para que guardara la integridad de la ley suprema, norma y padrón de leyes ordinarias y decretos ejecutivos. Están ellos en lo cierto cuando afirman que nuestros constituyentes del año de 10 fueron creadores de un sistema moderador, no igualado por ninguno de cuantos imperan en las más avanzadas democracias de Europa y América, sistema cuyo germen hemos de hallar en 1812, cuando los fundadores de la República de Cundinamarca estatuyeron que "todo lo que se haga contra alguna o algunas de las disposiciones contenidas en esta constitución, será nulo, de ningún valor ni efecto".

El doctor Eduardo Rodríguez Piñeres observa que el consabido artículo 40 "deja a autoridades subalternas la solución de una grave materia que más bien se quiso reservar y debe dejarse a la más alta corporación judicial de la república", pero agrega el expresado doctor, y no adhiero a su opi-

nión por las razones expuestas, que el texto del artículo 40 no guarda armonía con el texto del artículo 41. Creo haber demostrado que esos dos cánones contemplan casos diferentes y se concilian y asocian y fraternizan.

Con orgullo puede ufanarse Colombia de haber superado, en punto de control judicial de las leyes, a Inglaterra, a Francia y a los Estados Unidos de América.

En Inglaterra, país en que no hay propiamente una constitución escrita, sería imposible sentar normas por el estilo de las colombianas, si bien puede decirse, como lo observa Esmein, que la doctrina sobre facultad del poder judicial para examinar la constitucionalidad de las leyes, tuvo su origen en las costumbres anglosajonas. Seguramente, anota el doctor Carlos Bravo, en su estudio "Relaciones entre los poderes judicial y legislativo", la primera constitución escrita y ordenada, de carácter nacional, fue la expedida por Cromwell en 1653, en que sancionó con la nulidad las leyes que se expidieran en contra de sus preceptos. Empero, continúa el doctor Bravo, "no es en el precedente que hemos mencionado en donde se encuentra el origen de la doctrina que examinamos; es en la misma legislación de los anglosajones, en el modo invariable de su elaboración al través de los tiempos, en el carácter de organismo vivo y progresivo que entre ellos ha tenido el derecho común (Common Law)". Y concluye dicho doctor: "De acuerdo con las ideas antes expuestas se ha desenvuelto la legislación inglesa y en ello ha tenido parte preponderante el poder judicial, al que ha correspondido la interpretación del derecho consuetudinario y también la de la ley escrita o redactada, siendo de notar que respecto de esta última esa función de la administración de justicia ha conservado su pristino carácter, mediante el cual podía fijar el alcance y la validez de la ley en los casos concretos en que hubiera de aplicarla, siguiendo el principio vital que autoriza su espontáneo y directo desenvolvimiento".

En Francia —hasta donde alcanzan mis informaciones, pues entiendo que ha habido una reacción en favor de la integridad constitucional—, una vez votada y promulgada la ley, no existe poder capaz de juzgarla y anularla. Se la reputa constitucional. Está allí consagrado el principio de nuestro famoso artículo 6º de la ley 153 de 1887, en lo sustancial.

En los Estados Unidos de América puede el poder judicial rehusar la aplicación de una ley inconstitucional, pero sólo cuando se trate de un proceso y para el caso particular controvertido. Está allí consagrado, en lo fundamental, el principio de nuestro artículo 40 del acto legislativo número 3 de 1910.

La doctrina americana se considera autorizada por dos textos constitucionales, nada terminantes, que en lo pertinente dicen así:

"Artículo III, sección 2.—El poder judicial se extenderá a todos los casos de derecho y equidad que emanen de esta constitución, las leyes de los Estados Unidos, y los tratados hechos o que se hagan bajo su autoridad".

"Artículo VI.—Inciso 2.—Esta constitución y las leyes de los Estados Unidos que se hagan de conformidad con ella, y todos los tratados hechos o que se hicieran bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país; y los jueces se arreglarán a ellas en cada Estado, no obstante cualquier cosa en contrario en la constitución misma o en las leyes de los Estados".

En Colombia, expedida la enmienda constitucional del año de 10, tenemos dos principios esencialmente republicanos: el del artículo 41, que confía a la corte suprema de justicia la guarda de la integridad de la carta fundamental, con función para decidir definitivamente sobre la exequibilidad de las leyes, y el del artículo 40, según el cual en todo caso de incompatibilidad entre la constitución y las leyes, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales.

Entre nosotros, todo el que va a aplicar la ley —autoridad legislativa, ejecutiva o judicial— está en la obligación de desatender sus preceptos cuando pugnan con las normas constitucionales. Esto no admite distingos ni subdistingos. El artículo 40 es de una claridad perfecta.

En su estudio "Relaciones entre los poderes judicial y legislativo", dice el doctor Eduardo Rodríguez Piñeres que "la reacción se llevó así a un extremo a que no debió llegarse: la adopción conjunta del sistema del artículo 41 y de la del sistema norteamericano contenido en el 40, cuyos inconvenientes hemos anotado. La magnitud del mal que se contemplaba justifica, empero, a los constituyentes de 1910".

Los colombianos estamos satisfechos de que la reacción republicana nos llevara, en 1910, a la adopción simultánea de dos principios que no se destruyen sino que se suman armónicamente.

Tales dos principios constan en los artículos 40 y 41 del acto legislativo número 3 de 1910, en esta forma:

"Artículo 40.—En todo caso de incompatibilidad entre la constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales".

"Artículo 41.—A la corte suprema de justicia se le confía la guarda de la integridad de la constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá la siguiente:

"Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del procurador general de la nación".

Primero brevemente en mi obrecilla "Ley de leyes", y luégo con alguna amplitud en el tomo III de mi obra "Sociedades" (N° 336), expuse la doctrina del artículo 40. Tal circunstancia y la de no versar este salvamento sobre **inaplicabilidad** sino sobre **inexequibilidad** me mueven a continuar ocupándome de preferencia en desentrañar el sentido del artículo 41.

Fue el doctor Nicolás Esguerra, gran jurista y demócrata sincero, quien inspiró la doctrina sobre inexequibilidad consagrada por el artículo 41, en forma tan jurídica y tan precisa que bien puede compararse con los textos civiles de don Andrés Bello o con los constitucionales de don Miguel Antonio Caro.

Mientras la república española hace en 1935 tanteos vacilantes, en su empeño de hallar una fórmula que garantice la supremacía de su ley fundamental, como he tenido oportunidad de saberlo por lectura reciente, nuestros hombres de 1910 consagraron la supremacía de la constitución y el control judicial de las leyes comunes, en ese artículo 41, de fondo y forma irreprochables.

A la corte se le confió la guarda de la integridad de la constitución. Cuando ella, para corresponder a esa confianza, decide definitivamente sobre la exequibilidad de actos legislativos objetados o de leyes o decretos acusados, obra con un doble carácter: el de guarda y el de juez.

Si a la corte se le confió la guarda de la ley fundamental, cuide de ella, custódiela, vigílela. Y si ha de guardar su integridad, preserve todos sus preceptos de las acometidas que puedan hacerle el congreso o el jefe del ejecutivo.

Fuera la corte simplemente juez civil de casación, y podría asumir la actitud pasiva de estos jueces. Bastaríale, como acontece en los recursos de casación, estudiar atentamente la demanda para saber cuál o cuáles leyes designó el recurrente con cita de sus artículos, y abstenerse de considerar los textos no invocados aunque advierta la infracción de muchos que la demanda omitió. Cumple su deber uniformando la jurisprudencia a propósito de los preceptos que se le señalen por quien interpone el recurso o lo sustenta en la demanda. Pero en los negocios de control, donde se ejerce un derecho ciudadano y donde son de interés público los asuntos debatidos, obra la corte en el doble papel de juez y de guarda. Verdad que oficiosamente no puede atajar la sanción de actos legislativos inconstitucionales ni declarar inexequibles leyes o decretos contrarios a la carta, sino que debe esperar a que el presidente objete o a que el ciudadano acuse. Verdad que sus facultades no le alcanzan hasta ocuparse en el estudio de aquellos artículos que no le hayan sido llevados a su mesa como materia de objeción o de acusación; pero verdad también, clarísima e incontrastable verdad, que el ejercicio de su función constituyente y el cumplimiento de su misión guardadora, le imponen el deber de anular las disposiciones objetadas o acusadas que halle contrarias a la integridad del estatuto supremo, aunque en el mensaje de objeciones o en la demanda de acusación se haya incurrido en error u omisión al citar los textos constitucionales quebrantados. Así debió de intuírlo esta corporación en sentencia fechada el 13 de agosto de 1926, puesto que vertió con sabiduría este concepto:

"Cuando la corte ejerce la atribución que le confiere el artículo 41 del acto legislativo número 3 de 1910, no obra como tribunal de casación, sino en representación del constituyente..."

Desgraciadamente, si no estoy mal informado, ni antes de 1926 ni después de ese año ha entendido la corte su papel de representante con toda la amplitud requerida. En mi sentir, viene predominando en ella desde 1910, sin culpa de nadie y con la más perfecta buena fe en todos, su espíritu de juzgadora habitual. La costumbre de fallar día por día en contiendas particulares le ha impreso un carácter judicial de que ella no se despoja cuando, sin dejar de ser juzgadora ni de administrar justicia, ejerce por representación, o si se quiere como delegataria, la excelsa función constituyente de guardar la integridad del estatuto fundamental.

¿Cómo se concibe un guarda de la constitución, que advertido de que un acto del congreso o del presidente va a lesionar, o ha lesionado, la carta en alguna de sus par-

tes, se cruza de brazos alegando que en la objeción o en la demanda faltó la cita del artículo amenazado o infringido?

¿Qué será de la integridad en el espíritu de la constitución, si cuando el congreso o el presidente amenazan romperla, o la han rompido, su guarda no la defiende, alegando que no quedará ni ha quedado roto ninguno de sus textos?

Porque en un país como Colombia, tan celoso de su estructura política, que hace nulo, de nulidad absoluta, cuanto contraviene al derecho público de la nación, y que obliga al juez, aun sin petición de parte, a declarar la nulidad absoluta cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato, no resulta científico sostener que su tribunal mayor, formado por sus doce jueces, pueda negarse a casar los actos contrarios al instrumento que organiza el Estado y el gobierno, escudándose aquel tribunal y aquellos doce jueces en que el objetante o el actor olvidaron o no supieron señalar precisamente el textecillo violado.

El acto objetado o acusado es o no es inconstitucional; es exequible o es inexequible. Entre estos términos no cabe medio. A la corte no se le ha asignado la atribución académica de ilustrar al presidente o al ciudadano sobre si el acto puede convivir con los artículos constitucionales que el mensaje o la demanda señalan. No. Su misión es más alta y trascendental. Ella debe decidir definitivamente si hay o no hay conflicto entre la constitución y el acto tachado de nulo. Si no halla el conflicto, declara la exequibilidad; si lo halla, declara la inexequibilidad.

Los conceptos de exequibilidad y de inexequibilidad son absolutos. El acto acusado puede ejecutarse o no puede ejecutarse. Sobrevive al juicio o muere con la sentencia. Sí o nó.

La corte podría ser juez civil de casación, pero no guarda de las instituciones políticas, si a sabiendas de que un acto del congreso o del presidente contrarían la ley superior, declara ese acto exequible, esto es, ejecutable, con apoyo en que viola preceptos constitucionales distintos de los que se citan en el mensaje de objeciones o en la demanda de inexequibilidad. Si tal hiciera la corte, y no la acuso de tamaño error, diríase de ella que limitó, ciñó y empequeñeció su altísima misión.

No se piense que yo patrocino las demandas mal zurcidas, sin pies ni cabeza, hechas a topa tolondro. Imposible. Toca al magistrado ponente devolver las que no reúnan ciertas cualidades rudimentarias. Lo que me atrevo a pensar es que al demandante no se le debe exigir, para que la corte cumpla su misión de guarda, que acierte a citar el precepto violado. Si a la demanda se la deja cursar, corresponde a la corporación inquirir si el acto infringe preceptos no aludidos o quebranta alguno de esos principios básicos que informan la carta, aunque no estén vaciados en artículos precisos.

Si así no fuera, y llegara a admitirse mi tesis de que la sentencia es una y definitiva, bastaría que un demandante inescrupuloso asegurara la exequibilidad de un acto inconstitucional, acusándolo con deliberada torpeza.

Y un autor astuto podría redactar leyes y decretos con amañada habilidad, a fin de que ningún texto constitucional resultara lastimado, aunque se desvirtuara el sentido de la carta y se rompieran sus vértebras.

Pero se dirá que ampliando la demanda desvirtúa la corte el fundamento de aquélla o su causa petendi. Mas, ¿qué entiende la ley por causa de la demanda? Sencillamente el hecho jurídico que constituye el fundamento del derecho que se reclama en juicio. La causa petendi en todos los juicios de inexequibilidad es siempre una misma. Invariable e indivisible. El ciudadano pide —con técnica o sin técnica— que se declare inejecutable el acto acusado. A él no le importa otra cosa. Su interés jurídico estriba en la cuestión de fondo. Que el artículo violado sea el f más bien que el ch, no lo desvela. No es un discípulo de ciencia constitucional sino un ciudadano que vuelve por los fueros de la constitución, aunque muchas veces se beneficie directamente con el fallo de inexequibilidad.

La corte tiene la atribución de decidir "sobre la exequibilidad", enseña el artículo 41.

"Sobre la exequibilidad", como noción global, no sobre la armonía o desarmonía entre el acto acusado y alguno o algunos artículos de la carta. Esto será conceptuar pero no decidir.

Bien interpretados el mensaje de objeciones y la demanda de inexequibilidad, ellos persiguen siempre que se declare si lo acusado es o no es constitucional, es o no es exequible. Por eso no puedo aceptar tampoco la doctrina que he llamado "equidistante". La tarea de localización que implica, se prestaría a grandes arbitrariedades porque la corte podría estirar o encoger libremente su criterio.

"Decidir definitivamente", continúa diciendo el artículo 41.

Definitivo es lo que resuelve o concluye. El fallo que en este caso dicte la corte tiene el carácter de sentencia definitiva, de pri-

mera y única instancia, con autoridad de cosa juzgada, que ni la corte misma ni otra autoridad pueden revisar. Si no fuera firme una sentencia de esta clase, la inseguridad social y la zozobra serían permanentes.

Mi teoría es radical. Sostengo que el problema sobre inexequibilidad de un acto determinado no puede venir sino una sola vez a la corte. Aquí se dirá, en una sola sentencia, la última palabra. En una sola sentencia que hace el tránsito de la cosa juzgada. Si la corte, con razón o sin ella, declara la constitucionalidad, el acto queda exequible; si la corte, con razón o sin ella, declara la inconstitucionalidad, el acto queda inexequible. En el primer evento sobrevive a la prueba; en el segundo, perece. De ahí que la corte deba estudiar el negocio a la luz de toda la carta fundamental. Pero no, como pueril mente pudiera creerse, para estudiar uno a uno sus artículos, puesto que en negocio fiscal no habría para qué analizar el precepto que prohibe la pena de muerte, ni en negocio educativo habría para qué repasar los límites de la república. El ponente ha de situar la cuestión en su terreno propio. He creído que la tarea de la corte, tal como la describo, no es demasiado difícil, y aun cuando lo fuera. Pero no lo es, a causa de que todo jurista conoce el alma de nuestras instituciones y está empapado en su sentido. Cierta sensibilidad propia del colombiano y en este caso efecto también de la versación jurídica, lleva fácilmente a saber cuándo un acto contraría la constitución. Para defender sus textos, basta leerlos a menudo. Para defender su espíritu, basta meditar con frecuencia en las nociones de soberanía, estado, gobierno, separación e independencia de las funciones del poder público, forma unitaria, forma representativa, forma legal, régimen presidencial, autonomía de las secciones, derechos civiles y garantías sociales.

"Previa audiencia del procurador general de la nación", concluye el artículo 41.

Si al ministerio público no le corresponde conceptuar sobre todo el problema suscitado por el presidente que objeta o por el ciudadano que acusa, sino sólo sobre la procedencia de las citas constitucionales especialmente hechas, no sé cómo se entienda su misión de defender siempre los intereses nacionales y el imperio de la justicia.

No olvide la corte que entre sus funciones ninguna supera en categoría y fuerza a la de revisar, erga omnes, si las leyes acatan o vulneran la norma fundamental de la república.

No olvide su carácter de tribunal de garantías.

Firmo, pero no suscribo, el fallo de esta fecha.

Bogotá, 25 de noviembre de 1935.

Miguel Moreno J.

SALVAMENTO DE VOTO

de los Magistrados doctores Mújica y Rocha.

La convicción que tenemos en la ciencia de nuestros distinguidos colegas de la Corte, la fuerza que adquiere su opinión colectiva de mayoría, las muy ilustradas exposiciones que hemos escuchado de ellos durante la larga gestación del proyecto, que por sí mismo es un excelente trabajo jurídico, son factores que nos hacen temer incurrir en error de minoría al apartarnos del criterio que ha prevalecido en la Corte Plena y que concluye estimando que no es inconstitucional el artículo 27 del Decreto 2,020 de 1927, expedido por el Poder Ejecutivo. Nosotros llegamos a formarnos la convicción contraria y estamos de acuerdo con el criterio de la acusación. Consiguientemente nos vemos en el caso de fundamentarla.

Sin necesidad de usar de un lenguaje jurídico, pensamos con un criterio simplista, con el del simple ciudadano a quien se aplica la ley, que si el servicio militar fue instituído, como su nombre lo indica, para adiestrar militarmente al ciudadano y prepararlo con técnica militar para que sepa usar las armas cuando llegue la ocasión en defensa de la Patria, esa preparación no se consigue pagando una contribución en dinero.

Tampoco se nos escapa, sin salirnos de aquel criterio, que no todos los colombianos pueden dedicarse a aquel noble ejercicio, ni estar todos a la vez en el ejército activo, o en retiro, o en las reservas. Y que es muy natural que aquellos a quienes no les toque

ir al servicio, contribuyan en cambio con dinero para el perfeccionamiento del ejército, del bienestar del personal que forme parte de él y de la mejor dotación y equipo del mismo ejército. Así se explica el artículo 5º de la ley 167 de 1896, que obliga a los ciudadanos **no llamados al servicio bajo banderas** (a quienes no les toca por sorteo) a pagar una contribución o impuesto con los fines indicados.

Lo que no nos explicamos es que, si el servicio militar es obligatorio, y si lo es para todos los colombianos; si su fin es la preparación técnica en la milicia, puedan algunos ya **llamados a prestarlo** (por razón del sorteo) cumplir esa obligación **pagando una suma de dinero**, y que los que puedan pagarla queden exentos, como si con ello hubieran adquirido aquella preparación militar, pero que en cambio el desposeído de la fortuna sea en últimas el ciudadano obligado a servir bajo banderas. De tal modo que la expresión **todos los colombianos** que emplea enfáticamente la carta fundamental de la República, queda reducida irónicamente al jornalero y al peón.

Se pretende disculpar el artículo acusado como inconstitucional diciendo que en últimas él consagra un **derecho** para el ciudadadano que pueda sustituír con dinero la obligación del servicio bajo banderas. No entendemos cómo una obligación pueda convertirse en un derecho para el obligado. El derecho sería a una opción. O pagar en servicio, o pagar en dinero. Pero la opción, para que subsista como derecho, presupone capacidad de elegir o de optar. Y no tiene capacidad ni libertad de optar por uno de esos extremos (el de pagar en dinero) quien de antemano carece de él. Tanto es así, que el decreto acusado, al establecer una categoría de rentados, admite que hay una séptima categoría, constituída por individuos incapaces de pagar suma ninguna. Estos individuos no tienen tal derecho de opción. Para ellos no hay derechos sino obligaciones. La desigualdad es evidente.

Para analizar y rechazar el cargo de que la contribución de los sorteados establecida por el Decreto 2,020 excede a la ley misma, la Corte rastrea los antecedentes de la ley 167 de 1896. Con tal motivo y propósito trae a cuento una parte del informe de la comisión del senado, en donde es de concepto la comisión que la contribución liberadora la deben pagar más bien los sorteados que los no sorteados; admite la Corte que ese propósito de la comisión del senado no se tradujo en texto de la que fue luégo ley 167 de 1896, y que ésta estableció la contribución para los no sorteados, es decir, para aquellos a quienes el gobierno no necesite, o que no quepan en los cuarteles. Con estos antecedentes era de esperarse que la Corte sacara la conclusión de que, puesto que la ley no prohijó la intención de la comisión del senado que proponía liberar a los sorteados mediante el pago de la contribución, y sólo gravó a los no sorteados, los sorteados no podían eximirse del servicio pagando la contribución. Porque si lo que una comisión legislativa propone al congreso no fue acogido por éste, el simple intento no se tradujo nunca en ley, no pasó de estar en la mente de algunos miembros del congreso, pero no fue ley. Sin embargo, la Corte deduce lo contrario, deduce que la nueva ley no es extraña al establecimiento de la contribución para los sorteados, y que, aunque expresamente sólo la establece para los no sorteados, el decreto 2,020 de 1927 consulta el espíritu de aquella ley de 1896 al extender la contribución para los sorteados. Cree así la Corte que por consultar el espíritu de la ley no se excedió el gobierno en su potestad reglamentaria y cuando el espíritu de la ley es precisamente el contrario, porque no acogió la opinión de la comisión del senado, y cuando en materia de exacciones, contribuciones o impuestos, o, como dice el decreto, cuota de exención, la interpretación no puede ser extensiva, y, en ningún caso, puede ser el Poder Ejecutivo el que ejercite el criterio de imponer gravámenes por analogía, so pretexto de que al reglamentar una ley consulta su espíritu impositivo o de exacción.

Para desvirtuar la acusación que se hace al artículo 27 del decreto 2,020, de que viola el principio de la igualdad, la Corte estima que el cargo no es aceptable desde que la ley primero —para los no sorteados— y el decreto después —para los sorteados— establecen una graduación de la cuota consultando la desigualdad económica, que no puede desconocerse. Dos objeciones subsisten sin embargo, que dejan en pie la razón del cargo, a saber:

1º—Que la igualdad no puede basarse en la desigualdad.

2º—Y que estaría muy bien la graduación de la cuota como liberadora del servicio de banderas si se eximiera de él también a quienes materialmente no pueden pagar ninguna cuota, ni la mínima de la graduación. Pero lo irritante, lo grave, es que habiendo esa clase de ciudadanos, por no tener dinero, tengan que prestar personalmente el servicio, y para ellos no haya exención. Y que existe esa clase de ciudadanos

es evidente. De ahí que para ellos el servicio militar sí sea obligatorio, por falta de dinero para redimirse. En cambio, no es obligatorio para los favorecidos pecuniariamente. Es decir, que en Colombia el servicio militar es obligatorio sólo para una clase de ciudadanos, para la más infeliz, que, dentro de nuestra nomenclatura de casta, popularmente se llaman **peones**.

Se dice que en el deseo de consultar la equidad, es precisamente que el decreto 2,020 establece una gradación de patrimonios y de cuotas correspondientes a dicha gradación, y que si algo pudiera censurarse es el que la gradación no sea más minuciosa. Este deseo no destruye la observación que hemos hecho Por dos motivos: porque ante el derecho público, el patrimonio privado no es el mismo que consulta el derecho civil; en efecto, ante el derecho privado todo ciudadano, tenga o no tenga bienes, tiene sin embargo un patrimonio. Y porque esa gradación está diciendo, por minuciosa y justa que sea, que ella se adopta precisamente para eximir del servicio de banderas a quienes puedan pagar la cuota respectiva, subsistiendo siempre unos ciudadanos sin patrimonio, para quienes no existe prácticamente la opción de redimirse del servicio con dinero, porque no lo tienen. Y entonces, como sucede hoy, y como seguirá sucediendo por virtud del fallo, ella se establece para eximir a unos del servicio y para obligar a otros a prestarlo inexorablemente.

Dentro de la manera como nosotros entendemos el servicio militar como función constitucional para todo ciudadano colombiano, sostenemos la universalidad del servicio; protestamos contra las interpretaciones que autorizan la exención del servicio para la clase pudiente. Consideramos que el cuartel no es una cárcel, ni una penitenciaría, sino una escuela que enaltece. Afirmamos que ella constituye, o, mejor dicho, debiera constituír un lugar en donde la sujeción a unas mismas obligaciones y el fomento de un ideal común, debe hacer desaparecer no sólo la conciencia de clase que desgraciadamente prevalece a través de nuestros sistemas educativos, sino en donde el tipo racial, prevalente entre nosotros según la región u origen respectivo, debe también desaparecer, para producir, en su lugar, un solo tipo de colombiano.

La Corte no ha negado, ni puede hacerlo, que la resultante sociológica del artículo acusado es la de que el personal de tropa está compuesto por la clase social de los peones, casi exclusivamente.

Es una realidad colombiana, la de que el servicio militar de un lado, desadapta al peón, lo pone en estado de adquirir enfermedades venéreas y lo conduce a engrosar el proletariado urbano, abaratando en esa forma perniciosa el precio de la mano de obra: y de otro lado, a causa de que en el cuartel el peón mejora sus condiciones de vida y de que la disciplina militar, por su naturaleza, desarrolla la virilidad, le hace adquirir la noción, desconocida para él, de la dignidad como sér humano y el sentimiento del decoro correspondiente a ese estado. Aquellas desventajas y estas conveniencias debieran ser comunes para todos los ciudadanos.

También es igualmente cierto que la oficialidad está integrada entre nosotros por personas de las clases sociales alta y media.

Ahora bien, dado el hecho social de la diferencia absoluta que existe entre las clases bajas de nuestra sociedad y las otras, el oficial colombiano tiene, en las relaciones con su tropa, el criterio y los sentimientos que dominan, para el comercio con los peones, entre las personas de la clase social a la cual él pertenece. Y es sabido que en cada región etnológica de Colombia son distintos los modos de portarse los patronos con los asalariados.

De ahí el cuidado, incompatible con una verdadera técnica, que se tiene en el ejército colombiano de mantener a cada cuerpo de tropas bajo el mando del mayor número posible de oficiales de su misma modalidad etnológica. Y es de pública notoriedad, que por no haberse observado esta regla, inconcebible por lo demás en países donde la jerarquía militar no corresponde a categorías sociales, en el reciente conflicto internacional fueron ametralladas algunas tropas por sus propios oficiales y otras mantenidas por éstos sin cartuchos de guerra a causa del temor que los inspiraban y de la conciencia de la propia incapacidad para dominarlas.

Ahora bien, mientras subsista el actual sistema, consistente en que el servicio militar se preste casi en un ciento por ciento por una sola clase social, la de los jornaleros y peones, en tanto que las clases pudientes se eximen de él pagando en dinero, los males apuntados no pueden remediarse por falta de universalidad en la escogencia del personal. Y la Corte Suprema ha desaprovechado una ocasión magnífica para volver por los fueros de la igualdad democrática y para contribuir, por vía jurisprudencial, con su fallo, a que en Colombia el ejército sea verdaderamente nacional.

Al establecer el decreto acusado la contribución para los sorteados que no deseen prestar el servicio activo, y crear así nuevos clientes que puedan pagar en dinero, aun con el pretexto de que es porque lo desean, creó una contribución distinta a la que autorizó la ley, que fue para los no sorteados; y es sabido que el Poder Ejecutivo no puede establecer impuestos, exacciones o contribuciones, en situación normal, porque ello corresponde exclusivamente a la ley, y ésta es una de las más preciadas conquistas del régimen democrático, que el pueblo se ha reservado para hacerla efectiva sólo por medio de sus representantes al congreso.

El nuevo tipo de contribuyentes, los nuevos clientes ideados y encontrados con sutileza innegable por el Poder Ejecutivo en 1927, la nueva fuente de recursos fiscales, no fueron adquiridos en virtud de potestad reglamentaria, para la cumplida ejecución de las leyes, que es lo que podía hacer el Presidente de la República, según el artículo 120 de la Constitución Nacional, porque las leyes que se dijo reglamentar no se habían referido a los sorteados que desearan no prestar el servicio, que es a quienes se impone el impuesto, sino a los no sorteados.

La inconstitucionalidad es clara: antes del decreto 2,020 los contribuyentes en dinero eran los no sorteados, digamos 1,000. Después del decreto, los contribuyentes alcanzaron a un mayor número, digamos 1,200, porque se aumentaron por el Poder Ejecutivo, en 200, los nuevos contribuyentes. Pues bien, ese núcleo paga un impuesto creado por el Presidente de la República so pretexto de reglamentar una ley que no se refería a ellos; y la exacción no proviene de la ley, única que habría podido crearla.

Hay que ver que la mayoría de la Corte no se atreve a decir que la ley creó expresamente el impuesto para los sorteados que deseen no prestar el servicio, sino apenas que el decreto 2,020 no viola el espíritu de la ley creadora del impuesto para los no sorteados. Pues bien, el Poder Ejecutivo no puede crear impuestos por analogía, ni so pretexto de interpretar el espíritu de las leyes que han creado impuestos similares, no sólo porque este criterio es inadmisible en materias fiscales, sino porque sería ilimitado, puesto que todos los impuestos obedecen al mismo espíritu de imposición, de necesidad, que es muy relativo, y no tienen más límites que su origen popular, el congreso: y la generalidad, basada en la igualdad.

Para concluír que el artículo 27 del decreto en cuestión no es irreglamentario, que no excedió los límites de la potestad reglamentaria, la Corte se apoya también en el artículo 4º de la ley 167 de 1896, según el cual artículo un sorteado puede redimirse del servicio por medio del reemplazo correspondiente, y hace la Corte un recuento de decretos posteriores que vinieron cambiando poco a poco esta institución del servicio personal subsidiaria incrustada entre las de servicio militar. La Corte aplaude con razón la transformación de la medida por la del pago en dinero.

Pero de ahí no puede concluírse que el pago en dinero como medio de exención sea legal, sino cuando más que la medida del servicio mediante reemplazo personal, que la Corte censura, fue abolida poco a poco. Puede también aceptarse que la contribución en dinero como sustituta del reemplazo personal consulta el espíritu de la ley 167, pero repetimos que en materia de exacciones, impuestos y contribuciones, no puede procederse por analogía, so pretexto de consultarse el espíritu de leyes impositivas. Y entonces la sustitución del reemplazo personal con cuota en dinero, pudo ser una medida conveniente, pero no autorizada por la ley, y, mucho menos, por el congreso, único que pudo establecer contribuciones.

La Constitución Nacional establece que la ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar. Es decir, solamente la ley puede establecer condiciones de exención. El decreto 2,020 no es ley. Luego un simple decreto no podía establecer una condición de exención.

Este argumento no puede destruírlo la Corte sino demostrando que dicho decreto tiene fuerza de ley. Y ese estudio no se hace en el fallo.

La Carta Fundamental reserva a la ley la determinación de condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar, como lo hizo la ley 160 de 1896. Esa expresión "en todo tiempo" comprende el tiempo de paz y el tiempo de guerra, o, como dice uno de los autores de la constitución, en todo tiempo o en cualquier tiempo. Ya para tiempo de paz, ya para tiempo de guerra, es la ley la que puede fijar condiciones o calidades de exención. Pues bien, el decreto 2,020, sin tener fuerza de ley, por lo menos ello no se ha estudiado, fija para tiempo de paz una condición de exención: tener dinero. Sólo la ley podía hacerlo. La Corte admite que un simple decreto también lo puede hacer válidamente.

Las anteriores observaciones que hacemos al fallo, repetimos que con todo respeto y acatamiento para con la Corte, se refieren al aspecto meramente legal, porque dentro

de ese terreno se sitúa el fallo. Realmente, éste se limita a estudiar si el decreto 2,020 es ilegal, y de ahí que lógicamente nosotros también le hayamos hecho reparos en ese terreno. Pero deja en pie la cuestión constitucional, ante cuyos graves puntos de vista debe informarse la decisión de la Corte.

Por este aspecto, hacemos las siguientes anotaciones:

1º—Puede considerarse que el artículo 165 de la Constitución Nacional creó el servicio militar obligatorio, por cuanto que al imponer la obligación a los colombianos de tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan, para defender la independencia nacional y las instituciones patrias, implícitamente creaba también la obligación a cargo de los ciudadanos de ejercitarse en el manejo de las armas, puesto que sin este adiestramiento sería imposible cumplir semejante deber constitucional.

En tal hipótesis, el legislador, de acuerdo con el inciso segundo de la mencionada norma, solamente tendría facultad para determinar las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar, pero no para establecer exenciones temporales para la prestación de ese servicio militar en tiempo de paz.

2º—No obstante el giro gramatical del artículo 166 de la constitución, tenemos que, por medio de él no se creó un nuevo ejército, el cual existía desde antes del 5 de agosto de 1886 y en cuya fuerza precisamente se apoyó la autoridad política existente para poder dictar la nueva constitución. En la realidad, en virtud de ese artículo, al ejército existente se le atribuyó el carácter de nacional y el estado de permanente. De ahí que el constituyente hubiera dispuesto en esa misma norma que la ley determinaría el sistema de reemplazos del ejército.

Desde este punto de vista, al Poder Ejecutivo le está vedado establecer ese sistema de reemplazos, desde luego que la constitución de manera expresa atribuyó tal facultad al Poder Legislativo.

3º—¿Dentro de qué límites puede el legislador determinar los sistemas de reemplazos del ejército? O, en otras palabras, por el hecho de esa expresa autorización del constituyente, ¿el legislador quedó facultado para establecer cualquier sistema de servicio militar?

Para responder a esta cuestión es necesario tener en cuenta, previamente, lo siguiente:

a) La constitución, en su sentido posisivo, tiene como contenido esencial una decisión política, y no una simple normación legal. De manera que ella, en el sentido dicho, se justifica sólo como valor existencial que es, pero no por la justicia o conveniencia de sus normas, como erradamente opinan muchos.

Lo dicho se comprende mejor si se tiene en cuenta que la constitución es la expresión, ante todo, concreta, de la forma y el modo de la unidad política existente que la creó. La constitución, en su sentido positivo, es para la unidad política que la presupone, lo que Spinoza denomina la esencia actual de una cosa, o sea el esfuerzo para perseverar en su ser.

b) La decisión política de la constitución que nos rige es en favor del Estado democrático de derecho, decisión adoptada especialmente en los artículos 1º, 2º y Títulos 3º, 4º y 5º En efecto, la decisión política dicha se basa en estos principios fundamentales:

1º—Es ilimitada la libertad del individuo, la cual se supone como un dato anterior al Estado; 2º Es limitado el poder del Estado para invadir la esfera de esa libertad individual; 3º Para la realización de los dos anteriores principios, el poder del Estado se divide y se encierra en un sistema de competencias circunscritas, cuya finalidad consiste en el establecimiento de frenos y controles recíprocos del poder. Ese sistema distribuye el ejercicio del poder público en tres ramas distintas: Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Los principios dichos, consagrados por nuestra constitución, se ajustan en un todo al resumen que de ellos hizo Kant, resumen que es el más claro y decisivo hecho hasta ahora, a saber: a) Libertad de todo miembro de la sociedad como sér humano; b) La igualdad del mismo respecto de todos los demás, como súbdito; c) La independencia de todo miembro de una comunidad, como ciudadano. 4º Nuestro estado de derecho se basa en el imperio de la ley, por cuyo motivo la facultad de legislar no es, dentro de la decisión política de nuestra constitución, un medio de dominación arbitraria, sino que el legislador mismo, ante todo, debe quedar vinculado a su propia ley; 5º La ley presupone, como condición esencial, que sea general; 6º Este elemento esencial de la ley presupone el de la igualdad ante ella, porque el principio de la igualdad ante la ley es inmanente al concepto de ley propio del estado de derecho, tal como lo consagra nuestra constitución, a causa de que no puede existir una norma general sin que contenga en sí misma la posibilidad de una igualdad; 7º La constitución no dice de manera expresa que todos los ciudadanos son

iguales ante la ley, pero desconocer que este precepto está contenido implícitamente y de manera fundamental en la decisión política de ella, sería negar que el Estado colombiano reviste la forma de una República democrática; 8ª La democracia se basa en el derecho igual de todos los ciudadanos, de manera que la inevitable diferencia entre gobernantes y gobernados no se convierte en Colombia en una distinción y singularización cualitativas de las personas gobernantes. El gobernante no lo es porque pertenezca a una capa cualitativamente mejor, frente a una capa social inferior menos valiosa. Desde el momento que el poder emana del pueblo, el gobernante se diferencia a través del pueblo pero no frente al pueblo. Se supone que el gobernante lo es porque tiene la confianza del pueblo, pero no porque esté colocado sobre éste, porque la igualdad democrática descansa sobre la homogeneidad sustancial de los ciudadanos como tál. Por este motivo, el legislador no puede por medio de una ley, crear y establecer privilegios a favor de determinados ciudadanos o de ciertas clases sociales, o de especiales situaciones también sociales.

9ª En tratándose de cuestiones de derecho público, el principio de la igualdad es absoluto en sus consecuencias y aplicaciones, porque prima de manera incondicional lo público sobre lo privado. La igualdad del derecho privado se toma, de acuerdo con la decisión política constitucional, no en el sentido de la igualdad económica de bienes, sino en el de que las leyes de derecho privado valen igual para todos.

10. El principio de la igualdad ante la ley, no es solamente aplicación igual de la ley vigente, sino también protección contra quebrantamiento, dispensas y privilegios.

En virtud de los razonamientos anteriores, el legislador está limitado en la organización del servicio militar, solamente a tres sistemas, a saber: el voluntario; el de conscripción por sorteo; y el obligatorio para todos por igual.

11. El artículo 4º de la ley 167 de 1896 es inconstitucional, como violatorio de la decisión política consagrada en ella, porque establece que el sorteado presente un reemplazo para eximirse de la prestación del servicio militar.

12. El decreto que reglamentó esa ley no podía tampoco cambiar ese método por el del pago en dinero al gobierno del servicio personal.

13. La historia contenida en el proyecto del decreto 2,020 es suficiente para demostrar la violación del principio sobre igualdad y generalidad de la ley, hecha por el legislador de 1896.

14. El decreto 2,020, aunque en el supuesto de que tuviera fuerza de ley, también es inconstitucional en su artículo demandado, por cuanto que convierte una obligación, como la del servicio militar, que junto con la del sufragio, tiene la característica en toda democracia, de ser universal, en el absurdo derecho, para una clase privilegiada, de que pague en dinero.

Al amparo de las Constituciones Nacionales de 1886 y de 1910, que hoy forman un contexto único, se formó la conciencia nacional de que existe en Colombia la institución del servicio militar en tiempo de paz con carácter de obligatorio. El fallo de la Corte destruye esa conciencia. El servicio bajo banderas, que habilita al individuo para tomar las armas, no es servicio nacional, es solamente para la casta desprovista de medios pecuniarios para eximirse. El sorteo fue el medio ciego previsto para no hacer diferencias de clases ni de posiciones sociales al escoger el personal que se iba a habilitar. Pero si aún después de sorteados los individuos de todas las clases, de todas las posiciones, de todas las influencias, viene el dinero a servir de medio de descarte, el decreto ha destruído la igualdad de la escogencia, y ha permitio de hecho que el ejército se forme sólo con el personal desheredado de la fortuna, personal que mañana, en un momento dado, será la única carne de cañón que sale a defender las instituciones patrias o la integridad del territorio. Nos atrevemos a creer que no fue éste el propósito de los constituyentes ni de los legisladores posteriores.

La riqueza de los ciudadanos merece protección, pero también es fuente de obligaciones. Ella no debe ser protegida sino en la medida en que cumple el fin social que debe llenar, y, ante todo, del Estado que la ha protegido, y a cuyo amparo se formó. Ella no puede colocar a quienes la poseen en situación privilegiada. Ni servir, por tanto, de medio de exención.

No ahondar estas diferencias, sino suavizarlas, sería el concluír que después de sorteado un ciudadano, ciegamente, debe cumplir la obligación de adiestrarse en el servicio de las armas.

El servicio militar así sería una función social. Esa interpretación estabilizaría amablemente la institución del servicio militar y destruiría las excepciones que en la práctica lo han hecho odioso, temido y repulsivo.

SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado Dr. Eduardo Zuleta Angel.

Con el respeto debido a mis distinguidos e ilustrados colegas, **salvo mi voto en lo concerniente a la parte motiva** de la anterior sentencia, porque en mi sentir, las razones en que realmente se apoya la conclusión de constitucionalidad del Decreto no son las que se exponen en el fallo sino las siguientes:

CAPITULO I

Artículo 165 de la Constitución.

En mi sentir, por medio del inciso 2º de este texto no estableció el constituyente —como parece que lo supone el demandante— que es de la exclusiva y privativa incumbencia del legislador **todo lo concerniente a la determinación y reglamentación** de las exenciones relativas al servicio militar, así de aquellas que sólo rigen en tiempo de paz como de las que se extienden hasta el tiempo de guerra, y lo mismo de las que tienen un carácter temporal que de las de carácter permanente. No significa tampoco este texto, a mi modo de ver, que sólo el legislador podrá reglamentar todo lo atinente a los diversos modos de prestación del servicio militar.

Para precisar el exacto alcance y el verdadero sentido de ese segundo inciso del artículo 165, según el cual **"la ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar"**, es menester no perder de vista el contenido del inciso 1º, cuyo examen es indispensable para relievar la finalidad y señalar el consiguiente alcance del texto completo: ese examen explica por qué en el inciso 2º el constituyente **ni siquiera enfocó, porque no tenía para qué enfocarlo ahí, el problema que se supone resuelto por medio de tal inciso 2º sobre competencia para la reglamentación y determinación de todo lo concerniente a exenciones del servicio militar.**

En efecto: al tenor del mencionado inciso 1º, "todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones patrias". Establecida esa obligación generalísima "para todos los colombianos", el constituyente tenía que prever, y previó en efecto, que, por razones de edad, de mutilación corporal o de invalidez física en general, etcétera, habría colombianos que, ni siquiera en esas épocas a que se refiere el inciso 1º, podrían cumplir con la obligación de tomar las armas para defender la independencia nacional y las instituciones patrias por estar tales colombianos en condiciones de esas que obviamente eximen de tan sagrado deber. De ahí el que, previsto eso por el constituyente, después de haber establecido la obligación general de tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exigieran, se hubiera completado el pensamiento que inspiró la regla jurídica contenida en el artículo 165 estableciendo que la ley determinaría las condiciones que en todo tiempo, es decir, **aun en aquel tiempo a que se refiere el inciso 1º, eximen** del servicio militar.

Concurren a demostrar que éste, y no el que le asigna el recurrente, es el verdadero sentido del inciso 2º del artículo 165, las siguientes consideraciones:

a) El inciso referido no habla de condiciones que **eximan** del servicio militar, sino de condiciones que **eximen** de tal servicio, lo que confirma en la idea de que se trata, por vía de excepción a lo establecido en el inciso 1º, de **enfocar únicamente la cuestión de IMPOSIBILIDAD, en ciertos casos, de cumplir con el deber general de defensa de la soberanía y de las instituciones patrias y no de enfocar todo el problema de la reglamentación de las exenciones.**

b) Si por medio del inciso 2º del artículo 165 se hubiera pretendido formular la regla constitucional de que es de la privativa incumbencia del legislador todo lo relacionado con las exenciones de cualquier clase, es claro que no se habría redactado el inciso como se redactó, sino que lisa y llanamente se habría dicho: "Sólo por medio de leyes se pueden establecer causales de exención del servicio militar", o "Corresponde al legislador todo lo relativo a exenciones del servicio militar", o se habría empleado cualquiera otra fórmula análoga a éstas. Cuando el constituyente, que conocía muy bien el sentido de las palabras que empleaba, habló de "condiciones que en **todo tiempo eximen**", no pudo pretender referirse a "condiciones que en **cualquier tiempo** eximan", pues no es de suponer que en tal caso hubiera empleado esta última expresión;

c) El artículo 165 no estableció el servicio militar obligatorio para todo tiempo. Estableció el servicio militar para las épocas en que las necesidades públicas lo exigieran. Por lo tanto, las excepciones de que habla el texto son excepciones para ese servicio militar establecido por él mismo, es decir, para el servicio militar obligatorio cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones patrias;

d) Por la naturaleza misma de las cosas, para atender a las realidades sociales, nuestra legislación sobre servicio militar, en una forma análoga a la empleada por otras legislaciones, establece varias clases de excepciones: una de carácter transitorio, como las de los estudiantes, congresistas, etc.; otras de carácter permanente, pero que sólo rigen en tiempo de paz, como la de los huérfanos mayores, hijos únicos de padres necesitados, etc., y finalmente otras que no son solamente de carácter permanente sino que se extienden a tiempo de guerra, por fundarse en la imposibilidad en que están en todo tiempo quienes se encuentran en determinadas condiciones para tomar las armas en defensa de la independencia y de la soberanía patria. Sólo a estas últimas se refiere el inciso segundo del artículo 165, por la sencilla razón de que son únicamente ellas las que "en todo tiempo" relevan de la obligación de tomar las armas y porque el texto constitucional no enfoca ni tenía por qué enfocar una cuestión general de excepciones de todas clases sino tan sólo una cuestión especial, circunscrita a la materia tratada en el artículo, a saber: la necesidad de tomar armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones patrias.

CAPITULO II

Artículo 166 de la Constitución.

Conforme a éste, es al legislador a quien corresponde determinar el sistema de reemplazos del Ejército permanente que debe tener la Nación para su defensa. Muchos y muy diversos "sistemas" de formación y reemplazo de ejércitos ha conocido la humanidad al través de los tiempos: desde el sistema antiquísimo de la contratación de mercenarios extranjeros hasta el sistema prusiano del servicio militar universalmente obligatorio.

No hubiera sido prudente que en la propia Constitución —tratándose de una cuestión que en las soluciones varias de acuerdo con las diversas etapas de la evolución de un país y en que obviamente hay que atender en cada época a las realidades de la vida nacional— se hubiera señalado el sistema de reemplazos elevando éste a la categoría de canon constitucional. Se dejó este cuidado al legislador, para que éste fuera adaptando la respectiva regla jurídica al medio social.

Lo que ha acontecido en esta materia, en otros países, como Francia, por ejemplo, es muy digno de ser estudiado, no solamente para relievar el fundamento de la disposición que se estudia y señalar el exacto alcance de ella, viendo qué es lo que se entiende por sistema de reemplazos y cuántas modalidades o formas de aplicación puede tener cada sistema, sino también para ver cómo en estas cuestiones no pueden perderse de vista las realidades de la vida nacional ni ser desatendido el inevitable paralelismo entre la evolución del régimen militar de un pueblo y las exigencias de su desarrollo social y económico y de sus problemas internacionales.

Los soberanos del antiguo régimen tenían tropas casi exclusivamente compuestas de mercenarios extranjeros. Sólo a falta de extranjeros eran enrolados los nacionales, y para esto los reyes se valían de toda clase de sistemas. Cambiaron las cosas con la Revolución y el Imperio. A la caída de éste el sistema establecido fue el de enganches voluntarios, complementado, para el caso de insuficiencia de los enganches, por el sorteo. Desaparecidas las limitaciones de carácter militar impuestas a Francia por los tratados de 1815, el sistema que hasta 1832 sólo se había establecido a título subsidiario —el de sortes— alcanzó la categoría de sistema normal, sin que desapareciera por ello del todo el enganche voluntario. Pero al generalizarse dicho sistema de sorteos, se autorizó explícitamente a los sorteados para hacerse reemplazar por otros individuos. Para corregir las corruptelas y especulaciones escandalosas a que dio origen esa institución del reemplazo, sin derogar el principio, se modificó su aplicación en el sentido de que los sorteados que pretendían abstenerse de prestar el servicio bajo banderas, en lugar de presentar reemplazos, debían pagar una determinada suma de dinero para que el propio gobierno, con las cantidades así recaudadas, contratara y pagara los voluntarios. Más tarde las victorias de Prusia sobre Dinamarca y Austria atrajeron la atención del mundo sobre los sistemas prusianos de servicio militar, y como consecuencia de ello se estableció en Francia el régimen llamado de las guardias movibles, que no alcanzó a ser debidamente organizado antes de la guerra de 1870. Después de

ésta vino el régimen llamado de 1872, conforme al cual, estando, en principio, y por lo menos en tiempo de guerra, todos los franceses obligados a servir militarmente, sólo una parte de ellos, escogida a la suerte, quedaba sometida a un largo período de servicio y a un entrenamiento completo. En 1899 se cambió este sistema por el del servicio de tres años obligatorio para todos, con determinadas excepciones. Estas excepciones fueron abolidas en 1905, conforme a la ley de 21 de marzo de ese año, que al generalizar aún más el servicio militar, rebajó a dos años la duración de él. Todavía después se disminuyó a un año el período del servicio y se estableció un régimen de excepción para los jóvenes titulares de determinados diplomas de estudios superiores. Por otra parte, a la universalización del servicio correspondió la creación de ciertas instituciones jurídicas indispensables como la de las indemnizaciones a las familias que se veían privadas de lo necesario por razón del servicio militar de uno de sus miembros, y como la de organización de reservas a base del número de hijos de cada ciudadano.

La simple brevísima descripción que acaba de hacerse acerca del modo como ha evolucionado en Francia el régimen militar, contribuye a poner de relieve estas tres cosas: (a) Que sólo se llegó muy gradualmente y como culminación de una evolución paralela a la del medio social, hasta la institución del servicio universalmente obligatorio, sin excepciones, y que éste sólo fue posible cuando el Estado, además de disponer de cuarteles suficientes y apropiados, etc., etc., pudo organizar instituciones como esas de las indemnizaciones a las familias víctimas de la universalización del servicio; b) Que no es contrario a los principios de igualdad tan ardorosamente proclamados por la Revolución Francesa y tan profundamente sentidos y vividos por el pueblo francés, el régimen que precisamente se estableció a raíz de la Revolución y que es el consagrado en el decreto 2,020, conforme al cual pueden los sorteados dejar de prestar el servicio de banderas pagando una suma de dinero. La Revolución, que consagró la igualdad de los ciudadanos ante la ley, no fue la que trajo el régimen de abolición de exenciones. Fue la guerra de 1870; c) Que cada uno de los diversos sistemas de reemplazo conocidos comporta infinidad de diversas modalidades, enorme variedad de matices, pluralidad de formas de aplicación de un mismo principio.

Al explicar, Berthelemy en su Curso de derecho administrativo el sistema de sorteos establecido en 1832 con la modalidad de la autorización para la presentación de reemplazos, dice, refiriéndose a la ley de 1855, —que, para acabar con las corruptelas a que se prestaba, estableció un pago de dinero igual al del decreto 2,020— lo siguiente: "Esa ley conservó el mismo principio; **sólo modificó su aplicación**".

Se traen a cuento estas palabras para hacer notar que de conformidad con una terminología tan rigurosamente científica como la del insigne autor citado, pueda decirse con toda exactitud que el decreto 2,020 no creó ni modificó un sistema de reemplazos del ejército; ni afectó siquiera el sistema de sorteos establecido; tan sólo modificó la aplicación de uno de los aspectos o modalidades. De donde se deduce que no puede tampoco la disposición acusada considerarse como violatoria del mencionado artículo 166 de la Constitución.

CAPITULO III

Potestad reglamentaria del gobierno.

Dice el doctor Moreno Jaramillo en su salvamento:

"Se conoce bajo el nombre de potestad reglamentaria la que tiene el Presidente, como suprema autoridad administrativa, para expedir, en orden a la cumplida ejecución de las leyes, cuantas providencias sean necesarias; y también la facultad que el presidente puede tener, por delegación del Congreso, para dar, dentro de la órbita constitucional, normas obligatorias de carácter sustantivo.

"No están de acuerdo los doctrinantes acerca del origen que debe asignarse al poder reglamentario. Para algunos, como Esmein y Berthélemy, ese poder inhiere al presidente, y es una consecuencia de su calidad de administrador; para otros, como Aucoc y Laferrière, es una delegación legislativa.....

"La constitución de 1886 armoniza, admirablemente, tan encontradas doctrinas: en su artículo 120, ordinal 3º, consagra la potestad reglamentaria como natural consecuencia de las facultades administrativas que corresponden al presidente; en su artículo 76, ordinal 9º, faculta al congreso para que por medio de leyes delegue en el presidente la facultad de ejercer funciones dentro de la órbita constitucional...

"Pienso que el decreto 2,020 de 1927, no obstante su título y su preámbulo, fue expedido, en cuanto concierne el precepto acusado, en ejercicio de facultades que si no llegan a extraordinarias, tampoco son genuinamente ejecutivas. Tal precepto fue dicta-

do, en mi sentir, de acuerdo con la potestad reglamentaria de origen legislativo que se halla en la ley 40 de 1909, artículo 8º, en donde se dispone que "por leyes especiales o por medio de reglamento del ejecutivo se determinarán los medios de prestación del servicio militar..."

"Si la potestad reglamentaria de naturaleza administrativa, simple **modus operandi**, no le bastaba al presidente para permitir la redención por dinero del servicio a que en sorteo fueran llamados los ciudadanos, sí me inclino a creer que la potestad reglamentaria de origen legislativo quizá permitiría al jefe del Estado crear ese modo no establecido por las leyes, si no fuera porque a ello se oponen principios constitucionales, sobre impuestos y rentas, de que hablaré luégo".

A lo dicho por el doctor Moreno Jaramillo sobre este aspecto de la cuestión me permito agregar:

a) Que para dictar la disposición acusada, no solamente de la ley 40 de 1909 derivó el gobierno ésa que el doctor Moreno Jaramillo llama muy bien "potestad reglamentaria de origen legislativo". Si esa ley, como lo teme el doctor Moreno, dejara alguna duda al respecto, ahí está, para descartar todo motivo de vacilación, la ley 51 de 1925, que al aprobar y ordenar que se pusiera en ejecución el plan militar de que allí se habla, constituye, en mi sentir, desde el punto de vista que en este capítulo se contempla, un obstáculo insuperable para que la Corte pueda llegar a la conclusión de la inconstitucionalidad del decreto. En efecto, siendo razonable —como dice el mismo doctor Moreno Jaramillo— "reputar constitucionales los actos acusados mientras no se pruebe lo contrario", mal podría la Corte declarar inexequible la disposición acusada mientras no pueda afirmar —y esta afirmación no es posible, ni se ha hecho— que en el plan aprobado y mandado ejecutar por la ley de 1925 **no se encuentra el principio consignado en la disposición acusada.**

b) El presidente de la república no solamente tiene como funciones constitucionales la de la potestad reglamentaria de carácter general, a que se refiere el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución, y la de la potestad reglamentaria de origen legislativo de que se ha hablado. El tiene muchas otras trascendentales funciones de orden constitucional, y los decretos que dicta no tienen que estar por tanto necesariamente encajados dentro de uno de esos moldes. En relación con el ejército especialmente, el presidente de la república tiene importantísimas funciones completamente distintas de la de reglamentar las leyes que dicte el congreso, a saber:

Disponer de la fuerza pública y conferir grados militares; conservar en todo el territorio de la república el orden público y restablecerlo en donde fuere turbado; dirigir, cuando lo estime conveniente, las operaciones de la guerra como jefe de los ejércitos de la república; proveer a la seguridad exterior de la república, defendiendo la independencia y la honra de la Nación y la inviolabilidad del territorio, etc.

Esas funciones gravísimas tienen que implicar facultades correlativas. Más aún, dada la circunstancia de que es al presidente y no al congreso al que, por la naturaleza misma de las cosas, se le imponen esas tremendas responsabilidades, que automáticamente crean esas facultades indispensables para llevar a cumplido efecto las referidas obligaciones constitucionales, no sería injurídico concluír —aunque para el caso actual es innecesaria esa conclusión— que en lo atinente al ejército y a la fuerza pública en general, son del resorte del Poder Ejecutivo todas aquellas funciones que no le estén especialmente atribuídas al congreso por el constituyente.

Confirma la exactitud de esta solución la circunstancia de que el constituyente, en esta materia, a diferencia de muchas otras, consideró necesario, por medio de textos especialísimos, decir, expresar pormenorizadamente, que era de la incumbencia del congreso: determinar las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar: fijar el sistema de reemplazos, fijar el pie de fuerza, etc.

CAPITULO IV

Artículos 6º y 67 del Acto Legislativo Nº 3 de 1910.

Dado el concepto que profeso sobre la trascendencia de la función atribuída a la Corte por el artículo 41 del Acto Legislativo Nº 3 de 1910 —función en cuyo ejercicio no obra la Corte como poder judicial sino como emanación del poder constituyente—, estimo absolutamente indispensable tratar el problema planteado en la demanda a la luz de los dos textos constitucionales citados en el encabezamiento de este capítulo, pues habiéndose discutido en la Sala si la disposición acusada implica o no el establecimiento de un impuesto y habiendo opinado tres de los Magistrados que el decreto es inconstitucional por ese aspecto, creo que los que hemos llegado a la conclusión contraria, o

sea la de constitucionalidad, debemos decir cuáles son las razones en que nos apoyamos para considerar que el precitado decreto no viola los artículos 6º y 67 del Acto Legislativo número 3 de 1910, que son los que determinan la competencia para decretar impuestos y los requisitos esenciales para su establecimiento.

Sea que el impuesto se defina como lo definió en su tiempo Leroy-Beaulieu, "la contribución exigida a cada ciudadano por su parte en los gastos públicos"; sea que se defina, como lo hizo Stourn, "la deducción hecha sobre los haberes individuales de los contribuyentes, para subvenir a las necesidades de los servicios públicos"; sea que se adopte la definición que propone Jaramillo, inspirándose en Seligman: "el tributo obligatorio exigido por el Estado a los individuos para atender a las necesidades del servicio público, sin tener en cuenta compensación o beneficios especiales", el hecho es que la disposición acusada no establece un impuesto ni cosa que se le parezca, porque el impuesto supone una obligación y la disposición acusada se limita a concederles a los ciudadanos sorteados para el servicio militar la facultad de cambiar el contenido de la obligación que les había impuesto una ley anterior, al permitirles, mediante una suma de dinero, abstenerse de prestar el servicio militar bajo banderas.

La disposición acusada no impone ninguna obligación. La obligación fue impuesta por la ley de 1896. El decreto que se estudia sólo vino a otorgar un derecho en relación con el servicio militar establecido por la ley anterior.

Se ha argüido contra lo que acaba de exponerse que, como lo explica Jaramillo en el capítulo XXI de su tratado de Hacienda Pública, hay, al lado de los impuestos generales, impuestos especiales que son "aquellos tributos en los cuales va envuelta una idea más o menos precisa de compensación o retribución dada por los contribuyentes al Estado, en razón de los servicios que éste presta al individuo o a una clase o grupo de individuos" y que dentro de esa noción del impuesto especial cabe, como lo asienta el mismo autor, la cuota militar que pagan los sorteados para eximirse de prestar el servicio militar bajo banderas.

En mi sentir, dicha cuota no corresponde en forma alguna a la noción de impuesto especial ni a ninguna de las categorías en que se clasifican los impuestos especiales: gravámenes especiales propiamente dichos; tasaciones especiales o impuestos de valorización y honorarios o derechos.

Tanto el impuesto de carácter general como los impuestos especiales implican invariablemente una obligación, que, si se quiere, puede considerarse como condicional en muchos casos, pero que no por ello deja de ser una obligación: se paga el impuesto de aduanas si se introducen artículos gravados en el arancel; se paga el peaje y el pontazgo si se transita por el camino o el puente; se paga el impuesto de valorización si se construye la obra de interés público que beneficia especialmente la propiedad raíz de la persona a quien se grava con el impuesto; se debe pagar el honorario o derecho si se exige el pasaporte o la patente, el registro de marcas, o el servicio del notario para el otorgamiento de una escritura pública.

En todos estos casos la obligación está sometida a una condición suspensiva, pero existe esa obligación y ésta surge al establecerse el impuesto: su cobro, su recaudo, quedan sujetos, como lo dice Duguit, a la ejecución del acto que condiciona la aplicación de la ley fiscal.

En general, en todos los impuestos indirectos sucede esto, como lo explica el mismo autor con estas palabras que ilustran mucho la materia:

"Para la percepción del impuesto indirecto, no hay acto administrativo. La acreencia del Estado nace en el momento en que el contribuyente ejecuta el acto que condiciona la aplicación de la ley fiscal. La causa eficiente de la acreencia reside siempre en la ley, pero el acto que condiciona el nacimiento no emana de un agente público, a diferencia de lo que pasa con el impuesto directo. Es inexacto decir, para el impuesto indirecto, que es el acto unilateral de un agente público el que condiciona la acreencia: es un acto del contribuyente y no del Estado. No es tampoco un hecho. Es un acto voluntario que puede presentar aspectos diversos —operación de transporte, acto de consumación, acto jurídico, para los impuestos de registro, etc.—. Pero sigue siempre siendo exacto el principio de que es una declaración de voluntad emanada del contribuyente la que condiciona el nacimiento de la acreencia".

Nada de eso existe en el presente caso; aquí no se trata de ninguna acreencia del Estado que tenga como causa eficiente la ley, y como condición de aplicación el acto voluntario del contribuyente, la declaración de voluntad de éste que haga exigible la acreencia. El decreto en cuestión no estableció ninguna obligación ni condicional ni simple. La obligación —ya se dijo y se repite— fue establecida por la ley de 1896. La

disposición acusada sólo estableció, en relación con el modo de cumplir esa obligación, una facultad: la de cambiar su contenido, a elección del obligado, que vino a quedar así con una opción para elegir lo que más le conviniera o le gustara: prestar bajo banderas el servicio militar que había hecho obligatorio el legislador en 1896 o prestar ese servicio en dinero. Cuando el servicio se presta en dinero, por virtud del decreto, no se cumple una obligación impuesta por él; se ejercita un derecho en relación con el modo de cumplir un deber establecido por una ley distinta.

No se podría decir que aquí también se trata de una obligación condicional: se paga la cuota de que habla el decreto si el ciudadano que la paga se abstiene de ir al cuartel a prestar el servicio militar bajo banderas, porque en este caso la obligación existía ya desde mucho antes. Esa obligación es la de prestar el servicio militar y no fue creada por el decreto, ni agravada por éste.

En su "Curso de Finanzas Públicas", dictado en la Facultad de París, el profesor Jéze, de autoridad indiscutible en estas cuestiones, expone de esta suerte las seis características que para él son esenciales en la noción de impuesto:

"Un primer elemento esencial que surge de la observación de los hechos, es el de que el impuesto es la prestación de valores pecuniarios —muy ordinariamente una suma de dinero— y no de servicios personales.

"Se habla a veces del impuesto de sangre para designar el servicio militar. Es una imagen. Los servicios personales se asemejan por ciertos aspectos al impuesto; pero no son impuestos. El régimen jurídico es completamente diferente: en particular el impuesto no tiene ese elemento personal de sujeción y de fidelidad que está en la base del servicio público personal. Ejemplo: servicio militar, servicio de jurados, etc., etc.

"Un segundo elemento esencial del impuesto moderno, es el de que la prestación suministrada por el individuo no está seguida de una contraprestación especial de los agentes públicos. Es lo que diferencia el impuesto propiamente dicho, desde luego de la tasa, después del precio, del arriendo, en fin, de la prestación a base de indemnización.

"Un tercer elemento esencial del impuesto en todos los estados civilizados modernos, es la **coacción jurídica**. El impuesto es especialmente un **pago obligatorio**. Los individuos no hacen una entrega voluntaria porque lo quieran así. Son obligados a ella jurídicamente. Este elemento de coacción se manifiesta de varias maneras: desde luego la tasa del impuesto es fijada unilateralmente por los agentes públicos; en seguida, **el pago tendrá lugar necesariamente por la fuerza.**

"Como cuarto elemento esencial del impuesto, los Estados civilizados modernos exigen que él sea pagado por los individuos según reglas fijas y no discrecionalmente según el capricho y la buena voluntad de los agentes del Estado".

"Otro elemento esencial del impuesto moderno es su destinación de utilidad pública: él tiene por objeto cubrir gastos de interés nacional. Hay entre el impuesto y los gastos una relación de tal manera estrecha, que se puede decir que el gasto de interés general es el fundamento y la medida del impuesto moderno.

"He ahí la diferencia entre el impuesto y el tributo con que grava un vencedor a los vencidos (indemnización de guerra). El vencido que paga el tributo no tiene que ocuparse del destino de las sumas pagadas por él. "Por otra parte, en la casi totalidad de los países, lo principal, si no la garantía de la destinación del impuesto, es el voto del impuesto y de los gastos públicos por los representantes del país, por el Parlamento con el predominio de la Cámara popular.

"Un último elemento esencial del impuesto moderno es el de que es debido por los individuos únicamente en razón del hecho de que ellos formen parte de una comunidad política organizada. En cuanto miembros de esa comunidad y únicamente porque forman parte de ella, existe para ellos la obligación de pagar el impuesto. Esta idea explica por qué el impuesto se aplica no únicamente a los nacionales sino aun a los extranjeros que permanezcan o pasen por el territorio: lo que varía para los extranjeros es la fuerza y la duración del lazo que los une a la comunidad política en la cual ellos permanezcan".

Es obvio que las sumas que entregan al erario los individuos que, habiendo sido sorteados para el servicio militar, quieran abstenerse de ir a los cuarteles, no participan en forma alguna de esas seis características que el eminente tratadista considera como fundamentales en la noción del impuesto.

CAPITULO V

Principio de la igualdad civil.

Separándome del concepto de los señores Magistrados que aprobaron tanto la parte

motiva como la resolutiva del proyecto, estimo que, para declarar constitucional la disposición acusada, es menester estudiarla a la luz del principio de la igualdad civil y averiguar si éste no ha sido violado por el artículo que se viene estudiando del Decreto 2,020 de 1927.

"La igualdad civil, que es el principio talvez más fecundo de todos, no necesita por sí mismo reglamentación particular, o más bien, la reglamentación se encuentra en la legislación nacional entera —dice Esmein y Nezard—. Es, en efecto —agregan ellos—, el primer principio cuyo respeto se impone al legislador".

Por eso aun cuando no haya en la Constitución un texto especialmente dedicado a formular y reglamentar ese principio, sería imposible considerar como constitucional una ley que atentara contra él. El principio de la igualdad civil fue proclamado por la Revolución Francesa en el artículo primero de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 ("Los hombres nacen y siguen siendo libres e iguales en derecho"). Y el artículo 3º de la declaración de 1793 repitió: "todos los hombres son iguales por la naturaleza y ante la ley".

En su "Preliminar a la Constitución" explicaba Siéyes: "Dos hombres, siendo igualmente hombres, tienen, en un mismo grado, todos los derechos que se desprenden de la naturaleza humana. Así, todo hombre es propietario de su persona o nadie lo es. Todo hombre tiene el derecho de sus bienes o nadie tiene este derecho. Los medios individuales son atribuídos a la naturaleza de las necesidades individuales... Existen es verdad grandes desigualdades de medios entre los hombres. La naturaleza ha hecho fuertes y débiles y les ha dado a los unos una inteligencia que ha rehusado a los otros, de donde se sigue que habrá entre ellos desigualdad de trabajo, desigualdad de productos, desigualdad de consumo o de goce, pero de ahí no se deduce que pueda haber desigualdad de derechos...".

Comentando Esmein y Nezard los textos antes citados de las declaraciones de los derechos del hombre, dicen lo siguiente: "La igualdad no puede ser sino una igualdad de derecho y no una igualdad de hecho. Quienes pretenden deducir de la igualdad de derechos la igualdad de hecho, es decir, el pretendido derecho de cada uno a condiciones de vida y de goces iguales, desconocen por ello mismo la libertad individual que es la base misma de la sociedad".

La igualdad civil implica las siguientes consecuencias: la igualdad ante la ley; la igualdad ante la justicia, la igualdad ante el impuesto y la igualdad para la admisión a las dignidades y puestos públicos.

Como no se trata de un impuesto, según se vio antes, ni la cuestión se relaciona en nada con asuntos jurisdiccionales ni con el acceso a dignidades, cargos o puestos públicos, el único aspecto de la igualdad civil que es procedente estudiar es el de la igualdad ante la ley.

La ley debe ser la misma para todos, sea que ella proteja, sea que ella castigue, se dijo en la declaración de 1779 (art. 6º). "Este es un resultado al cual, como lo sabemos —dicen los autores citados— había llegado Rousseau por otra vía, destacando una idea que ha pasado a la ciencia política, a saber: que la ley debe ser una regla abstracta y general que no puede tener un objeto particular".

Al explicar Duguit en su Tratado de Derecho Constitucional el principio de la igualdad civil, saca las siguientes conclusiones: "En resumen, el principio de la igualdad es una regla de nuestro derecho público positivo que se impone al legislador, y toda ley que lo viole es una ley inconstitucional. Pero al mismo tiempo es necesario entender esa igualdad solamente en el sentido de que todos los hombres deben ser igualmente protegidos por la ley y que las cargas deben ser no aritméticamente iguales, sino proporcionales. No hay que olvidar que al querer realizar la igualdad matemática de los hombres, lo que se arriesga a crear es la desigualdad".

Refiriéndose especialmente el mismo autor al servicio militar, dice: "El principio de igualdad implica también el establecimiento igual para todos de cargas distintas al impuesto y particularmente de cargas militares. El artículo 8º, parágrafo 1º, de la última ley militar votada antes de la guerra formulaba el principio en estos términos: todos los hombres reconocidamente aptos para el servicio militar tienen obligación de prestarlo efectivamente durante un período igual para todos. El principio es incontestable, pero la aplicación que quiso hacer esa ley de 1913 fue errónea, puesto que conducía en la práctica a la desigualdad porque ella pretendía imponer a todos, sin tener en cuenta la situación y las aptitudes de cada uno, la misma duración y el mismo modo de servicio. Desde los primeros meses de guerra se cayó en la cuenta de esto. Conviene anotar que en la elaboración de la nueva ley militar el Parlamento se ha esforzado por realizar la verdadera igualdad tratando desigualmente cosas desiguales, es decir, te-

niendo en cuenta, para la determinación de las obligaciones militares, y en la medida de lo posible, la situación y las aptitudes de cada uno".

"En 1789 —agrega el mismo autor—, cuando se proclamó el principio, se quiso sobre todo afirmar que todos los ciudadanos daban ser protegidos por la ley de la misma manera, con la misma fuerza, en sus personas y en sus propiedades, pero no se pretendió que todos tuvieran exactamente las mismas prerrogativas sociales. Estas deben recibir de la ley exactamente la misma protección sin distinción de personas o de clases. La ley debe ser la misma para todos, según la declaración de los Derechos en su artículo 6º Así, todo hombre tiene el derecho de llegar a ser propietario, pero todos los hombres no tienen el derecho de tener la misma cantidad de riqueza, porque la apropiación de la riqueza es el resultado del trabajo y todos los hombres no tienen la misma habilidad ni producen la misma cantidad de riqueza. Pero todos los propietarios pequeños o grandes deben ser protegidos por la ley exactamente de la misma manera y con la misma energía".

Ese es el principio de la igualdad civil en su aspecto de igualdad ante la ley. Lo demás (el derecho de apropiarse una cantidad de riquezas o de aprovechar en una cuota igual de la riqueza general), es decir, la igualdad económica o la igualdad de hecho, ya no entra dentro del concepto clásico y tradicional de la igualdad civil, sino que constituye un postulado comunista que no hay por qué considerar sobreentendido en nuestra Constitución, como parece que lo consideran mis distinguidos colegas Mújica y Rocha.

Si se considera el principio de la igualdad civil en su sentido clásico o tradicional, tal como él vino a constituir uno de los fundamentos de nuestra democracia, y no en su sentido comunista, que nada tiene que ver con nuestra Constitución, es obvio que la disposición acusada ni viola ni contraría el principio.

Por medio de ella se les reconoció a todos los colombianos, absolutamente a todos los que resultaran sorteados para el servicio militar, el derecho, sin distingos, restricciones ni excepciones, de eximirse de prestar dicho servicio bajo banderas mediante el pago de la prima de exención.

Más aún: para realizar ese ideal señalado por Duguit en el sentido de que las cargas no deben ser aritméticamente iguales sino proporcionales: para no perder de vista el postulado afirmado por el mismo autor de que cuando se quiere realizar la igualdad matemática de los hombres lo que se arriesga es a crear la desigualdad; para realizar, como lo dice el mismo, esa verdadera igualdad "tratando desigualmente cosas desiguales"; para tener en cuenta, en fin, en la medida de lo posible, la situación y las aptitudes de cada uno, el decreto acusado no se limitó a reconocerles por igual a todos los colombianos, sin excepciones, el derecho de eximirse del servicio militar bajo banderas mediante la prima de exención, sino que fue más allá en esa aspiración de igualdad y estableció una proporción entre la cuantía de la prima y las capacidades económicas de cada ciudadano, para que, en la medida de lo posible, cada cual sólo pagara en proporción a sus recursos.

De esta suerte, los ciudadanos no sólo han quedado igualmente protegidos por la ley, en cuanto ésta les confiere a todos, sin excepciones, el derecho de eximirse del servicio militar bajo banderas pagando la prima de exención, sino que se han tenido en cuenta, para que esa protección sea lo más perfecta posible, las diversas condiciones económicas de cada uno.

Se anota que el mínimum señalado para la prima es el de $ 50.00, y se dice que hay muchos ciudadanos para quienes es demasiado gravosa esa suma, y que por la imposibilidad en que se encuentran de pagar se ven forzados a prestar el servicio militar bajo banderas, a tiempo que el máximum señalado por el decreto, que es de $ 300.00, resulta una carga demasiado llevadera para las gentes ricas o pudientes.

Aparte de que esta consideración no mira al fondo mismo de la cuestión, pues a lo sumo implica una objeción contra la exactitud de la tarifa, objeción de la cual se podría deducir que en éste, como en todos los demás casos en que se busca la proporción de las cargas públicas, es imposible alcanzar una absoluta perfección, cabe observar que, como antes se explicó, el principio de la igualdad civil, de acuerdo con su sentido tradicional, que fue el que vino a inspirar nuestra constitución, no implica obligación para el legislador de remediar la desigualdad económica o desigualdad de hecho entre los hombres, sino la obligación de protegerlos a todos igualmente, por medio de leyes que les den a todos iguales derechos, aunque no distribuyan entre todos la riqueza pública en cuotas iguales.

(DEMANDA DE INEXEQUIBILIDAD DEL ART. 8° DEL DECRETO EJECUTIVO 314 DE 1920)

No es suficiente afirmar que con una extralimitación de la ley ha violado el Ejecutivo la Constitución Nacional, porque el juzgador, la Corte, no podría conocer el pensamiento del demandante en cuanto considerase trasgredido un determinado precepto del estatuto constitucional. El fallo de la Corte tiene que recaer concretamente sobre un conflicto u oposición de un acto del Gobierno (un decreto) o del Congreso (una ley) con determinada norma o principio constitucional; el quebranto de éstos por consecuencia del acto ejecutivo ha de ser el fundamento del fallo de la Corte. Esta regla general no se contraría cuando el demandante ha presentado su acusación sin señalar expresamente el texto constitucional violado, pero en cambio sí ha definido de modo concreto el caso de infracción, aunque sin expresar el número que en el Estatuto le corresponde a la disposición a que se refiere. Cuando la acusación de inconstitucionalidad se refiere a una ley o decreto que han sido derogados, no hay materia sujeta para el fallo que se solicita. Los juicios en que se discute acerca de la constitucionalidad de actos del Gobierno o del Congreso, son por su naturaleza diferentes a los que se adelantan para que se falle sobre la validez y firmeza de un contrato, así sea o no parte en él la Nación. La validez de los contratos que celebra el Gobierno y la interpretación de los mismos, son objeto, como los contratos entre particulares, de los procedimientos ordinarios establecidos en las leyes. Así, pues, la demanda sobre nulidad de la cláusula de un contrato celebrado entre el Gobierno y un particular no puede involucrarse a la de inexequibilidad propuesta ante la Corte.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, diciembre seis de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán).

Sin base concretamente en alguna o algunas disposiciones constitucionales, el señor Gustavo Valencia solicita de la Corte que declare "la inexequibilidad del artículo 8° del decreto número 314 de 11 de febrero de 1920", y pide asimismo que la Corte decida que es nula y sin valor la cláusula décima del contrato celebrado entre el Gobierno y la Tropical Oil Company consignado en la escritura número 1,321 del 25 de agosto de 1919, de la notaría 3ª de Bogotá.

En el memorial de demanda expone así el actor las razones en que la funda:

"El artículo 1° de la ley 33 de 1915 dice textualmente: 'Hácese extensivo a todas las vías fluviales de la Nación en que se halle establecido o se establezca servicio de navegación, el impuesto fluvial que se cobra en el río Magdalena de conformidad con la ley 32 de 1881.—Parágrafo. Exceptúanse de este impuesto los víveres de producción nacional y los **materiales** destinados a los **hospitales** y **empresas declaradas de utilidad pública**'.

"El artículo 9° de la ley 120 de 1919, dice textualmente: 'Declárase de **utilidad** pública la industria de explotación de **hidrocarburos** y la construcción de oleoductos'.

"Así las cosas, vino el decreto número 314 de 11 de febrero de 1920 (**Diario Oficial** número 17,062 de 14 de febrero de 1920), y tratando de reglamentar la ley dijo: 'Artículo 8°.—En virtud de la declaratoria de utilidad pública, consignada en el artículo 9° de la ley, en favor de la industria de explotación de hidrocarburos y oleoductos y por estar reglamentados en dicha ley los impuestos especiales que gravan los petróleos, las empresas de esta clase y la construcción de oleoductos están libres del pago de derechos fluviales para los materiales destinados a ellas, **como también para los productos que provengan de las explotaciones petrolíferas y que estén gravadas con impuestos de explotación**'.

"Como se ve, el artículo 1° de la ley 33 de 1915, **sólo eximió** del impuesto fluvial los **materiales** destinados a las empresas declaradas de utilidad pública, y como la ley 120 de 1919 en su artículo 9° confirió este carácter a las industrias de explotación de hidrocarburos y construcción de oleoductos, es claro que los materialca destinados a ellas quedaron exentos del pago del impuesto fluvial. Pero en ninguna parte dice la ley **que los productos** que provengan de las explotaciones petrolíferas que estén gravados con el impuesto de explotación **queden exentos del pago de dicho impuesto**...

"La ley 120 de 1919, de lo **único** que eximió a las empresas de petróleo, por sus artículos 35 y 36, fue de los impuestos depar-

tamentales y municipales; es así que el impuesto fluvial, o de canalización, no es departamental, ni municipal, sino **nacional**, luego debe cobrárselos el impuesto. Parece, pues, señores magistrados, de claridad meridiana que las compañías declaradas de utilidad pública están en la obligación de pagar el impuesto fluvial en lo referente a los **productos** que provengan de la explotación, porque de lo que la ley las eximió fue tal (sic) sólo para los **materiales** destinados a ellas, los víveres de producción nacional y los materiales para los hospitales.

"Réstame examinar la cláusula **décima** del contrato celebrado entre el Gobierno Nacional y la Tropical Oil Company consignado en la escritura número 1,321 de 25 de agosto de 1919, pasada por ante el Notario 3º de Bogotá, publicada en el **Diario Oficial** números 18,367 y 18,368 de 3 de julio de 1922, que debidamente autenticados también acompaño a esta demanda, porque como esta entidad es una de las beneficiadas, puede argumentarse que ella está exenta de tal pago, por virtud de este contrato. La referida cláusula dice así: 'El Gobierno se compromete a no gravar con derechos de **exportación** ni otros, el producto que se extraiga en virtud del presente contrato'. Esta cláusula es improcedente, y no tiene valor jurídico alguno..."

Dice en seguida el demandante que cuando se celebró el contrato con el señor De Mares (año de 1905) el Poder Ejecutivo no tenía facultad para eximir del impuesto fluvial al contratista; y que el traspaso del contrato a la Tropical Oil Company (año de 1919) debió sujetarse para su validez a la aprobación del Congreso; de todo lo cual el demandante concluyo que "la tal cláusula es **nula, de nulidad absoluta**, porque el Gobierno extralimitó su poder y sus funciones".

Y más adelante se expresa así el demandante:

"Todo lo expuesto hasta aquí va dicho en el supuesto de que la cláusula **décima** exonerara a la Compañía del pago del impuesto; pero lo que ella reza claramente es que el Gobierno 'no la gravará con derechos de exportación ni otros'. Y como el gobierno ejecutivo **no tenía ni tiene derecho**, ni esa facultad, que es potestativa del Legislativo, el compromiso es inocuo, no tiene fuerza jurídica. Pero como se le ha dado por el decreto, y ese decreto es obligatorio para los empleados recaudadores, es necesario obtener un fallo judicial que así lo declare, y que es el que yo solicito de ese alto Tribunal.....

"La cláusula es ilegal si se la interpreta como exención, y porque el decreto viola flagrantemente la ley y la constitución... Tal decreto ha hecho nulos los derechos del Estado para cobrar el impuesto, y es por tanto indispensable que venga un fallo judicial que disponga que tal cláusula no tiene valor, y que el decreto no prima sobre la ley porque ello constituye una usurpación de funciones, desde luego que propasó la ley..."

"... es necesario establecer las acciones legales correspondientes para que una sentencia judicial disponga, como en efecto lo solicito, que tanto el decreto 314 como la cláusula **décima** del contrato de la Tropical Oil Company con el Gobierno nacional, no tienen aplicación..."

Las transcripciones anteriores de la demanda contienen las partes principales de ella, la cual, esencialmente, se reduce a pedirlo a la Corte que declare inexequible, por inconstitucional, el artículo 8º del decreto número 314 de 1920, y nula la cláusula décima del contrato ya citado entre el Gobierno y la Tropical Oil Company.

Dice el señor Procurador, refiriéndose al primer punto, que en su concepto la acción intentada es improcedente y que por lo mismo no debe prosperar, porque el demandante funda su acusación en que el decreto 314 de 1920 **"violó la ley"**, es decir, que es ilegal, y la acción consagrada en el artículo 41 del Acto Legislativo número 3 de 1910 es, por razón de inconstitucionalidad, no de ilegalidad, de los actos acusados. Y agrega el señor Procurador que aunque es verdad que hay casos en que la ilegalidad de un decreto puede dar base a una acusación por inconstitucionalidad, ello no ocurre sino cuando hay extralimitación al reglamentar la ley; pero que en tal caso la demanda debe expresar claramente cuál es el precepto constitucional que violó el decreto acusado, pues si entrara a estudiar si el decreto viola una disposición constitucional "a la cual se suponga se refiere la acusación, vendría el juzgador a hacer y completar la demanda, lo cual es inaceptable, pues los fallos deben limitarse a lo demandado y únicamente a ello".

El demandante señor Valencia no cita, evidentemente, como lo anota el señor Procurador, la disposición o disposiciones constitucionales que él considera violadas por el artículo 8º del decreto 314 de 1920, en cuanto por éste se exime a las empresas de explotación de petróleos y de construcción de oleoductos del pago del impuesto fluvial para los productos provenientes de sus explotaciones. El demandante le dice a la Corte,

en términos poco técnicos por lo que mira a la acción de inconstitucionalidad, lo siguiente: el artículo 8º del decreto 314 de 1920 es inexequible y debe declararse sin valor porque extralimitó la facultad que el Poder Ejecutivo tenía para reglamentar el artículo 9º de la ley 120 de 1919, concediéndoles a las empresas de explotación de hidrocarburos y de construcción de oleoductos, en el concepto de ser de utilidad pública, una exención de derechos fluviales no autorizada por el artículo 1º de la ley 33 de 1915, en relación con el artículo 9º de la ley 120 de 1919. En parte alguna el demandante indica a la Corte cuál o cuáles son las disposiciones constitucionales violadas por el decreto acusado.

La extralimitación de las leyes por actos del Poder Ejecutivo puede implicar una violación de textos del estatuto constitucional; y posiblemente el propósito del demandante fue el de presentar a la Corte esa violación constitucional para que esta entidad así lo declarase, y también como consecuencia, la inexequibilidad del mencionado decreto.

Sin embargo, no es suficiente afirmar que con una extralimitación de la ley, ha violado el Ejecutivo la Constitución Nacional, porque el juzgador, la Corte, no podría conocer el pensamiento del demandante en cuanto él considerase transgredido un determinado precepto del estatuto constitucional. El fallo de la Corte tiene que recaer concretamente sobre un conflicto u oposición de un acto del Gobierno (un decreto) o del Congreso (una ley) con determinada norma o principio constitucional; el quebranto de éstos por consecuencia del acto ejecutivo o legislativo ha de ser el fundamento del fallo de la Corte.

Esta regla general no se contraría cuando el demandante ha presentado su acusación sin señalar expresamente el texto constitucional violado, pero en cambio sí ha definido de modo concreto el caso de infracción, aunque sin expresar el número que en el Estatuto le corresponde a la disposición en que se refiere. El señor Valencia le ha dicho a la Corte que acusa el artículo 8º del decreto 314 de 1920, porque con él se extralimitó la facultad que el Poder Ejecutivo tenía de reglamentar el artículo 1º de la ley 33 de 1915, en relación con el 9º de la ley 120 de 1919. La extralimitación del Poder Ejecutivo al reglamentar las leyes implica el ejercicio impropio de la potestad que al Presidente de la República le otorga el artículo 120 de la Constitución, numeral 3º, que reza:

"Artículo 120. Corresponde al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa:... 3º Ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarias para la cumplida ejecución de las leyes".

El demandante no dice simplemente que con el decreto 314 de 1920, artículo 8º, se ha violado la Constitución, lo que sería insuficiente desde todo punto de vista para fundar la demanda; ha dicho, en cambio, que el artículo 8º del decreto 314 contraría la constitución, porque al expedirlo el Poder Ejecutivo extralimitó la ley que reglamenta y así incurrió también en extralimitación de sus facultades. En apoyo de su aserto le recuerda a la Corte el demandante lo que ésta dijo en una providencia: "El Gobierno al ejercer la potestad reglamentaria de la ley, no se convierte en legislador; él no puede variar en lo mínimo lo que pudiera llamarse la sustancia de la voluntad del legislador consignada en la ley; y lo que le está encomendado es la reglamentación, dejando intacta la esencia y el espíritu de la disposición que reglamenta" (auto de 2 de noviembre de 1916, XXVI 35-3º).

Claramente se ve, por la forma como plantea el actor este punto de la demanda, por las razones que aduce, que él se refiere al uso inadecuado por el Gobierno de la potestad reglamentaria, o sea a la violación del numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional. Afirmado por el señor Valencia su concepto de que hubo violación constitucional al expedirse un decreto que considera extralimitado en relación con la ley, y que la violación constitucional resulta de la propia extralimitación, por carecer de poder el Gobierno para extenderse más allá del límite de la ley, está también afirmado por él su parecer de que la constitución se violó en el precepto que otorga al Poder Ejecutivo la potestad reglamentaria.

Estas razones obligan a la Corte a estimar que no es el caso de desechar la demanda, como lo solicita el señor Procurador, por no haberse señalado en ella la disposición constitucional violada al expedirse el decreto 314 de 1920, artículo 8º, ya que sí se indicó concretamente el caso de infracción constitucional. Y que ha sido preciso el señalamiento lo demuestra la consideración de que al decirse que el decreto extralimitó la ley y que consecuencialmente se violó un precepto constitucional que prescribe no extralimitarse al dictar los decretos reglamentarios, implícitamente se señaló una disposición inconfundible con otra u otras del estatuto constitucional.

Es procedente ante todo indagar lo atañedero a la vigencia de la disposición acusada para deducir, de lo que al respecto se establezca, si cabe o no estudiar el fondo mismo en razón de haber o no materia sujeta del fallo.

El artículo 8º en mención hace parte del decreto 314 de 1920, expedido, como su título lo expresa, "en desarrollo de la ley 120 de 1919, sobre yacimientos o depósitos de hidrocarburos", y los 14 artículos que lo forman tienen por objeto reglamentar varias disposiciones de la ley a que se refiere. Una de éstas es la concerniente a la declaratoria de utilidad pública en favor de las explotaciones petrolíferas, consignada en el artículo 9º de la ley 120 citada y que dice:

"Artículo 9º, ley 120 de 1919.—Declárase de utilidad pública la industria de explotación de hidrocarburos y la construcción de oleoductos".

Al reglamentarse esta disposición, en el decreto 314 se estableció:

"Artículo 8º, decreto 314 de 1920.—En virtud de la declaratoria de utilidad pública, consignada en el artículo 9º de la ley, en favor de la industria de explotación de hidrocarburos y de oleoductos, y por estar reglamentados en dicha ley los impuestos especiales que gravan los petróleos, las empresas de esta clase y la construcción de oleoductos están libres del pago de derechos fluviales para los materiales destinados a ellas, como también para los productos que provengan de las explotaciones petrolíferas y que estén gravados con impuesto de explotación".

Una de las consecuencias que el decreto 314 deriva de la declaratoria de utilidad pública es la exención del impuesto fluvial en favor de la industria de explotación de hidrocarburos y oleoductos. Tal exención, establecida en el decreto, habría de regir en todo el tiempo en que el artículo reglamentario estuviese en vigor y la vigencia de éste dependía, lo mismo que la de todas las disposiciones reglamentarias de los decretos ejecutivos, de su no derogación, expresa o tácita, por abrogación formal del texto o por expedirse posteriormente una disposición reglamentaria de la misma materia, o también por haber sido derogada la disposición de la ley a que el decreto se refería. En esta última hipótesis sería clara la derogación del precepto reglamentario, ya que es natural que él quede inexistente al propio tiempo en que deja de regir la ley que le sirve de base, de la cual es apenas una derivación o desarrollo.

En el caso de autos, la exención del impuesto fluvial estuvo autorizada por la ley 120 de 1919, artículo 9º, hasta cuando entró en vigencia la ley 37 de 1931, la cual, en su artículo 55, dijo:

"Artículo 55, ley 37 de 1931. - Quedan derogadas las disposiciones anteriores a la presente ley, que regula íntegramente la materia, y seguirán rigiendo, además de los numerales citados en el artículo 52, el artículo 41 de la ley 120 de 1919, el artículo 17 de la ley 14 de 1923, la ley 4ª de 1921, la ley 13 de 1922 y todas aquellas disposiciones que de modo especial hayan hecho declaración de dominio o de reserva de dominio de la Nación sobre el petróleo, en lo referente a dicha declaración".

El único artículo de la ley 120 de 1919 que dejó vigente la ley 37 de 1931 fue el artículo 41, que se refería a la validez de ciertos contratos sobre explotación de yacimientos petrolíferos.

El artículo 9º, que declaraba de utilidad pública la industria de explotación de petróleos y oleoductos, desapareció, pues, al entrar en vigencia la ley 37 de 1931.

Esta ley, que es la que rige actualmente, consagró la declaración de utilidad pública en favor de la industria y la exención del impuesto fluvial. Los textos respectivos son del siguiente tenor:

"Artículo 3º, ley 37 de 1931.—Declárase de utilidad pública la industria del petróleo en sus ramos de exploración, explotación, refinación, transporte y distribución. Por tanto, podrán decretarse por el Ministerio del ramo, a petición de parte legítimamente interesada, las expropiaciones necesarias para el ejercicio y desarrollo de tal industria..."

"Artículo 13, ibídem.—La exploración y explotación del petróleo que se obtenga, sus derivados y su transporte, las maquinarias y demás elementos que se necesitaren para su beneficio y para la construcción y conservación de refinerías y oleoductos, quedan exentos de toda clase de impuestos departamentales y municipales, directos e indirectos, lo mismo que del impuesto fluvial..."

La ley 37 de 1931 entró en vigencia el 10 de mayo de 1931, y el 21 de julio de ese año se expidió el decreto número 1.270, reglamentario de ella. Los artículos 2º, 3º, 4º y 5º se refieren al procedimiento para obtener la declaración de utilidad pública y el artículo 31 trata del modo como se alcanza la exención del impuesto fluvial. Está, pues, regulada toda la materia por obra de la ley 37 de 1931 y de su decreto reglamentario.

Cuando se presentó la demanda de que se ocupa la Corte, o sea el 22 de febrero de

1935, hacía varios años que habían quedado inexistentes la legislación sobre hidrocarburos y los decretos reglamentarios, entre ellos el 314 de 1920, a que la acusación se refiere.

No hay, por tanto, materia sujeta al fallo que se solicita, en lo tocante a las cuestiones sobre inconstitucionalidad propuestas por el demandante.

Resta analizar el segundo pedimento de la demanda, encaminado a que se declare nula la cláusula décima del contrato celebrado entre el Gobierno Nacional y la Tropical Oil Company, consignado en la escritura número 1,321 de 1919, de la Notaría 3ª de Bogotá.

Esa cláusula dice:

"El Gobierno se compromete a no gravar con derechos de exportación ni otros, el producto que se extraiga en virtud del presente contrato".

Como muy bien lo observa el señor Procurador, la acción intentada en este punto por el demandante no puede involucrarse a la principal propuesta por él sobre inexequibilidad del artículo 8º del decreto 314 de 1920.

La cláusula mencionada hace parte de un contrato bilateral que no puede discutirse en una acción especial y extraordinaria de la Corte adelantada en armonía con el artículo 41 del Acto Legislativo número 3 de 1910, y sin oír en el juicio al contratista, cuyos derechos pudieran afectarse como consecuencia del fallo.

Los juicios en que se discute acerca de la constitucionalidad de actos del Gobierno o del Congreso, son por su naturaleza diferentes a los que se adelantan para que se falle sobre la validez y firmeza de un contrato, así sea o nó parte en él la Nación. La validez de los contratos que celebra el Gobierno, y la interpretación de los mismos, son objeto, como los contratos entre particulares, de los procedimientos ordinarios establecidos en las leyes.

Por estas razones es improcedente y debe negarse la solicitud a que se refiere este punto de la demanda.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en ejercicio de la función constitucional que le otorga el artículo 41 del Acto Legislativo número 3 de 1910, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y oído el señor Procurador General de la Nación, decide que no es el caso de hacer las declaraciones solicitadas en la demanda.

Notifíquese, cópiese, publíquese, comuníquese al señor Ministro de Gobierno e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Ricardo Hinestrosa Daza, Aníbal Cardoso Gaitán, Liborio Escallón, Pedro A. Gómez Naranjo, Salvador Iglesias, José Antonio Montalvo, Miguel Moreno J., J. F. Mújica, Antonio Rocha, Pedro Alejo Rodríguez, Eleuterio Serna R., Eduardo Zuleta Angel.—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado Dr. José A. Montalvo.

Con el natural temor de no ser yo quien esté en lo cierto respecto de la tesis que he sostenido, cumplo con el deber de consignar por escrito las razones que me han puesto en el penoso caso de disentir de la mayoría de la Corte.

Ha sido acusado como inexequible el artículo 8º del decreto número 314 de 1920, en cuanto declara eximidas del pago de impuestos o "derechos fluviales" a las empresas de petróleo, para los productos que provengan de las explotaciones. La mayoría de la Corte ha considerado que esta disposición, como las demás referentes a cuestión de petróleos, quedó insubsistente al expedirse la ley 37 de 1931, que en su artículo 55 dice: "Quedan derogadas las disposiciones anteriores a la presente ley, que regula íntegramente la materia..."; y que la insubsistencia de la disposición acusada inhibe a la Corte para fallar sobre la demanda de inexequibilidad, por carencia de materia.

Yo, a pesar de que la mayoría de la Corte acepta esa tesis, me atrevo a opinar que, aun considerando insubsistente la disposición acusada de inconstitucionalidad, debe decidirse si es exequible o inexequible. Como la Corte no entró a examinar en la sentencia precedente el fondo del problema, o sea, si el artículo 8º del decreto 314 de 1920 es exequible o inexequible, creo improcedente consignar mi opinión al respecto y los motivos en que se funda. El salvamento y la argumentación enderezada a sustentarlo no se refieren sino a la inhibitoria de la Corte.

Mi opinión personal sobre el punto político o administrativo tratado en el artículo 8º del decreto, es favorable a la exención de impuestos, por tratarse de industria que su-

pone cuantiosas y arriesgadas inversiones de capital. Pero esa opinión nada tiene que ver con el punto exclusivamente jurídico que ha debido constituír la materia del fallo.

En relación con las demandas de inexequibilidad y la insubsistencia del acto demandado o acusado, pueden ocurrir estos casos:

1º—Que durante su vigencia se presente demanda de acusación contra él y alcance a fallar la Corte estando todavía vigente el acto acusado;

2º—Que la demanda se presente durante la vigencia del acto, pero que éste haya quedado insubsistente (por cualquier causa) antes de que la Corte falle;

3º—Que la demanda se presente cuando la disposición acusada de inexequibilidad no esté rigiendo ya.

Para los dos últimos casos propuestos parece que la Corte ha creído que debe inhibirse de fallar; y que sólo ha estimado que existe materia para el fallo cuando al tiempo de dictarlo esté aún vigente la ley o el decreto acusados.

Me atrevo a pensar que en cualquiera de los tres casos o hipótesis puede haber materia para el fallo de inexequibilidad, pues aun ya insubsistente una ley puede seguir produciendo efectos o rigiendo hechos jurídicos que sean efectos de otros, causados o cumplidos durante la vigencia de la ley.

Reconozco, sin embargo, que la Corte ha sido consecuente, al proferir este fallo, con la teoría sustentada desde hace años.

Consta, por ejemplo, que el doctor Francisco Samper Madrid demandó la inexequibilidad de varias disposiciones, entre ellas el artículo 34 de la ley 30 de 1888. Estando en curso la demanda se expidió la ley 54 de 1924, que derogó el artículo acusado; y la Corte, por fallo proferido el 28 de octubre de 1925 (GACETA JUDICIAL números 1,653 y 1,654) declaró que carecía de materia para resolver sobre la inexequibilidad del precitado artículo 34 por haber sido derogado.

Como se trata de una acción pública, por el interés público de la integridad de la constitución, no podría aplicarse el principio de Derecho Privado sobre la situación jurídica fijada por la presentación de la demanda o por la **litis contestatio**: de admitirse que la Corte puede pronunciarse sobre inexequibilidad de una ley extinguida en el caso de haberse presentado la acusación contra ella cuando estaba todavía vigente, es preciso admitir que puede pronunciarse fallo aun en el caso de que la ley acusada haya dejado de regir.

Podría acontecer, por ejemplo, que un gobierno dictase un decreto abiertamente inconstitucional; que obrando en virtud de tal decreto ejecutase un hecho antijurídico de grande importancia; y que una vez cumplido este hecho —que era el fin para el cual se había dictado el decreto inconstitucional—, se derogue el decreto, cuando haya servido ya al objeto propuesto, cuando haya surtido su efecto, pero antes de que contra él se alcance a presentar la demanda de inexequibilidad.

Como en Colombia los decretos tienen formalmente fuerza de leyes (art. 12, ley 153 de 1887), mientras ese decreto no sea declarado inexequible, hay que acatarlo, cualesquiera que sean sus vicios; por consiguiente, el acto producido por dicho decreto permanecerá vivo y seguirá produciendo efectos que las autoridades no podrán desconocer y quizá ni invalidar: tal situación antijurídica perdurará si la Corte insiste en que debe abstenerse de fallar acerca de la inexequibilidad del decreto por haber sido derogado.

Parece inútil insistir sobre cuán grave sería esa consecuencia de la teoría de la Corte.

En la cuestión que se presentaba a la Corte para su fallo ocurre una circunstancia que no es posible dejar inadvertida.

El artículo 8º del decreto 314 de 1920, que es la disposición acusada como inexequible, dice que las empresas de petróleo "están libres del pago de derechos fluviales para los materiales destinados a ellas, como también para los productos que provengan de las explotaciones petrolíferas".

Y el artículo 13 de la ley 37 de 1931, ley que vino a reglamentar íntegramente la materia, dice: "... el petróleo que se obtenga, sus derivados y su transporte... quedan exentos... del impuesto fluvial".

De manera que aun cuando la ley del petróleo (37 de 1931) haya declarado insubsistentes todas las disposiciones sobre la materia anteriores a ella, en este punto de exención de impuesto fluvial consagró lo mismo que sobre el particular había dispueto el decreto ejecutivo acusado.

Sin entrar en el examen de las diferentes formas de abrogación de una ley, creo pertinente anotar que alguna diferencia debe admitir la Corte, para decidir sobre exequibilidad de leyes o para inhibirse de hacerlo, entre una ley expresamente derogada, una ley cuya vigencia haya caducado, y una ley **reemplazada** por otra que **repite** el mismo precepto de la anterior. El caso de que

me ocupo es el de **repetición** del texto sustituído.

Es claro que la demanda de inexequibilidad se refiere a la época de vigencia del decreto (1920-1931); el decreto fue sustituído por la ley, pero ésta no tiene efecto retroactivo, luego los hechos cumplidos antes de la ley 37 de 1931 y estando en vigencia el decreto 314 de 1920 deben regirse por este decreto. Y si deben regirse por este decreto, quiere decir que no va contra la realidad jurídica, sino que está de acuerdo con ella examinar si el decreto es exequible o si va contra principios consagrados por la constitución.

Para la mayoría de la Corte, **exequible** significa lo que puede pasar o correr; e inexequible aquello que no puede seguir corriendo o pasando; "que se puede conseguir o llevar a efecto" dice el Diccionario de la Academia. De donde deduce que como una disposición abrogada no ha de seguir rigiendo, o corriendo, no es razonable o procedente declararla exequible o inexequible, puesto que la abrogación se ha encargado de impedir que siga, corra o pase en lo sucesivo como ley.

Por mi parte, no veo el contrasentido filosófico que mis respetados colegas encuentran, porque así como el principio de la soberanía territorial no obsta para admitir que la ley aplicable en determinado caso sea una ley extranjera, porque ello no es aplicar en un Estado la ley de otro Estado, sino aplicar a un hecho jurídico su ley propia, la que le corresponde; de modo parecido, al declarar exequible o inexequible una ley extinguida no quiere ello decir que se haga tal declaración con vista al pasado o al futuro, sino que se decide que la ley es exequible o inexequible respecto de los hechos jurídicos ocurridos bajo su vigencia.

No discuto que exequible sea aquello que deba o pueda seguir corriendo u obrando, e inexequible, lo contrario.

Pero insisto en que la idea de exequibilidad no implica el futuro con relación al momento presente.

Si se declara inexequible una ley vigente hoy, ello significa que no seguirá aplicándose a los hechos jurídicos cumplidos bajo su imperio ni a los hechos que en adelante hayan de ocurrir.

Y si se declara inexequible una ley extinguida, ello significa que no seguirá aplicándose en el futuro a los hechos jurídicos que bajo su aparente vigencia se cumplieron.

La integridad de la Constitución **sufrirá** mengua si de hoy en adelante sigue rigiendo una ley o un decreto inexequible; pero **sufrió** ya esa mengua si la ley o el decreto rigieron por algún tiempo. Y el hecho de que haya cesado la vigencia no purifica de la inexequibilidad el artículo de ley o decreto violatorio de la constitución.

La declaración de inexequibilidad de una ley insubsistente podrá o no surtir efectos prácticos; la efectividad de su fallo no le compete a la Corte como guardián de la constitución: el proceso de inexequibilidad no se mueve por intereses privados ni por miras de carácter patrimonial sino por el interés de orden público de que la Corte defina la cuestión de Derecho Público de si el acto acusado va o no contra la constitución.

Supóngase aceptada la tesis de que el artículo 8º del decreto 314 de 1920 es inexequible.

Esto querría decir que tal disposición, aunque en su aspecto formal existió, nunca fue, material o esencialmente considerada, una norma jurídica.

Y sin embargo, la inhibitoria de la Corte para declararla inexequible, permite que corran o sigan vigentes los efectos de ese acto.

No puede oponerse a esto el argumento de que si al tratar de hacerse efectivo el impuesto pretenden los contribuyentes eximirse del pago invocando al efecto el artículo 8º del decreto 314 de 1920 acusado, el juez ante quien haya de surtirse la controversia, si encuentra oposición entre el decreto y la constitución, aplicará de preferencia ésta, como lo manda el artículo 40 del Acto Legislativo número 3 de 1910. Y no es aceptable la tesis, porque el juez debe aplicar de preferencia las disposiciones constitucionales cuando halle incompatibilidad entre ellas y la ley; pero tal incompatibilidad debe presentarse entre el contenido de la ley y el de la constitución, debe ser sustantiva o material. El juez no podría, por ejemplo, descalificar y negarse a aplicar una ley por adolecer de falta de requisitos en su expedición, a pesar de que el Título VII de la constitución (arts. 79-93) regula el modo de expedir las leyes. Ni se me ocurre cómo podría un juez decir que no aplica determinada ley porque el congreso haya excedido sus poderes para estatuír sobre la materia de que ella trata.

Cabalmente es ése el punto que la Corte a quien el constituyente "confía la guarda de la integridad de la constitución", tiene que decidir.

Las leyes o los decretos pueden ser inconstitucionales:

a)—Porque el legislador o el gobierno se hayan excedido, al expedirlos, de los poderes que la constitución les da;

b)—O porque, aun obrando sobre una materia de su incumbencia, hayan dictado disposiciones que estén en pugna con otra u otras de la constitución.

En esta segunda hipótesis habrá la clásica incompatibilidad entre la constitución y la ley; pero en la primera habrá algo diferente de la simple incompatiblidad: habrá un "exceso de poder" por parte del legislador o del gobierno respecto de la atribución constitucional.

Sobre el segundo punto no podrá pronunciarse el juez, aunque sobre el primero sí.

Pero como en el caso de que hoy se trata el problema es precisamente el de una extralimitación de funciones por parte del Poder Ejecutivo, el juez que haya de fallar un pleito sobre el cobro del impuesto fluvial, aún pensando que el decreto esté **fuéra** de la constitución no podrá decir que está **contra** ella, porque la Constitución no prohibe, en general, reformar las reglas sobre tributos.

La Corte considera que no tiene materia sobre la cual fallar, por haber quedado abrogado el artículo 8º del decreto 314 de 1920; pero los eximidos del impuesto por aquel decreto sí lo invocarán en su favor, por lo que hace a la época en que rigió, y alegarán al respecto que no hay fallo de la Corte que lo declare inexequible.

De esta manera la inhibición de la Corte para resolver equivale prácticamente a un fallo tácito en el sentido de que el artículo del decreto es exequible.

Estoy de acuerdo con la mayoría de la Corte en cuanto ella considera improcedente la demanda de nulidad de la cláusula décima del contrato celebrado entre el Gobierno y la Tropical, porque ese asunto es de competencia de la justicia ordinaria y, como muy bien lo dice la sentencia, la acción de nulidad de un contrato no puede involucrarse a la acción sobre inexequibilidad de un decreto.

Pero tengo la pena de separarme de la decisión de la Corte en cuanto ella se abstiene de fallar sobre la exequibilidad o inexequibilidad del artículo 8º del decreto 314 de 1920, porque creo que la Corte ha debido decidir sobre el fondo de la cuestión propuesta.

José Antonio Montalvo

SALVAMENTO DE VOTO

Soy partidario de que la Corte —lo mismo en su función de casación que al ejercitar su función constitucional sobre inexequibilidad de leyes y decretos— no eluda la resolución de los problemas de fondo sino cuando verdaderamente exista un obstáculo legal insuperable para ello.

Y en mi sentir, el hecho de no estar vigente la disposición acusada no constituye un obstáculo para que la Corte se pronuncie acerca de su constitucionalidad, por las siguientes razones:

1ª—Las decisiones de la Corte sobre inconstitucionalidad no pueden asimilarse a una derogatoria de la disposición acusada, sino a una declaratoria de nulidad absoluta que es procedente y necesaria cuandoquiera que la ley o el decreto acusados han producido efectos, y sobre todo, cuando, como en el caso presente, los siguen produciendo —y por cierto muy trascendentales— en el momento en que la Corte debe resolver sobre su constitucionalidad.

2ª—La finalidad del artículo 41 del Acto Legislativo número 3 de 1910 no fue ni pudo ser otra que la de hacer verdaderamente efectivo y eficaz en la práctica el principio jurídico de que no son obligatorias las disposiciones legales o gubernamentales contrarias a la Constitución, y me parece clara que la tesis de la mayoría de la Sala conduce a desconocer este principio puesto que, como se ve muy claramente en el caso presente, la disposición acusada, a pesar de su inconstitucionalidad manifiesta, sigue cumpliendo sus efectos como si realmente fuera obligatoria.

3ª—Cuando la Corte decide acerca de la inconstitucionalidad de una disposición, en realidad no hace otra cosa que declarar que el funcionario o entidad que la dictó extralimitó su poder constitucional, y no se ve por qué esta declaración no pueda hacerse con respecto a disposiciones que han dejado de regir, especialmente en casos como el presente, en que la derogatoria o el reemplazo de la disposición acusada no han restablecido el imperio constitucional, pues sigue subsistiendo el hecho de que no se ha pagado un impuesto del cual no podía el gobierno eximir a las compañías productoras de petróleo.

Por estas razones, así como por las contenidas en el luminoso salvamento de voto del distinguido colega el doctor Montalvo, me aparto con mucha pena de la opinión de la mayoría de la Sala.

Eduardo Zuleta Angel

SALA DE CASACION CIVIL

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR TERMINACION EXTRAORDINARIA DE UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO EFECTUADO POR DOCUMENTO PRIVADO

Sienta la corte estos principios: 1º Habiéndose extinguido el derecho del arrendador, por hecho suyo consistente en haber vendido la cosa arrendada, tiene aquél la obligación abstracta de indemnizar al arrendatario, porque el comprador no está obligado a respetar el arrendamiento celebrado por documento privado.—2º La Corte no puede sostener en absoluto que, por falta de prueba, deba negarse la existencia de perjuicios, sin remitir a las partes a otro juicio, como lo estableció en 1924; ni que la existencia de perjuicios no se presuma en ningún caso, como lo afirmó en 1925. 3º Al mantener la Corte sus doctrinas de los años 1888, 1892, 1895 del siglo pasado, y de los años 1917, 1918 y 1920 del presente siglo, comprende que el cambio de legislación procesal, efectuado por la ley 105 de 1931, impone ciertas mudanzas en aquellas doctrinas. 4º Debe condenarse en abstracto o IN GENERE, cuandoquiera que la ley y los autos dan base para admitir que existe, en principio, la obligación de indemnizar. 5º No mediando estipulación de pena, es claro que si no hay perjuicios no puede haber indemnización. Sería un enriquecimiento sin causa.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, cinco de julio de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo)

Por documento privado de fecha veinte (20) de enero de mil novecientos veintitrés (1923), celebraron Lázaro Espejo, como arrendador, y Rafael P. Moreno R., como arrendatario, un contrato de arrendamiento en virtud del cual el primero concedió al segundo, por el término de diez años, el goce de un potrero situado en el corregimiento de "Mamatoco", distrito de Santa Marta. Quedaron incluídos en el contrato "la casa de habitación compuesta de dos piezas, y, dos cuartos al patio, la casa y el motor con su correspondiente aparato elevador de agua, todo en perfecto estado de servicio". El precio mensual del arrendamiento fue fijado en quince pesos ($ 15.00) oro legal.

Por escritura número doscientos setenta y cuatro (274), de treinta (30) de abril de mil novecientos veintisiete (1927), otorgada en la notaría segunda del circuito de Santa Marta, Lázaro Espejo vendió a Paúl Dreyer los bienes que fueron objeto del contrato de arrendamiento mencionado.

Esta escritura de compraventa fue registrada en Santa Marta el nueve (9) de mayo de mil novecientos veintisiete (1927).

Dueño Paúl Dreyer de estos bienes, y no obligado a respetar el arriendo a causa de que tal contrato no fue celebrado por escritura pública, demandó a Rafael P. Moreno R. ante el juez primero del circuito de Santa Marta, para que de acuerdo con el artículo 10 de la ley 46 de 1903, se pusiera al demandante en la "tenencia o posesión judicial" de los inmuebles "que ocupa el demandado por razón de un contrato de arrendamiento que a la fecha ha terminado".

Por auto de fecha dos (2) de junio de mil novecientos veintisiete (1927), el señor juez segundo del circuito de Santa Marta ordenó a Moreno R. que entregara a Dreyer, dentro del término de quince (15) días, los inmuebles de que se ha hecho mención.

El trece (13) de julio de mil novecientos veintisiete (1927), el señor juez segundo decretó el lanzamiento "con arreglo al artículo 12 de la ley 57 de 1905", y comisionó al señor comandante de la policía para que dentro de tres (3) días lo efectuara, sin dar lugar a demora o a recurso alguno.

Moreno R. salió, no dice el expediente en qué fecha, de las tierras que fueron objeto del arrendamiento.

El once (11) de agosto de mil novecientos veintisiete (1927) demandó Rafael P. Moreno R. a Lázaro Espejo, ante el juzgado del circuito de Santa Marta, para que, mediante los trámites de un juicio ordinario, y por sentencia definitiva, fuera éste condenado a pagar a aquél "la suma de diez y seis mil pesos ($ 16,000.00) oro legal, o la que se fije por peritos en la secuela de este juicio, en concepto de indemnización de perjuicios, por haber expirado el contrato de

arrendamiento de unos bienes raíces que yo poseía como arrendatario por venta que de ellos hizo el presunto demandado, de quien los había recibido a virtud de contrato de arrendamiento por documento privado".

Fueron éstos los hechos fundamentales de la demanda:

Primero.—Que Espejo dio en arrendamiento a Moreno R. varios bienes.

Segundo.—Que Espejo vendió a Dreyer esos mismos bienes cuando faltaban seis (6) años para vencerse el arrendamiento, y que este contrato expiró por causa de tal venta.

Tercero.—Que Moreno R. fue condenado por auto judicial a entregar a Dreyer los bienes aludidos, de los cuales salió aquél lanzado.

Cuarto.—Que Moreno R. se vio obligado a sacar de la finca que tenía recibida en arrendamiento, a consecuencia de la venta hecha a Dreyer y del juicio intentado por éste, los semovientes que en seguida se enumeran:

26 vacas paridas, lecheras escogidas;
9 vacas escoteras;
11 reses menores;
1 toro padre;
2 caballos, y
1 burro.
Total, 50 semovientes.

Quinto.—Que las veintiséis vacas lecheras producían a Moreno R. un promedio de ciento cuarenta botellas de leche por día y que cada una de esas botellas tenía el valor de diez centavos ($ 0.10).

Sexto.—Que como consecuencia de haber trasladado Moreno R. sus animales de un potrero a otro, obligado por la demanda de Dreyer, está sufriendo una pérdida diaria de setenta botellas de leche, a razón de diez centavos ($ 0.10) la botella.

Séptimo.—Que en las tierras arrendadas había levantado Moreno R., con sus recursos, diez hectáreas de yerba de guinea, para alimentar los semovientes que en ellos mantenía, amparado por el contrato de arrendamiento dicho.

Se hace un paréntesis para recordar que según el contrato de arrendamiento, Moreno R. se obligó "a mantener en buen estado las cercas y las casas, a hacer en el potrero las mejoras que creyere necesarias y convenientes para su sostenimiento, a sembrar pasto artificial en las divisiones del potrero donde no exista, a entregar en buen estado el motor, el aparato elevador de agua y demás utensilios pertenecientes al motor".

Por medio de apoderado contestó Espejo la demanda de Moreno R., en memorial de cinco (5) de febrero de mil novecientos treinta (1930). En esta contestación negó el apoderado todos los hechos y negó también el derecho invocado por el demandante. Además, propuso como excepciones la nulidad e invalidez del documento; la nulidad e ineficacia de la diligencia en que el demandado reconoció ese documento, y la inexistencia de la obligación de pagar perjuicios.

Por sentencia fechada el diez (10) de abril de mil novecientos treinta y uno (1931), el señor juez primero del circuito de Santa Marta absolvió a Lázaro Espejo de los cargos de la demanda.

Dice el juez que no se comprobó "la identidad del predio arrendado con el de que fue desposeído Moreno", y, que, "en conclusión, no aparece probado en autos que Espejo vendió la cosa arrendada porque ésta no se ha determinado".

Aunque, en concepto del señor juez, ante la falta de identidad de los predios "parece innecesario estimar los perjuicios", dicho funcionario procedió a ello por haber sido ese punto fundamental en el debate, y concluyó diciendo que "tampoco se ha probado que Moreno sufrió perjuicios por habérsele obligado a sacar las vacas del potrero donde las tenía, ni el valor de estos perjuicios".

El tribunal superior de Santa Marta confirmó el once (11) de abril de mil novecientos treinta y cuatro (1934) la sentencia proferida por el señor juez del circuito.

¿"Está demostrada", se pregunta el tribunal, "la obligación del arrendador de pagar perjuicios"?

Y él mismo se contesta:

"Así se deduce, en principio, del quebrantamiento del contrato de arriendo por Espejo, terminándolo antes de cumplirse el plazo de su duración. También se infiere esa obligación de indemnizar, en tesis general, de la actuación judicial que dio por resultado el que el demandante tuviera que entregar a Dreyer, por no estar éste obligado a respetar el arrendamiento, el potrero que fue objeto del contrato entre Moreno y Espejo. Respaldan esta opinión, visto el pleito por esta faz, los artículos 2,019, 2,020 y 1,613 del Código Civil. Y los testigos Esquea, Granados Vives, Blanco, etc., atrás citados, deponen sobre la efectividad de los perjuicios reclamados por el actor".

A pesar de lo expuesto, el tribunal confirma la sentencia de primera instancia, porque "resumiendo lo dicho, que versa, en par-

te, sobre el excesivo número de animales que el arrendatario puso a pastar en el potrero, y en parte, sobre los defectos de que adolecen los dictámenes de los peritos, se saca en conclusión, en primer lugar, que Espejo tenía el derecho de hacer cesar inmediatamente el arriendo, puesto que contemplaba el caso grave de la deterioración de su fundo, por mal uso de él, conforme lo autoriza el artículo 2,037 del código civil; y en segundo lugar, que no es estimable legalmente el peritazgo, porque, sobre no aparecer fundado, razonado, los peritos no evacuaron en la forma mandada por la ley, esto es, no practicaron la diligencia juntos, ni se ciñeron a lo prescrito en el artículo 656 del código judicial abolido, bajo cuyo imperio ellos actuaron".

"Pero aún suponiendo que la culpa de Espejo estuviese probada en los autos, y que él no tuviera el derecho de terminar el arriendo como lo hizo, queda en pie, sin embargo, el hecho de que los perjuicios que se reclaman no aparecen de las pruebas traídas al litigio..."

Moreno R. interpuso recurso de casación contra el fallo del tribunal, y su apoderado alegó contra ese fallo, en demanda de seis (6) de octubre de mil novecientos treinta y cuatro (1934), dos causales:

a)—La de ser violatorio de la ley sustantiva por infracción directa de los artículos 2,019 y 2,020, 1,612 y 1,613 del código civil, y

b)—La de ser violatorio de la ley sustantiva, por falta de apreciación de las pruebas aducidas en el juicio.

Como la corte encuentra fundada la causal que tiene como apoyo el artículo 2,019 del código civil, a ella se concreta y no considera las restantes (art. 538 del C. J.).

El citado precepto dice así:

"2,019.—Extinguiéndose el derecho del arrendador por hecho o culpa suyos, como cuando vende la cosa arrendada de que es dueño, o siendo usufructuario de ella hace cesión del usufructo al propietario, o pierde la propiedad por no haber pagado el precio de venta, será obligado a indemnizar al arrendatario en todos los casos en que la persona que le sucede en el derecho, no está obligada a respetar el arriendo".

Habiéndose extinguido el derecho del arrendador Lázaro Espejo, por hecho suyo consistente en haber vendido la cosa arrendada a Paúl Dreyer, aquél tiene la obligación abstracta de indemnizar al arrendatario Rafael P. Moreno R., porque el comprador no está obligado a respetar el arrendamiento contraído por documento privado (artículos 2,019 y 2,020 del C. C.).

La corte ha sostenido en distintas épocas y en numerosas ocasiones los principios que en seguida resume:

Si en un juicio se demuestra la obligación de pagar perjuicios y hubiere datos para la estimación de éstos, se fijarán después de la sentencia condenatoria por medio de peritos. No habiendo tales datos, se remitirá a las partes a un juicio distinto, de acuerdo con el artículo 840 del código judicial. (Sentencias de 1888 y 1895).

La sentencia en que se declara la obligación abstracta de pagar perjuicios no puede ejecutarse directamente, sino mediante un juicio previo, en el cual, con todas las formalidades del juicio ordinario, se fije la cantidad precisa a que ascienden, según las pruebas presentadas por las partes. Si de tales pruebas no resulta la comprobación de esa cantidad, nada se deberá por esto, aunque se haya declarado en abstracto la obligación de pagar perjuicios. (Sentencia de 1892).

El hecho de que el tribunal no haya hallado la prueba del monto de los perjuicios que exige el demandante como consecuencia de ciertos hechos ejecutados por el demandado, no es motivo para que el tribunal no condene al demandado a pagar al demandante los perjuicios causados, los cuales deben ser determinados en juicio separado. (Sentencia de 1917).

Si el demandante pide que se condene al demandado a pagar una suma determinada de dinero por perjuicios causados, y el tribunal estima que no están probados los hechos que sirvieron de base al avalúo pericial, es correcta la sentencia que condena al demandado al pago de los perjuicios y dispone que éstos se justiprecien en juicio distinto, juicio en el cual no se discute ya la obligación de pagar perjuicios sino el valor de éstos. (Sentencia de 1918).

Cuando la sentencia condena a pagar perjuicios ilíquidos, es el caso de ordenar su fijación en otro juicio, como lo dispone el artículo 840 del código judicial. Si no consta el perjuicio efectivo ni su monto, es el caso de hacer la condenación en abstracto para que luégo, en juicio separado, se ventile el monto. (Sentencias de 1920).

La corte mantiene, en lo general, estas doctrinas, porque las juzga científicas, y desecha para este negocio otras de ella misma, contrarias a las que ha resumido, porque juzga que esas otras no se ajustan a la teoría jurídica que debe imperar en punto de

indemnización debida por el arrendador al arrendatario en casos como el que estudia.

La corte no puede sostener en absoluto que, por falta de prueba, deba negarse la existencia de perjuicios, sin remitir a las partes a otro juicio, como lo estableció en 1924; ni que la existencia de perjuicios no se presuma en ningún caso, como lo afirmó en 1925.

La corte no adopta estos principios, como normas absolutas o postulados de jurisprudencia; pero admite que en los negocios especiales en que fueron concretamente establecidos, bien pudieron ser ellos aceptables con respecto a los puntos concretos que se debatían.

Al mantener la corte sus doctrinas de los años 88, 92 y 95 del siglo pasado, y de los años 17, 18 y 20 del presente siglo, comprende que el cambio de legislación procesal, efectuado por la ley 105 de 1931, impone ciertas mudanzas en aquellas doctrinas.

Conforme al artículo 840 del código judicial anterior al que hoy rige, cuando había condena de daños o perjuicios se fijaba su importe en cantidad líquida, o se establecían, por lo menos, las bases con arreglo a las cuales debía hacerse la liquidación: sólo en el caso de no ser posible lo uno ni lo otro, se hacía la condena reservando a las partes sus derechos para que en juicio distinto se fijara el monto de lo debido.

Y el artículo 874 de aquel código decía que si se condenaba a indemnizar daños y perjuicios, la sentencia se ejecutaría previo un juicio ordinario, en el cual no se ventilaba ya la obligación de pagar sino la cuota de lo que el deudor vencido habría de satisfacer al demandante.

El código judicial vigente estatuye, en su artículo 480, que cuando haya de hacerse condena en daños o perjuicios, se fija su importe en cantidad líquida, o se establecen, por lo menos, las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación. Sólo en el caso de no ser posible lo uno ni lo otro, se hace la condena a reserva de fijar su importe en la ejecución de la sentencia.

Debe el juez ante el código nuevo, como ante el código viejo debía, condenar en abstracto o **in genere**, según lo afirmaba y afirma la corte, cuandoquiera que la ley y los autos dan base para admitir que existe, en principio, la obligación de indemnizar.

Por eso sorprende que el tribunal superior de Santa Marta absolviera al arrendador, sin embargo de afirmar en su fallo, como lo afirmó, que está demostrada la obligación de éste a pagar perjuicios por la extemporánea terminación del arriendo. No eran óbice para hacer la condena en abstracto o **in genere**, ni los reparos que pudieran hacerse al avalúo pericial, cuya materia fue apenas una fijación discutible; ni tampoco el derecho que la parte arrendadora pueda tener contra la arrendataria para hacer cesar el arriendo en casos graves, como lo prescribe el artículo 2,023 del código civil, pues tal punto no fue objeto de la controversia.

Véase qué datos arroja el proceso sobre prueba de los hechos fundamentales de la demanda:

Hecho primero.—Aparece establecido con el documento de foja 1, reconocido a foja 3, y con la confesión rendida a fojas 156 vuelta y siguientes.

Hecho segundo.—Está comprobado con copia, debidamente registrada, de la escritura número doscientos setenta y cuatro (274), de treinta (30) de abril de mil novecientos veintisiete (1927), otorgada en la notaría segunda (2ª) del circuito de Santa Marta. Fojas 103 y siguientes.

Hecho tercero.—A fojas 109 vuelta y siguientes hay copias de la demanda sobre tenencia, de la orden judicial de entrega y del auto en que se dispone el lanzamiento.

Hechos cuarto y quinto.—Venancio Esquea, a foja 94, dice que Moreno sacó las reses a que se refiere el punto primero del interrogatorio, y que el testigo le ayudó a llevarlas al potrero de "Santa Rita", lo cual ocurrió en julio de mil novecientos veintisiete. **Juan Peña**, a foja 95 vuelta, dice constarle que Moreno tenía ese ganado allí, pero que no vio que lo sacara. **Miguel Díaz Granados V.**, a foja 96, dice que sí vio sacar el ganado poco más o menos a fines de julio de mil novecientos veintisiete (1927), y que acompañó al que lo llevaba a "Santa Rita", en donde estableció Moreno su nuevo corral. **Francisco E. Blanco**, a foja 97 vuelta, dice constarle que Moreno sacó esos animales y que acompañó a dicho señor en el viaje al potrero de "Santa Rita", desde Mamatoco hasta el potrero "Del Alemán".

Hecho quinto.—Esquea, a foja 94 vuelta, dice que en julio y agosto de 1927, y después de esa fecha, compró la botella de leche a diez centavos ($ 0.10) y a un precio mayor de éste. Agrega que en Mamatoco ha comprado leche a ocho centavos ($ 0.08) y algunas veces hasta a diez centavos ($ 0.10), y que es preciso hacer gastos para traer la leche a Santa Marta. **Juan Peña**, a foja 95 vuelta, dice constarle que antes de julio de mil novecientos veintisiete (1927), las vein-

tiséis vacas que tenía Moreno en el potrero de Espejo daban diariamente ciento treinta, ciento cuarenta y hasta ciento cincuenta botellas de leche, lo cual afirma porque su padre era quien ordeñaba las vacas, y recuerda que hubo que cambiar los "calambucos" por otros más grandes para poder traer la leche hasta Santa Marta. Pero agrega que su padres falleció en 1918 o en 1919, es decir, mucho antes de celebrarse el contrato de arrendamiento. Dice también que la botella de leche en Santa Marta era a diez centavos ($ 0.10) y hasta a doce centavos ($ 0.12), porque a ese precio compró el testigo. **Díaz Granados V.**, a foja 96 vuelta, dice que vio las veintiséis vacas en el potrero de Espejo antes del mes de julio y que vio daban ciento cuarenta botellas de leche diariamente, poco más o menos, lo cual le consta porque en muchas ocasiones durmió en la casa del potrero y vio medir la leche. Agrega que vendió y compró leche a diez centavos ($ 0.10) la botella en julio y agosto de mil novecientos veintisete (1927), en Santa Marta, y que después de esta fecha la compró al mismo y a mayor precio. **Blanco**, a fojas 97 vuelta y 98, dice que antes de julio del año citado Moreno tenía veintiséis vacas lecheras que daban ciento cuarenta botellas, lo cual le consta porque él iba al potrero de Moreno y se enteraba de la cantidad de leche que daban las vacas. Declara que las vio ordeñar muchísimas veces y añade que hace muchísimos años la leche está en Santa Marta a diez centavos ($ 0.10), precio a que la ha comprado.

Hecho sexto.—Esquea, a foja 94 vuelta, dice que después de julio del año citado vio las veintiséis vacas en un potrero distinto al de Espejo y se dio cuenta de que por el cambio de pastos y el mal terreno producían entonces 70 botellas de leche, más o menos, lo cual le consta porque subió a un terreno vecino al de "Santa Rita", en donde se hallaban las vacas. La distancia entre los dos predios es de tres cuadras aproximadamente. **Díaz Granados V.**, a foja 96 vuelta, dice que después de julio vio las vacas en "Santa Rita" y que entonces producían la mitad de la leche de la que daban anteriormente. No da sobre este punto la razón de su dicho.

Hecho séptimo.—Esquea, a foja 94 vuelta, dice que no vio sembrar paja por Moreno en el potrero de Espejo, pero que por el terreno sin sembrar que había antes y por lo que vio sembrado después, durante la "posesión" de Moreno, calcula que sembró unas diez hectáreas de paja de guinea. **Peña**, a fojas 95 y 95 vuelta, dice que "estaba haciendo unos trabajos en ese potrero. por mérito de su padre, que era corralero de Rafael Moreno, potrero llamado "Tabacal", y posteriormente hizo otros trabajos en la otra división de "Jeriboca". Que le consta el punto quinto del interrogatorio —referente a la siembra que Moreno hizo de diez hectáreas de hierba de guinea— y que ese trabajo lo hizo el testigo "por ajuste al señor Rafael Moreno, por cuenta de éste, diez cabuyas así: una parte resembrada, llamada Jeriboca, de seis cabuyas poco más o menos, y otra sembrada por completo, llamada El Tabacal, de cuatro cabuyas poco más o menos". No recuerda en qué año hizo este trabajo, y cree que más bien fue cuando empezó a estar Moreno en ese potrero. **Díaz Granados V.**, a foja 97, dice: "Cuando Moreno cogió esos terrenos estaban en muy mal estado, sembró lo que llaman El Tabacal y resembró a lo que llaman Jeriboca, que estas dos divisiones tienen poco más o menos de nueve a diez hectáreas y que le consta porque las vio trabajando y el señor Moreno hasta se consultaba con el testigo sobre esos trabajos". **Blanco**, a foja 98, dice constarle, porque pasaba diariamente a bañarse en el río, que en 1923 vio a Moreno sembrar dos divisiones del potrero, que miden al rededor de nueve o diez hectáreas, y que presenció que esos potreros estaban en mal estado antes de la siembra, y que las otras dos divisiones fueron resembradas.

En cuanto al avalúo pericial, se observa que los expertos estuvieron en desacuerdo: Alberto E. Campo N. avaluó los perjuicios de Moreno en $ 13,950.00. Marceliano Noguera los avaluó en $ 105.00. Y M. Salvador Henríquez, tercero en discordia, en $ 12,675.00. Puestos los dictámenes en conocimiento de las partes, ninguna de ellas los objetó.

El estudio de las pruebas deja en el ánimo la impresión de que en este juicio están establecidas la existencia del contrato de arrendamiento y su terminación extraordinaria por hecho del arrendador; traslado de animales de uno a otro potrero; precio de la leche, en julio de mil novecientos veintisiete (1927), que fue en Santa Marta de diez centavos ($ 0.10), cada botella; producción diaria de las vacas de Moreno cuando pastaban en el potrero de Espejo, que fue al rededor de ciento cuarenta botellas; siembra de diez hectáreas, o de una extensión comprendida entre nueve y diez hectáreas, durante el arrendamiento de Moreno. Algún testigo habla de la resiembra de "seis cabuyas" y de la siembra de cuatro "cabuyas".

Otro habla de siembra del "Tabacal" y resiembra del "Jeriboca". Otro de siembra y además de dos divisiones resembradas.

Algunos testigos dicen que la leche se redujo a setenta botellas por día, después de que Moreno sacó las vacas del potrero de Espejo.

Los peritos fueron simples avaluadores de perjuicios. A ellos no se les pidió dictamen sobre relación de causalidad entre el cambio de potreros y la sequedad de las vacas. Tampoco se les dijo que tuvieran en cuenta las mejoras que Moreno hizo en la cosa arrendada, de acuerdo con el contrato. (Fojas 1 y 113).

Los peritos no practicaron las diligencias juntos, como lo prescribía el artículo 656 del código judicial vigente en los días en que ellos rindieron sus exposiciones. No se sabe si examinaron la realidad de los hechos o cosas sobre que emitieron concepto. Se ignora si hicieron apreciaciones respecto a los caracteres de la finca arrendada y a los del potrero de "Santa Rita"; al producto de las vacas antes y después de ser mudadas de un potrero al otro potrero; a la alegada relación de causalidad entre el traslado de las vacas y la merma de la leche; al lapso en que esa mudanza pueda influir, como se alega que influyó, en tal disminución; a la edad de los terneros; a las estaciones, etc., etc. No se culpa a los peritos, porque la solicitud del demandante fue muy descarnada. Pero la corte no puede acoger sus dictámenes. Imposible tomar el medio aritmético de que habla el artículo 721 del código judicial, porque, aparte de que las diferencias entre los dos extremos excede de un cincuenta por ciento (50%) de la cantidad menor, los peritos fueron meros avaluadores con base en los datos que arrojan las declaraciones del proceso, declaraciones en varios puntos deficientes, como se ha hecho notar. Por los mismos motivos se abstiene la corte de hacer por sí misma la regulación. Sencillamente prescinde de los dictámenes.

Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales (art. 1,602 del C. C.). En el arrendamiento constante por documento privado, la extinción del derecho del arrendador por voluntad suya, como cuando vende la cosa arrendada, es una causa legal que termina el contrato, si éste no ha de continuar entre el arrendatario y el comprador de la cosa (art. 2,019 del C. C.). Si termina, puede el arrendatario pedir la indemnización de perjuicios. Trátase en el fondo de algo semejante a la obligación de no hacer —no ejecutar el hecho de la venta, o sea, no provocar la causa legal extintiva— obligación que se resuelve en la de indemnizar perjuicios. En tesis general, a diferencia de lo que ocurre cuando hay estipulación de pena, puede alegar el arrendador que la terminación del arriendo no ha inferido perjuicio al arrendatario o le ha producido beneficio (art. 1,599 del C. C.). El arrendador debe indemnizar al arrendatario los perjuicios que a éste sobrevienen a causa de esa extinción extraordinaria del arriendo, por hecho o culpa de aquél. No mediando estipulación de pena, es claro que si no hay perjuicios no puede haber indemnización. Sería un enriquecimiento sin causa.

Espejo no afirmó, cuando era la oportunidad de hacerlo, que la cesación del arriendo produjera beneficio a Moreno. Ya no podría proponer esa excepción. Tampoco podría ya proponer la de fuerza mayor o caso fortuito como causa de los perjuicios.

Partiendo de la base, como lo prescribe el artículo 2,019 del código civil, de que el arrendador debe indemnizar al arrendatario, y no siendo posible fijar el importe de la indemnización en cantidad líquida, aunque sí establecer algunas de las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación, se casará la sentencia y se hará la condena *in genere*, a reserva de fijar su importe en la ejecución de la sentencia, como lo prescribe el artículo 480 del código judicial.

La corte reconoce que Espejo pudo causar perjuicios a Moreno obligándolo a pasar sus animales de uno a otro potrero y privándolo del goce de la cosa arrendada. En cuanto a la merma de la leche, la corte reconoce en principio —por entrar ello en el ordinario, aunque no en el constante, modo de ser de las cosas— que el cambio de potreros pudo ser causa de disminución en la producción de las vacas, y en abstracto admite esa posible y aún probable existencia de perjuicios; pero es en la ejecución de esta sentencia en donde se averiguará en qué medida pudo influir la mudanza de potreros en esa merma. No hay duda de que las vacas producían en el potrero de Espejo al rededor de ciento cuarenta botellas de leche por día. Si la producción rebajó de esa cantidad por causa del cambio de potreros, como se presume que rebajó con apoyo en la experiencia y en algunos testimonios deficientes que aparecen en los autos, ahí está la ejecución de la sentencia para que en ella se defina el punto y se averigüen el espacio de tiempo durante el cual estuvo influyendo,

si efectivamente influyó, el cambio de dehesas, y para que se separe esta causa de las demás causas de merma no imputables a Espejo, como crecimiento de los terneros, preñez de las vacas, estaciones y demás a que haya lugar. Es preciso, pues, averiguar en la ejecución de esta sentencia si efectivamente la leche disminuyó con motivo del cambio de pastos, y en qué medida y por cuánto tiempo influyó este cambio en la disminución.

Como en esta sentencia se condena a pagar una cantidad iliquida por perjuicios; como el código civil presume que el arrendatario a quien no se le respeta el arriendo celebrado por tiempo fijo es acreedor a indemnización por parte del arrendador; como en lógica natural, lo ordinario se presume y lo extraordinario se prueba, y como esta sentencia condena genéricamente a indemnizar, cuando se pida la ejecución de ella el demandante hará una liquidación motivada y especificada sobre la cuantía de los perjuicios que ha alegado haber sufrido por el traslado de los animales de uno a otro potrero, por la privación en el goce de la cosa arrendada y por la disminución de la leche atribuirle en su concepto al solo cambio de dehesas. De esta liquidación se dará traslado a la contraparte por el término legal y se seguirán los trámites previstos en el artículo 553 del código judicial.

En la ejecución de la sentencia, aparte de lo atañedero a posible merma de la leche por causa de la mudanza de dehesas, punto sobre el cual se han dado suficientes instrucciones, y aparte del costo de movilización del ganado de uno a otro potrero, cuya estimación es sencillísima, se averiguará cuánto debe pagar el arrendador al arrendatario por la privación en el goce de la cosa arrendada durante el tiempo comprendido entre el día en que Moreno salió de la finca de Espejo y aquél en que debió terminar ordinariamente el arriendo. Para avaluar esta privación en el goce de la cosa arrendada se procederá de la manera siguiente, si el demandado impugna la liquidación del actor: estimado el precio del goce de la cosa en el lapso dicho, se deducirán de ese precio los gastos ordinarios de conservación —como limpieza de potreros, arreglo de deterioros, sostenimiento de cercas, etcétera, etcétera— y se deducirán igualmente los cánones de arrendamiento, durante el mismo lapso, a razón de quince pesos ($ 15.00) mensuales. La diferencia, si la hubiere, será el valor de la indemnización por este renglón de lucro cesante. Al estimar los perjuicios por cesación en el goce de la cosa arrendada no se hará diferencia entre pastos existentes cuando principió el contrato y pastos puestos o repuestos con posterioridad al día en que Moreno entró en la finca, sino que se tomará la finca tal como se hallaba el día en que Moreno salió de ella. Adviértese que al avaluar la cesación en el goce de la finca no se tendrán para nada en cuenta los demás perjuicios que pudo sufrir Moreno en la explotación de su lechería, pues por este renglón únicamente cabe la condonación por merma temporal de leche en la medida en que se pruebe que esta merma sea imputable al cambio de dehesas.

En cuanto al lapso a que se extiende la privación de la cosa arrendada, debe contarse desde el primero de agosto de 1927, inclusive, porque el auto de lanzamiento se dictó el 13 de julio de ese año y en él se señaló el término de tres días para ejecutarlo, pero no hay prueba del día preciso en que fue cumplido. La demanda lleva fecha de once de agosto del mismo año. Los testigos que mencionan la época de la desocupación, Esquea y Díaz Granados, dicen, el primero que se cumplió en el mes de julio y el segundo en los últimos días de ese mes. En tal caso, la corte, aplicando por analogía, los artículos 59 y siguientes del código político y municipal, toma como día de la desocupación el último del mes de julio para contar la cesación del goce de la cosa arrendada a partir del primero de agosto de 1927, inclusive, y a expirar, inclusive también, el día 31 de diciembre de 1933.

En mérito de lo expuesto, la corte suprema de justicia, en sala de casación civil, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley, falla:

Primero.—Confírmase la sentencia dictada en este juicio por el tribunal superior de Santa Marta, con fecha once (11) de abril de mil novecientos treinta y cuatro (1934).

Segundo.—Revócase la sentencia proferida en este juicio por el señor juez primero del circuito de Santa Marta, con fecha diez (10) de abril de mil novecientos treinta y uno (1931).

Tercero.—Condénase a Lázaro Espejo a pagar perjuicios a Rafael P. Moreno R., a causa de haberse extinguido extraordinariamente, por hecho del primero, el contrato de arrendamiento constante en documento privado suscrito en Santa Marta el veinte (20) de enero de mil novecientos veintitrés (1923), por Espejo como arrendador y por Moreno R. como arrendatario.

Cuarto.—Se hace tal condena a reserva de fijar su importe en la ejecución de esta sentencia (arts. 480 y 553 del C. J.), ejecución en que se observarán las instrucciones expuestas en la parte motiva de este fallo.

Sin costas.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en el órgano oficial de la corte y devuélvase el expediente al tribunal de su origen.

Eduardo Zuleta Angel, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha, Pedro León Rincón, Srio. en pp.

ACCION SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE DINERO

La ley señala dos momentos distintos en orden al recurso de casación: uno para INTERPONER el recurso, que no puede ser antes de la publicación del fallo ni posterior al último de los quince días siguientes al en que quede surtida a todas las partes su notificación, o la del auto recaído a la solicitud que se haga sobre aclaración o adición del mismo (art. 521 del C. J.); y otro para FORMULAR LA DEMANDA DE CASACION, que no puede exceder del último de los treinta días hábiles del traslado a la parte recurrente (art. 532 del C. J.). Los dos términos, el de la interposición y el de la fundación del recurso, son fatales para el interesado si el trabajo se presenta después del respectivo término, pero el que se da para fundar el recurso no es obstáculo para que desde antes y aún durante el término para la simple interposición, se haya presentado la demanda. Las confesiones a favor de terceros, hechas sin ánimo de que sirvan de prueba, es decir, sin ANIMUS CONFITENDI, son consideradas como extrajudiciales (art. 604 del C. J.). Tales confesiones tienen apenas el valor de pruebas deficientes o incompletas (art. 608 del C. J.). La violación del artículo 471 del Código Judicial no puede por sí misma motivar la infirmación de un fallo en casación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, julio 5 de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Antonio Rocha).

Carmen Orozco viuda de Henao solicitó la declaración judicial de que **Julio C. y Felipe Henao** le son deudores de cuatro mil pesos oro con sus intereses, al doce por ciento anual o los legales desde el veintitrés de octubre de mil novecientos treinta hasta el día del pago, y que se les condene al pago de ellos. (Demanda presentada el veintiocho de septiembre de mil novecientos treinta y dos, ante el Juzgado Primero del Circuito de Medellín).

Hechos

El veintitrés de octubre de mil novecientos treinta, Julio y Felipe Henao dirigieron un memorial a la Junta Municipal de Caminos de Medellín, en que manifiestan que le deben cuatro mil pesos a Carmen Orozco, y le piden a la Junta una rebaja proporcional del impuesto con que habían sido gravados.

Tanto Julio como Felipe Henao confiesan la autenticidad del memorial, pero al mismo tiempo afirman que la declaración de deuda que contiene no corresponde a la verdad, puesto que fue consignada allí con permiso de la aludida Carmen Orozco y a sabiendas de que con la inclusión de la deuda solamente perseguían una rebaja del impuesto municipal.

La Orozco conviene en que los Henaos le hablaron de la inclusión de esa deuda en el memorial, porque siendo sus hijos políticos y pudiéndole resultar de la declaración de la deuda un gravamen como acreedora, era natural que se lo consultaran, pero de que eso haya sucedido así, dice, no se puede sacar la conclusión de que el dinero no se le debe.

Con independencia de ese memorial, que en el juicio ha sido presentado como prueba de la deuda, se tiene que entre las partes mediaron relaciones de intereses y se verificaron algunas conferencias para arreglar las diferencias, diferencias que rompieron el trato y cordialidad de la familia.

Sentencias de instancias

El juez absolvió a los demandados por considerar deficientes las pruebas de la actora; en cuanto a la manifestación de deberle a Carmen Orozco que contiene el memorial dirigido por los Henaos a la Junta de Caminos, dijo que no era plena prueba de la deuda, por no haber sido hecha ante un juez, con el fin de preconstituír confesión judicial y que, aunque los móviles de esa declaración de deuda eran fraudulentos y reprobables, sí envolvían una explicación o descargo satisfactorio.

En fallo de fecha veinticuatro de abril de mil novecientos treinta y cuatro, el Tribunal Superior de Medellín, acogiendo el razonamiento del inferior sobre el memorial a la Junta de Caminos, acepta que "conocido el fin que los demandados se propusieron, con asentimiento de la demandante, al hacer dicha manifestación, desaparece la fuerza probatoria de la confesión extrajudicial"; que no por estar reconocidas sus firmas se tiene como cierto el contenido del documento, porque los declarantes infirman el valor probatorio de la confesión por la razón que indica el fallador de primera instancia. Pero como de otras pruebas del proceso deduce indicios plurales, graves, precisos y conexos de que los demandados deben a la Orozco la cantidad de mil quinientos dos pesos con veinte centavos, los condena a pagarle esta suma desde el diez de julio de mil novecientos treinta y uno y sus intereses legales.

Oportunidad de la interposición del recurso de casación y de la demanda de casación

Tanto la parte demandante como la demandada interpusieron oportunamente el recurso de casación contra la referida sentencia del tribunal, que les fue concedido; y declarado admisible por la Corte. En cuanto a las demandas de casación, la del demandante fue presentada ante la Corte durante el respectivo traslado, y nada hay que observar; pero la de los demandados fue presentada en Medellín y recibida en la Corte antes de que hubiera empezado a correr el término, que, para fundar el recurso, la Corte le señaló al recurrente demandante. A pesar de cualquiera otra doctrina en contrario, la Corte considera que el recurso fue fundado oportunamente.

En efecto, la ley señala dos momentos distintos en orden al recurso de casación: uno para interponer el recurso, que no puede ser antes de la publicación del fallo ni posterior al último de los quince días siguientes al en que quede surtida a todas las partes su notificación, o la del auto recaído a la solicitud que se haga sobre aclaración o adición del mismo (art. 521 del C. J.); y otro para formular la demanda de casación que no puede exceder del último de los treinta días hábiles del traslado a la parte recurrente (art. 532, C. J.). Los dos términos, el de la interposición y el de la fundación del recurso, son fatales para el interesado si el trabajo se presenta después del respectivo término, pero el que se da para fundar el recurso no es obstáculo para que desde antes y aún durante el término para la simple interposición, se haya presentado la demanda, pues la garantía para el opositor, o para el otro recurrente cuando lo hay, en nada se merma, con tal de que a su tiempo pueda conocer las causales de casación, las cuales, por lo que respecta a la Corte, se presentan así con más anticipación para el estudio y meditación de los fines del recurso.

Recurso del demandante.

Primer cargo.—Que la manifestación hecha por los Henaos de deberle a Carmen Orozco la suma de cuatro mil pesos en el memorial dirigido a la Junta de Caminos envuelve una confesión judicial con fuerza de plena prueba, puesto que el documento fue reconocido por ellos como auténtico y al tenor del art. 637 del C. J., los documentos privados que contengan obligaciones a cargo de los otorgantes, tienen la fuerza de confesión judicial acerca de sus estipulaciones cuando han sido extendidos y registrados o reconocidos en la forma legal por las personas que deben cumplirlas. Pero que el Tribunal, al hallar desvirtuada la fuerza de esa confesión con las explicaciones de los Henaos, aplicó y al mismo tiempo dejó de aplicar una disposición legal, errando de hecho y de derecho en la aplicación e interpretación del mencionado art. 637 del código de procedimiento.

Al examinar este cargo, la Corte empieza por rectificarle al recurrente la imputación que le hace a la sentencia, en cuanto dice que ésta halla en la manifestación de la deuda que contiene el memorial una confesión judicial, cuando precisamente allí se le califica de extrajudicial e implícitamente de prueba deficiente e incompleta. Rectificada así la posición del fallador, la Corte considera:

El artículo 637 del código de procedimiento no era aplicable en este caso y el Tribunal hizo muy bien en no aplicarlo, porque no se trata de un documento contentivo de una obligación que haya sido extendido y registrado en forma legal, o, a falta de registro, reconocido legalmente, sino de la constancia de una deuda anterior a favor de una tercera persona que se menciona en un memorial con ciertos fines fiscales. En este caso son las reglas de la confesión las que determinan el valor probatorio del contenido del memorial.

En efecto, la manifestación de una parte de ser cierto el hecho que le perjudica afirmado por la otra, reviste el carácter de confesión, que es **judicial** si se hace ante juez competente en razón de la naturaleza de la causa y en ejercicio de sus funciones; y **extrajudicial** si fue hecha en otra ocasión, en carta, misiva, conversación, o cualquier acto o documento no destinado a servir de prueba (art. 604 del C. J.).

Cuando los demandados manifestaron en el memorial dirigido a la Junta de Caminos que eran deudores por cuatro mil pesos a favor de la demandante, ésta era un tercero con relación a la entidad municipal ante la cual se hacía la confesión. La confesión no estaba hecha al destinatario como sujeto activo de la obligación confesada, ni tampoco con el ánimo de que le sirviera de prueba, que exige el artículo 604 del C. J. Y las confesiones a favor de terceros, hechas sin ánimo de que sirvan de prueba, es decir, sin **ánimus confitendi**, son consideradas como extrajudiciales.

El artículo 562 del código judicial anterior era prudente también en no darle a la confesión extrajudicial sino el alcance de prueba deficiente o de grave presunción. Y en el informe al congreso de mil novecientos veinticuatro decía la Corte a ese propósito que acontece muchas veces que una persona, en conversaciones con otras, manifiesta haber contraído deudas, celebrado contratos o ejecutado hechos de los cuales pueden derivarse obligaciones, ya para eximirse de ciertos compromisos, ya para aparecer como persona de negocios o por otros móviles distintos del respeto a la verdad; y no es acorde con los principios jurídicos en que descansa la prueba de confesión, el que una manifestación de esta clase, hecha sin fórmula ni solemnidad alguna que le dé caracteres de seriedad, haya de ser tenida como plena prueba contra quien la ha hecho (C. J. XXXI, 28, 2ª). Esto porque la confesión extrajudicial hecha a un tercero puede tener una intención muy distinta de la de reconocer una obligación.

Comentando el artículo 1,358 del código judicial italiano, el expositor Lessona, cuya autoridad es pertinente al respecto por haberlo seguido muy de cerca la comisión revisora del código nuéstro, dice (volumen I, Nº 586, pág. 684): "La letra de la ley es muy clara: la confesión extrajudicial hecha a un tercero es una simple presunción, jamás una plena prueba". Y acoge el siguiente concepto de Mattirolo: "No se puede **nunca** (subrayado) atribuír la eficacia de una plena prueba legal a la confesión extrajudicial hecha a un tercero, por lo cual sería censurable en casación la sentencia que le reconociera fuerza de plena prueba, o presunción absoluta no impugnable en cualquier prueba contraria". E inversamente, dice en casación de Turín, "erraría en derecho el juez que negase a la confesión extrajudicial hecha a un tercero, incluso el valor de un indicio, prescindiendo de ella por entero".

"Pero si con la confesión extrajudicial hecha a un tercero concurren otros indicios legalmente apreciables como fuentes de convencimiento, habrá una acumulación de presunciones simples, y si esta manera de prueba es admisible, puede conducir a la decisión del juez". El legislador colombiano de mil novecientos treinta y uno siguió tan de cerca este sistema, así comentado por Lessona, que el artículo 608 del código judicial dice en sustancia lo mismo, a saber: "La confesión extrajudicial es prueba deficiente o incompleta, y su fuerza es mayor o menor según la naturaleza y las circunstancias que la rodean, y puede hasta tener mérito de plena prueba si, a juicio del juez, no queda duda alguna acerca de la confesión misma".

De lo dicho anteriormente se deduce que el sentenciador hizo muy bien en darle al contenido del memorial para la junta de caminos la calidad de confesión extrajudicial que le corresponde conforme al artículo 604 del C. J. y el valor de prueba deficiente o incompleta que le asigna el 608 del mismo código. Y como la fuerza de la argumentación del recurso estriba en considerar que el fallador le dio al contenido del memorial fuerza de confesión judicial, no siendo así, y como en no haberlo sido estriba la legalidad del razonamiento del juzgador, hay que concluír que el cargo no es exacto ni admisible.

El recurrente se duele de que el tribunal, a quien, como se ha dicho, le imputa

la admisión de una confesión judicial, acepte como desvirtuada la confesión con la circunstancia de haber sido hecha para fines distintos al de confesar, fin que no es otro que el de defraudar al fisco municipal de sus impuestos. Sin embargo, no ataca el fallo por este respecto, ni estima que con ese proceder el tribunal haya violado ley ni precepto de moral alguna.

La Corte entraría a considerar si un acto consumado con el único fin de defraudar al fisco envuelve en sí un acto ilícito, inadmisible como acción o como excepción, si altera el orden social y entraña una violación de principios de orden público, si este aspecto de la cuestión, aunque no alegado por el recurrente, fuera necesario para enervar una plena prueba de la deuda mencionada en el memorial y para impedir que los confesantes pretendieran eludir su obligación de pagar invocando el fraude, como móvil de su confesión. Pero no estando probada plenamente su obligación con la confesión extrajudicial, están de sobra dichas consideraciones.

Segundo cargo.—Consiste en que si el tribunal llegó a la conclusión de que los Henaos le debían a la demandante Carmen Orozco la suma de mil quinientos dos pesos con veinte centavos, merced a la pluralidad, gravedad, precisión y conexión entre sí de indicios, es decir, aplicando el artículo 665 del C. J., debió llegar también a la conclusión de que lo debido eran cuatro mil pesos, aplicando esa misma disposición, ya que los indicios, según el recurrente," forzosamente han tenido que servir para establecer la plenitud de la causa alegada, y no una parte de esa causa", y que el tribunal ha debido aceptar tales indicios en su totalidad o repudiarlos también totalmente. El cargo consiste, pues, en la aplicación errada, por haberlo aplicado imperfectamente, del artículo 665 del código judicial.

La Corte considera que el conjunto de indicios que el tribunal encontró con tales calidades como suficientes para probar una deuda de mil quinientos dos pesos con veinte centavos, sumados a la prueba deficiente o incompleta que, según el artículo 608 del código citado, tiene la confesión extrajudicial contenida en el memorial dirigido por los Henaos a la Junta de Caminos, sirven para llevar al juzgador la convicción de que los Henaos sí le debían a Carmen Orozco alguna suma, que posiblemente puede pasar de los mil quinientos dos pesos con veinte centavos que le reconoció el tribunal a la Orozco, y en ese sentido se puede tomar la totalidad de los indicios; pero así juntos no dan la convicción legal de que el tanto de la suma debida alcance al preciso guarismo de cuatro mil pesos que desea el recurrente que el tribunal hubiera hallado comprobado, y menos cuando el memorial para la Junta es un año anterior.

Así pudiera serlo con otros elementos indiciales distintos a los que han obrado en el proceso y que precisen mejor el **quantum** de la deuda, y hubiera podido serlo también si de acuerdo con el artículo 608 del C. J. la confesión extrajudicial contenida en el memorial para la Junta de Caminos hubiera constituído para el sentenciador algo más que una prueba imperfecta y llegado a ser la prueba plena sobre la cantidad debida, cuando, tomada en conjunto con otros indicios y no habiendo por otra parte duda alguna sobre la confesión misma, que son los requisitos contemplados por dicho precepto legal, el fallador hubiera informado su convicción en él; pero este aspecto de la cuestión no es el que contempla el recurso.

Recurso de los demandados.

I—Violación de "la ley sustantiva por efecto de una interpretación errónea de la misma ley y por indebida aplicación de ésta al caso de la controversia" (art. 520, ordinal 1º del C. J.), a saber:

a, b, c y d)—Por cuanto los hechos 1º, 2º, 3º y 4º de la demanda hablan de entregas periódicas de dinero para que los Henaos se las manejaran a Carmen Orozco y el hecho 6º de liquidación de cuentas, lo que hubo fue un contrato de mandato; y si esto es así para la actora, el tribunal, dicen los recurrentes, violó la ley al no declarar probada la excepción de petición de un modo indebido, ya que según el artículo 2,181 del C. C. ha debido exigirse cuentas de la administración a los mandatarios para poder determinar y exigir luégo un saldo definitivo; no existiendo ese saldo por aceptación de las partes ni por sentencia judicial, continúan diciendo los recurrentes, no puede deducirse del papel de cuentas entre NN. RR., sin dirección, firma, ni autenticidad, ese saldo, y el tribunal, al reconocerle fuerza probatoria, lo mismo que el memorial dirigido a la Junta de Caminos, violó los artículos 637, 639 y 640 del C. J., dándoles fuerza de confesión judicial.

La corte observa que en el juicio se ejercitó claramente la acción de pago o restitución de sumas de dinero y de sus intereses, ya por razón del mutuo de que trata el he-

cho 1º de la demanda, ya por las que imprecisamente señala la actora como recibidas por los Henaos para ella; negado por éstos en forma perentoria haber recibido algo, el tribunal condenó al pago de la única suma que encontró como debida por los Henaos, no por razón de confesión judicial, como dice el recurso, sino por meros indicios, y entre ellos y principalmente, por la prueba indirecta resultante de la confesión extrajudicial del memorial dirigido a la Junta de Caminos. No se ve, pues, cómo ha podido violarse la ley por confusión de la acción ejercitada, ni que por ello lo hayan sido los artículos 637, 639 y 640, porque precisamente el sentenciador no halló reconocido ninguno de los papeles, cartas o documentos, fuéra del dirigido a la Junta de Caminos, y así lo advierte expresamente, y hubo de basarse entonces para condenar, en indicios que halló conexos y con fuerza de cohesión suficiente, como se verá en seguida.

II—En otro capítulo de la demanda de casación dicen los recurrentes que el papel de cuentas entre NN. y RR. que no nombra personas, que no está dirigido a nadie, que no está autenticado, no podía tener fuerza probatoria alguna, de manera que tomado aisladamente ese papel, así como el memorial para la Junta de Caminos y las declaraciones de dos parientes de la demandante, o tomándolos en conjunto, tampoco se encuentra la conexión y precisión entre sí que les reconoció el tribunal, para deducir un saldo en contra de los recurrentes demandados. Basados en esas generales sugestiones los recurrentes dicen que el tribunal incurrió en errores de hecho y de derecho que no precisan, ni en su desarrollo citan como infringido ningún precepto legal.

No obstante la imprecisión y generalidad de un cargo hecho en esa forma, la Corte, al estudiarlo, advierte que siempre quedaría en pie un argumento del tribunal no rebatible, que consiste en el indicio resultante de las declaraciones de Agustín Tobón y de Carlos Henao, cuya tacha por parentesco fue formulada en el juicio pero no probada legalmente, y siendo así que su testimonio hace fe, el contexto mismo de él no ha sido discutido ni atacado por el recurso; subsiste la prueba incompleta o deficiente resultante del memorial dirigido a la Junta de Caminos, indicio también tenido en cuenta por el tribunal; y subsiste el testimonio de Manuel Uribe S. en cuanto dice que Felipe Henao le llevó personalmente el papel de cuentas entre NN. y RR., tomado por el Tribunal como otro indicio, y, finalmente, queda en pie esta otra reflexión del fallo, que por la manera como está concebida y colocada debió influir decisivamente en el ánimo del sentenciador, a saber: "Cierto es que la relación de la cuenta no nombra las personas a que ella se refiere y que por ese concepto está presentada en forma tendenciosa, pero debe tenerse en cuenta que se trata de personas que han asegurado una cosa falsa en el memorial a la Junta de Caminos, de que ya se hizo mención".

Los cargos anteriores, pues, ni tienen la precisión legal requerida, ni la convicción suficiente para motivar una casación.

III—Finalmente, dicen los recurrentes, puesto que las pretensiones de la demandante tienden a que se les declare deudores de la suma inserta como debida a Carmen Orozco en el memorial para la Junta de Caminos, y no de un saldo de cuentas, ha habido violación del artículo 471 del C. J., en cuanto previene que las sentencias deben ser claras, precisas y en consecuencia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes.

Este precepto, cuando por algún respecto ha sido infringido, no puede por sí mismo motivar la infirmación de un fallo en casación, siendo como es de simple reflexión y orden para los jueces, quienes, si a él faltan, habrán infringido con él otras disposiciones de las que sí dan motivos de casación, en ese caso, lo que debe atacarse es la infracción de esas disposiciones, pero no la del artículo 471.

Por lo dicho, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colmobia y por autoridad de la ley, no infirma la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, de fecha veinticuatro de abril de mil novecientos treinta y cuatro.

Sin costas, por haber sido ineficaces ambos recursos.

Notifíquese, cópiese, publíquese y devuélvase el expediente.

Eduardo Zuleta Angel, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha, Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

SOLICITUD DE REPOSICION DEL AUTO QUE DECLARO DESIERTO UN RECURSO DE CASACION

No se accede a la reposición por estar ejecutoriado dicho auto.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil. Bogotá, julio nueve de mil novecientos treinta y cinco.

Por auto de ocho de noviembre del año próximo pasado, la Corte declaró desierto el recurso de casación interpuesto por Carlota Quintero v. de Hernández y Miguel Hernández contra la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Buga, el 27 de abril de 1934.

El expresado Miguel Hernández pidió reposición de ese auto y la Corte no accedió a reponerlo, entre otras razones porque el pedimento sobre reposición del auto de ocho de noviembre fue extemporáneo. Esta providencia de la Corte tiene fecha de trece de marzo del año en curso.

Nuevamente se ha presentado Miguel Hernández pidiendo la reposición del auto de ocho de noviembre ya citado y que en su lugar se proceda a darle curso a su demanda de casación.

El auto de ocho de noviembre fue reclamado por Hernández, por primera vez, el diecisiete de diciembre de mil novecientos treinta y cuatro, es decir, cuando el auto de ocho de noviembre estaba más que ejecutoriado, y por eso la Corte, con mucha razón, estimó que el pedimento de reposición fue extemporáneo.

Hoy, como es obvio, subsiste el mismo factor, se encuentra ejecutoriado el proveído de ocho de noviembre, que por esa razón no puede tocarse.

Basta, pues, lo expuesto, basta esta razón, para no acceder a la petición hecha por Miguel Hernández.

Notifíquese y archívese.

Eduardo Zuleta Angel, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno Jaramillo, Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha. Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

DESERCION DE UN RECURSO DE CASACION

Cuando no se funda el recurso dentro del término legal, se declara desierto. (Art. 532, C. J.).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, julio veinticuatro de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Ante el Juzgado 2º del Circuito de Pasto entabló demanda ordinaria el señor Eustorgio Peña Patiño, vecino de Túquerres, contra el señor Delfín Martínez, vecino de Pasto, a fin de que se declarase la nulidad de los contratos y juicio ejecutivo que el libelo detalla y se le condenase a indemnizar perjuicios al actor.

Absuelto el demandado y condenado en costas el demandante en la sentencia de primera instancia, apeló éste, y el Tribunal de Pasto, en la de 14 de noviembre de 1934, revocó ese fallo y declaró improcedente la acción incoada.

Contra esta sentencia interpuso el demandante recurso de casación, que le fue concedido y que se declaró admisible por la Corte, en providencia de 28 de mayo último.

Pero, tanto en el escrito de interposición del recurso como en el que se pide su admisión, el recurrente se limita a anunciar su demanda de casación y, con ella, los fundamentos de este recurso en el término correspondiente. Y es el caso que este término venció sin que tal demanda y fundamentos se presentasen.

Es, pues, el caso contemplado en el artículo 532 del C. J., según el cual cuando tal sucede, se declara desierto el recurso, con costas.

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, declara desierto el recurso de casación en el presente pleito y condena en costas al recurrente.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Eduardo Zuleta Angel, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha, Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

BALDIOS.—DENUNCIO Y JUICIO DE OPOSICION

Pueden oponerse a la solicitud de adjudicación de baldíos, no solamente quienes pretendan derecho al terreno de que se trate, sino todos aquellos QUE TENGAN INTERES EN ELLO. Es principio general y dominante en materia de baldíos el de que por ningún motivo ni bajo ningún pretexto se sacrifiquen o menoscaben los derechos basados en la ocupación, en el cultivo y en la colonización. Aunque se haga una adjudicación que pudiera afectar o perjudicar los derechos de los ocupantes, cultivadores o colonos, ello no quiere decir que no puedan presentarse oportunamente, dentro del término que señala el artículo 72 del Código Fiscal, a oponerse a la pretendida adjudicación, por TENER INTERES EN ELLO. El artículo 90 del Código Fiscal no es aplicable al caso en que uno de los solicitantes de adjudicación de una misma porción de baldíos sea colono y el otro no, sino al caso en que ninguno de los solicitantes sea ocupante, colono o cultivador. Los derechos e intereses de los ocupantes y cultivadores están por encima de los de un simple solicitante de baldíos a cambio de títulos de concesión. Los ocupantes, cultivadores o colonos deben considerarse como POSEEDORES, en juicios como el presente, en que se ha probado que han construido los opositores edificios, verificado desmontes, etc. Los baldíos pertenecen al Estado, quien los destina a la adjudicación y especialmente a la adjudicación en favor de los colonos o cultivadores, pero su PROPIEDAD se adquiere por su cultivo u OCUPACION con ganados, de acuerdo con la ley fiscal. En litigios de cualquier clase entre un particular y un ocupante, cultivador o colono, la carga de la prueba le corresponde al particular que pretende pasar por encima del hecho de la ocupación o cultivo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, veinticuatro de julio de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Eduardo Zuleta Angel).

I

Hechos

1º—El doctor José Antonio Barros, en memorial de 1º de octubre de 1928, dirigido al señor gobernador del Departamento del Atlántico, denunció como baldío, para que se le adjudicara en concepto de tal, un globo de terreno de 25 hectáreas de superficie, destinado para la agricultura, ubicado en el municipio de Barranquilla y alinderado así: "Por el norte, por el caño llamado de los tramposos y terrenos ocupados por el doctor Martínez Martelo; por el Este, por los terrenos ocupados por los herederos del General Martínez Aparicio, los herederos del señor José María de Castro y los señores Santodomingo y el señor Alberto Osorio y los herederos del señor Juan Ujueta; por el Sur, por terrenos ocupados por los señores Eparquio González, Enrique A. Correa, Francisco Guzmán, Angel M. Palma, Francisco y Joaquín Ferrans, viuda de Francisco Romero y herederos del general Pedro Juan Navarro; por el Oeste, con el caño nombrado de "el Mercado", con terrenos ocupados por los señores Martínez Martelo, Francisco Ferrans y Crsitóbal Stridinguer.

2º—Los señores Julio E. Gerlein y William Ladd & Cº se opusieron a la adjudicación solicitada por el doctor Barros, y de conformidad con el artículo 7º del C. F. formularon oportunamente demanda ordinaria para que se hicieran las siguientes declaraciones: **Primero:** Que José A. Barros no tiene derecho a que se le adjudique, en concepto de baldío, el terreno de 25 hectáreas que tiene denunciado con tal objeto ante la gobernación del Departamento del Atlántico, porque tal terreno pertenece, a extensión mayor, en los de la Loma, de la jurisdicción municipal de Barranquilla, que está apropiada particularmente hace muchos años, que ha sido materia de numerosas transferencias de dominio entre particulares, que la han venido poseyendo en sucesión continua y de manera tranquila y pública desde hace más de treinta años, con títulos que no han sido declarados nulos, procedentes del Municipio de Barranquilla, que desde tiempo inmemorial se reputó así propio y fue reputado por todo el vecindario de esta ciudad, como dueño de esas tierras; y que dicha extensión mayor es en la actualidad poseída pública y tranquilamente por los últimos adquirentes William Ladd & S. A. y Julio E. Gerlein.

Segundo: Que, subsidiariamente, se declare que José Antonio Barros no tiene de-

recho a la adjudicación, por tener William Ladd & S. A. y Julio E. Gerlein un derecho preferente, en su calidad de poseedores.

Tercero: Que, aun careciendo tales tierras de otro dueño, y habiendo por ello de ser tenidas como baldíos, José Antonio Barros no ha justificado su derecho a la adjudicación.

II

Sentencia acusada

El juez 2º del Circuito de Barranquilla, en sentencia de 23 de junio de 1933, falló el litigio en el sentido de que no había lugar a hacer las declaraciones pedidas por los demandantes William Ladd Y. & Cº y Julio E. Gerlein, declaró, en cambio, que José A. Barros tenía derecho a la adjudicación de los baldíos denunciados. Dicho juez expuso como fundamento de dicho fallo que las escrituras presentadas por los demandantes se referían a terrenos cuyos linderos no coincidían con el denunciado; que todos los títulos presentados por los opositores a la adjudicación tienen como antecedente el de las concesiones hechas por el Municipio de Barranquilla; que no se presentó el título por virtud del cual éste adquiriera los terrenos de la Loma y, finalmente, que el doctor Barros, como denunciante de baldíos, tiene en su favor una presunción de dominio. El Tribunal Superior de Barranquilla, en sentencia de 12 de febrero de 1934, fundándose en que los demandantes están amparados por la ley en su carácter de poseedores y en que, no siendo parte la nación en el juicio directamente, "no hay razón para aplicar disposiciones legales, que en los juicios sólo a ella comprenden y que son preceptos de excepción establecidos a su favor, pero no a favor de terceros", revocó la sentencia del juez y en su lugar declaró que el doctor Barros no tiene derecho a la adjudicación que ha solicitado.

III

Fundamentos del recurso.

Contra dicha sentencia recurrió el doctor Barros, quien formuló contra ella los siguientes cargos: **Primero:** Violación del artículo 44 del C. F. por no haber aplicado el Tribunal al caso la presunción de dominio que, según el recurrente, establece dicho texto en favor de la nación y consiguientemente en favor de quienes denuncian un terreno en calidad de baldío.

Segundo: Aplicación indebida de los artículos 673, 762 y 765 del C. C., por tratarse de un asunto de baldíos que no se rige por las disposiciones del C. C. sino por las del C. F. que reglamenta todo lo concerniente a la adquisición de la propiedad de baldíos, según el recurrente. **Tercero:** Violación de los artículos 44 del C. F., 66 del C. C. y 661 del C. J., por haber fundado el Tribunal su sentencia en la consideración de que, tratándose de un litigio entre particulares, en el cual no era parte la nación, no había lugar a aplicar las presunciones establecidas en favor de ésta, cuando, en concepto del recurrente, tales presunciones están cabalmente establecidas para que se aprovechen de ellas los particulares que denuncian baldíos. **Cuarto:** Violación de la ley sustantiva por aplicación indebida del artículo 693 del C. J., y por errónea apreciación de la prueba, en cuanto el Tribunal, al analizar las declaraciones de los testigos Nelson Corcho, Nicolás de la Rosa y Esteban Cantillo, las estima ineficaces por considerar que si bien es cierto que tales declaraciones servían para el objeto de fundar la solicitud ante la Gobernación, no podían servir para fundar en ellas la declaración judicial de no ser baldío el terreno, entre otras razones, por cuanto no habían sido ratificadas en juicio. **Quinto:** Violación de los artículos 745, 749, 752, 1,760, 2,576 y 2,577 del C. C., al dar el Tribunal valor probatorio a las escrituras presentadas por el demandante y al fundarse en ellas para sostener que la ley ampara a éste, por cuanto tiene la posesión inscrita que de tales escrituras se deduce.

Como apoderado de los demandantes contestó el doctor Eduardo Rodríguez Piñeres, así: **Primero:** El artículo 44 del C. F. no establece presunción alguna en favor del Estado y mucho menos en favor de particulares que litigan con otros particulares aunque ellos sean denunciantes de baldíos. Si el C. F. dice, hubiera querido establecer una presunción en favor del Estado, fácil habría sido decirlo, y como no lo hizo, quedamos en presencia de una mera definición de la cual no puede deducirse que el legislador le hubiera dado al Estado una situación privilegiada que cambiara el derecho común, que sí establece una presunción en favor del poseedor. **Segundo:** No hubo violación, según el recurrente, de los artículos 673, 762 y 765 del C. C., porque una definición legal no es título, en sentir del opositor, para despojar a nadie de lo que tiene; porque en este caso no se trata de controversia con el Estado, y porque, lejos de haber desarmonía entre las

disposiciones del C. C. y del C. F., ellas, según el opositor, transitan por la misma vía y se complementan. **Tercero:** No hubo tampoco, según el opositor, violación de los artículos 44 del C. F., 66 del C. C. y 661 del C. J., porque el primero, según lo dicho, no establece la presunción de que el recurrente habla, porque el segundo se limita a dar una definición y no cabe acusación por quebrantamiento de un texto que solamente define y porque el tercero —dado que la acusación al respecto fuera procedente y pudiera ser admitida— no pudo ser violado porque, según el opositor, sus clientes son poseedores y dueños del terreno y el denunciante no puede destruír la presunción de ellos con meras tres declaraciones tomadas fuéra de juicio. **Cuarto:** No hubo tampoco violación del artículo 663 del C. J. según el recurrente, porque, como lo dijo el Tribunal, una cosa es el valor probatorio de unas declaraciones en una actuación administrativa y otra el que pretende el recurrente darles al considerarlas suficientes, sin haber sido ratificadas, para la definitiva clasificación de baldío del terreno en cuestión. **Quinto:** Suponiendo que el quinto cargo estuviera bien hecho— que no lo está, en concepto del opositor—, no hubo error alguno por parte del tribunal, pues basta, según él, leer las escrituras para ver que por ellas se adquirió válidamente el terreno por los opositores, y que las inmediatas de adquisición tienen más de diez años de posesión inscrita, la cual constituye una situación jurídica que no puede destruírse con denuncios de las tierras a que ella se refiere, máxime si tal posesión inscrita está apoyada en una situación de hecho como la consistente en tener los opositores en el terreno, rellenado en parte por ellos mismos, construcciones y sembrados de carácter permanente. Termina el opositor manifestando que, siendo principio inconcuso en materia de casación que el recurso no procede si deja el recurrente de acusar el fallo por errónea interpretación de pruebas que se levanten y acerca de las cuales guardó silencio la sentencia, el recurso formulado por el doctor Barros es improcedente porque en el presente hay un haz probatorio que está en ese caso.

IV

Examen de las causales aducidas.

Con respecto a la primera y a la tercera de las causales aducidas, que se estudian conjuntamente por la íntima relación que hay entre ellas, la Corte considera:

1º—Que, de conformidad con el artículo 72 del C. F., no sólo pueden formular oposiciones, contra una solicitud de adjudicación de baldíos a cambio de bonos de concesión, quienes aleguen o pretendan derecho de dominio sobre el terreno de que se trate, sino todos aquellos **que tengan interés en ello.**

2º—Que, de conformidad con los artículos 47 (incisos 2º y último), 59, 65, 66, 69 (letra b), 79 y 84 del C. F., y 10, 11 y 12 de la ley 71 de 1917, los intereses y derechos de los ocupantes, cultivadores y colonos de baldíos están colocados por encima de los de cualquier otro interesado en la adjudicación, hasta el punto de que puede decirse que nuestra legislación fiscal está toda saturada de la idea de protección a esos colonos, cultivadores u ocupantes, y que el principio general y dominante, en materia de baldíos, es el de que por ningún motivo ni bajo ningún pretexto se sacrifiquen o menoscaben los derechos basados en la ocupación, en el cultivo y en la colonización.

3º—Que la circunstancia de que la ley, en su ostensible propósito de defender a los ocupantes, cultivadores y colonos, deje a salvo los intereses de éstos en el caso de que se haga una adjudicación que pudiera afectarlos o perjudicarlos, no quiere decir que tales ocupantes, colonos o cultivadores no puedan presentarse oportunamente, dentro del término señalado por el artículo 72 del C. F., a oponerse a la pretendida adjudicación, por **tener interés en ello,** pues aquella medida de protección para los cultivadores, ocupantes y colonos en manera alguna podría interpretarse en forma que les restara un derecho que la ley reconoce en general a todos los que tienen interés en oponerse a una determinada adjudicación.

4º—Que el artículo 90 del C. F., conforme al cual "en el caso de que dos o más personas soliciten que se les adjudique una misma porción de baldíos, debe preferirse al que hizo primero la solicitud", no es aplicable al caso en que uno de los solicitantes sea colono y el otro no, sino al caso en que ninguno de los solicitantes sea ocupante, colono o cultivador, como se desprende, no sólo del contexto de las disposiciones atrás citadas, sino también del lugar que ocupa en el C. F. el referido artículo, que se encuentra en el Capítulo V, relativo a las adjudicaciones a cambio de títulos de concesión y no en las relativas a colonos y cultivadores.

5º—Que el Tribunal, fundándose en pruebas con respecto a las cuales no se ha hecho, por el recurrente, el cargo de mala

apreciación por error de hecho o de derecho, encontró demostrados los siguientes hechos: que los demandantes habían hecho desmontes en el terreno de que se trata; que habían cercado dichos terrenos; que habían sembrado pastos; que habían tenido allí ordeño de vacas; que habían construído edificios desde hace más de diez años; que habían hecho levantar planos desde el año de 1898; que habían hecho rellenos para levantar el nivel del terreno; que habían construído caminos y que, en una palabra, el terreno había estado **ocupado** por los demandantes desde hacía muchos años.

6º—Que, de conformidad con los textos del C. F. antes citado, una vez acreditados los hechos a que se refiere el punto anterior, el Tribunal, al sentenciar como sentenció —en el sentido de que el doctor Barros no tenía derecho a la adjudicación solicitada— no violó ni pudo haber violado el artículo 44 del C. F., cualquiera que sea la interpretación que a éste se le dé, y sea cualquiera la presunción que él contenga o pueda contener a favor de la nación, pues el Tribunal no hizo declaración alguna de dominio en favor de los demandantes y en contra del Estado, ni consideró que los títulos presentados por tales demandantes fueran suficientes para acreditar propiedad del terreno ni en manera alguan comprometió los intereses de la nación, que, por el contrario, quedaron muy expresa y claramente a salvo. Lo que hizo el Tribunal —basándose en los hechos que encontró demostrados y que se refieren todos al cultivo y ocupación del terreno por parte de los demandantes— fue poner los intereses y derechos de éstos, como ocupantes y cultivadores, por encima de los de un simple solicitante de baldíos a cambio de títulos de concesión, con lo cual el Tribunal no hizo otra cosa que conformarse con el principio fundamental de nuestra legislación de baldíos.

7º—Que para hacer resaltar todavía con mayor claridad la inaplicabilidad, en el caso presente, del artículo 44 del C. F., cualquiera que sea el modo como se le interprete, bastaría decir que este litigio, al entrar el Tribunal a sentenciarlo, podía concretarse en este dilema: o se trata de un terreno que no es baldío, y entonces mal puede tener el doctor Barros derecho a la adjudicación, o se trata de un terreno baldío y entonces no es el solicitante a cambio de bonos de concesión el que puede tener un derecho preferente con respecto a él, sino aquel que lo está ocupando, que lo ha cultivado, que lo ha cercado, que ha hecho desmontes, que ha construído edificios, que ha hecho caminos o calles y que, en una palabra, ha vinculado a él su tiempo, sus energías y su dinero, y a quien, por expreso mandato de la ley fiscal, hay que considerar como **poseedor** y amparar en calidad de tál.

II

En cuanto a la segunda de las causales aducidas, la Corte considera:

1º—Que de acuerdo con el artículo 79 del C. F., los ocupantes, colonos o cultivadores deben considerarse como **poseedores,** en juicios como el presente, pues si bien es cierto que ese texto sólo menciona, en forma explícita "las controversias entre colonos y adjudicatarios o entre aquéllos y éstos con terceros que reclaman dominio", no es menos evidente que implícitamente el artículo en referencia comprende también los pleitos entre colonos y quienes pretenden ser adjudicatarios, pues si ante las personas que ya han recibido su adjudicación deben ser amparados los colonos y ocupantes como poseedores, con mayor razón lo deben ser ante quienes sólo están gestionando la adjudicación.

2º—Que por lo tanto no puede haber violación, por parte del Tribunal, del texto legal que define la posesión, al considerar a los demandantes como poseedores, y al expresar que estaban amparados en su carácter de tales por la ley.

3º—Que entre las disposiciones del C. C. referentes a la **ocupación** y las del C. F., no hay, como lo pretende el recurrente, desarmonía. Por el contrario, puede considerarse que las disposiciones pertinentes del C. F. constituyen una aplicación especializada, al caso de los baldíos, de las reglas sobre ocupación contenidas en el C. C., aplicación que naturalmente comporta las modalidades dependientes de la naturaleza misma de las cosas.

4º—Que por lo tanto no puede encontrarse violación del artículo 673 del C. C., en el hecho de que el Tribunal lo haya citado, para reforzar su punto de vista, ya que dicho texto, por lo que respecta a la ocupación como modo de adquirir el dominio, enuncia un principio o regla que el C. F., lejos de desatender, aplica al caso de los baldíos, con las modalidades inherentes a la especialísima sitación jurídica de éstos, que es la siguiente: le pertenecen al Estado, que generalmente los tiene destinados a la adjudicación y especialmente a la adjudicación en favor de los colonos o cultivadores, pero su

propiedad se adquiere por su cultivo u **ocupación** con ganados, de acuerdo con lo dispuesto en el C. F.

5º—Que esa aplicación que la ley fiscal hace del principio general de la ocupación como modo de adquirir la propiedad se ve aún más claramente al través de la tradición legislativa de la República sobre baldíos, si se tiene en cuenta que el sistema y la terminología tradicionales (leyes 61 de 1874 y 56 de 1905) corresponden exactamente a esa noción de la ocupación como modo de adquirir la propiedad del baldío.

6º—Que en litigios de cualquier clase de un particular contra un ocupante, cultivador o colono, la carga de la prueba le corresponde a ese particular que pretende pasar por encima del hecho de la ocupación o cultivo, y que esa prueba no puede ser otra que la de propiedad del terreno, como lo estableció expresamente el artículo 4º de la ley 61 de 1874, en su tiempo, y lo establece implícitamente el actual Código Fiscal en su artículo 79, por lo cual no hubo ni pudo haber violación de la ley sustantiva por parte del Tribunal al dispensar a los demandantes, para ampararlos como poseedores y mantener la situación de hecho en que se encuentra el terreno, de toda prueba distinta de la relacionada con los hechos concretos de ocupación y cultivo.

III

Con respecto al cuarto de los cargos formulados contra la sentencia (violación del artículo 693 del C. J.), la Corte considera:

1º—Conforme a dicho texto, "salvo disposiciones especiales que permitan aducir meras declaraciones de nudo hecho, para apreciar los testimonios, se requiere que éstos o su ratificación se hayan pedido y decretado durante el término probatorio, a fin de que las otras partes intervengan en la diligencia, repregunten y ejerciten su derecho de infirmar la prueba".

2º—Que, conforme a dicha disposición, el Tribunal, al estudiar las declaraciones de los señores Nelson Corcho, Nicolás de la Rosa y Esteban Carrillo, consideró que ellas no podían ser apreciadas en el juicio por no haber sido rendidas ni ratificadas durante el término probatorio.

3º—Que si bien es cierto que conforme al artículo 69 del C. F. y a los artículos 2º y 3º de la ley 71 de 1917, las declaraciones que deben acompañarse a la solicitud de adjudicación para iniciar el proceso administrativo, no requieren otra formalidad que la intervención del Ministerio Público, no es menos evidente que esas declaraciones —que pueden tener todo el valor probatorio que se quiera en la actuación administrativa—, necesitan para poder ser apreciadas, en una actuación judicial, en un juicio ordinario como el presente, la ratificación, pues el referido artículo 69 no constituye una excepción al artículo 693 del C. J. Este es de rigurosa aplicación, aun en cuestiones de baldíos, cuando con ocasión de ellos se traba, como en el presente caso, juicio ordinario, y aun cuando se traba un juicio contencioso administrativo. El artículo 69 tiene su campo o dominio de aplicación, en la gestión administrativa, a tiempo que el 693 del C. J. lo tiene en la actuación judicial.

IV

En lo concerniente al quinto de los fundamentos aducidos (violación directa de los artículo 745, 749, 752, 1,760, 2,576 y 2,577 del C. C., especialmente al darle valor probatorio a las escrituras que los demandantes presentaron en el juicio), la Corte considera:

1º—Que el Tribunal no les dio valor probatorio a tales escrituras en el sentido de considerar que ellas constituyeran o implicaran prueba de dominio de los demandantes sobre el terreno de que se trata.

2º—Que el Tribunal, ni explícita ni implícitamente afirmó que los demandantes hubieran adquirido, por la tradición, y de conformidad con el título VI, Libro II del C. C., la propiedad del inmueble sobre que versa este pleito: simplemente mencionó —y ello en forma completamente accidental— tales escrituras y sus correspondientes notas de registro para deducir de ellas que, al lado de los hechos de ocupación (considerados como de posesión para estos casos por el C. F.), había habido una posesión inscrita que venía a reforzar la aplicabilidad, al caso de las medidas de protección acordadas por el legislador a los poseedores.

3º—Que, en el litigio que se estudia, con o sin posesión inscrita, eran necesariamente aplicables, una vez acreditados los hechos de que antes se habló, las disposiciones legales por medio de las cuales se ampara al poseedor, desde luego que, como ya se ha dicho, el C. F. ordena terminantemente que se consideren como poseedores, y se amparen y protejan como tales, los ocupantes, colonos o cultivadores, por todo lo cual el párrafo del Tribunal sobre posesión inscrita nada le

agregaba ni nada le quitaba a la situación jurídica de los demandantes. Puede ese párrafo ser innecesario, y aun impertinente, y hasta contener una noción si se quiere más o menos inexacta de la posesión inscrita, como son impertinentes y aun inexactas otras consideraciones de la parte motiva de la sentencia, sin las cuales se habría llegado a la misma conclusión, pero de allí no puede deducirse que haya habido violación de los textos legales sobre la tradición y sobre la fuerza probatoria de los instrumentos públicos, porque, como ya se dijo, los que el demandante presenó no fueron considerados por el Tribunal como prueba de tradiciones válidas mediante las cuales se hubiera adquirido por los actores el dominio.

4º—Que la parte resolutiva del Tribunal se limita a hacer la declaración —común a las tres peticiones de la demanda, como que fue solicitada lo mismo en la petición principal que en las subsidiarias— "que el doctor José Antonio Barros no tiene derecho a la adjudicación que ha solicitado". Fundándose como se funda esta declaración en el hecho suficientemente comprobado de que el terreno en cuestión está ocupado por los demandantes y en las disposiciones del C. F. antes citadas, ella no implica, ni directa ni indirectamente, reconocimiento de dominio en favor de los demandantes y en contra de la nación, ni constituye, por ende, cosa juzgada contra ésta, cuyos intereses y derechos no quedaron en manera alguna afectados, sino, por el contrario, muy explícitamente a salvo.

5º—Que si el Tribunal, al referirse, incidentalmente, a las pruebas presentadas por el doctor Barros, afirmó que esto no había demostrado que se tratara de un terreno baldío "ni tampoco las demás exigencias que contiene el artículo 69 del C. F.", por no haber sido ratificadas en juicios las declaraciones rendidas de conformidad con dicho texto para iniciar el proceso administrativo de la adjudicación, ello no significa que en este juicio hubiera quedado establecido, contra la nación, que el terreno en cuestión no es un baldío ocupado por los demandantes. No. En el aludido pasaje simplemente se establece que, por no haber sido ratificadas en el juicio las declaraciones en cuestión, no se probaron, con ellas, los hechos sobre que depusieron los respectivos testigos, hechos entre los cuales figura el de la condición de baldío del terreno.

6º—Que en el presente juicio, por no haber sido en él demandada la nación, como que simplemente lo fue un solicitante de baldíos, no se trató en realidad, ni había para qué tratar, la cuestión de si el terreno es un baldío o no es un baldío ocupado por los demandantes y a cuya adjudicación puedan tener derecho, en el caso de que por su ubicación y demás condiciones, sea realmente adjudicable, de acuerdo con lo establecido al respecto por el C. F. Esa cuestión ni se trató ni había para qué tratarla, por la sencilla razón de que, como lo dijo el mismo recurrente muy bien, los demandantes no hicieron propiamente peticiones de reconocimiento de dominio a su favor y en contra de la nación, que no fue ni tenía para qué ser demandada. La cuestión que se trató y decidió fue la de que estando esos terrenos ocupados por los demandantes y debiendo por lo tanto ser éstos considerados como poseedores, no podía hacerse adjudicación de ellos a cambio de títulos de concesión, a un extraño.

Por todo lo cual, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley, **no infirma** el fallo recurrido.

Condénase en costas al recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase oportunamente.

Eduardo Zuleta Angel, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno Jaramillo, Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha. Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

DECLARACION OFICIOSA DE NULIDAD ABSOLUTA QUE APARECE DE MANIFIESTO EN EL ACTO

Dice la Corte que en la declaración de voluntad a que alude, faltó el concurso real de las voluntades de dos o más personas, concurso indispensable para que nazcan obligaciones contractuales. La señora Ruth González de de la Torre procedió por sí y asumió la representación de la otra parte. Semejante desdoblamiento de la personalidad es en este caso injurídico. Cuando obra el padre así en su nombre como en el de su hijo menor a quien representa y con quien contrata, lo injurídico llega a lo absurdo y la nulidad absoluta toca los linderos de la inexistencia. Finalmente, la Corte hace algunas observaciones sobre COSA JUZGADA.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, veinticinco de julio de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo)

Muerto el señor Eliseo de la Torre, a Juan Manuel de la Torre González, heredero del finado, se le adjudicaron varios bienes, entre los cuales figuró un inmueble ubicado en el corregimiento de Juntas de Apulo, distrito de Tocaima, consistente en una casa de bahareque y teja metálica, con solar y un lote adjunto, delimitados como se dice en la hijuela número ocho (8), que se halla en el juicio de sucesión protocolizado por escritura número doscientos sesenta y siete (267), de ocho (8) de junio de mil novecientos veintiuno (1921), otorgada en la notaría de Facatativá.

Por documento privado de fecha diecisiete (17) de mayo de mil novecientos veinte (1920), suscrito en Bogotá, la señora Ruth González de de la Torre, madre del citado heredero Juan Manuel de la Torre González, obrando por una parte como promitente vendedora, y Josefina de la Torre de de la Torre, madre de otros menores herederos también del señor Eliseo de la Torre, por la otra parte como promitente compradora, hicieron varias declaraciones referentes a la adjudicación de los bienes en la aludida sucesión, entre las cuales está la de que al menor Juan Manuel se le adjudicaría la casa ubicada en Juntas de Apulo, y luégo convinieron en que Ruth se obligaba a vender a Josefina, por la cantidad de dos mil pesos ($ 2,000), la casa de que se ha hecho mérito. Estipulóse al efecto que una vez registrada la partición, Ruth solicitaría el remate del inmueble, el cual sería adjudicado a Josefina por la suma de dos mil pesos ($ 2,000.00), cualquiera que fuese el precio del remate. La promitente vendedora dijo haber recibido de la promitente compradora el precio de la compraventa prometida.

Por escritura número quinientos sesenta y dos (562), de ocho (8) de junio de mil novecientos veintidós (1922), otorgada en la notaría quinta (5ª) del circuito de Bogotá, la señora Ruth González de de la Torre hizo las siguientes declaraciones:

"Primero.—Que por escritura pública número trescientos treinta y uno, de fecha treinta y uno de mayo de mil novecientos diez y nueve (1919), otorgada en esta misma notaría, la compareciente adquirió de las señoritas Franco Durán, las cuatro sextas partes de una casa baja, de tapia y teja, junto con el lote en que está edificada, situada en el barrio de Las Nieves de esta ciudad, marcada en su puerta de entrada con el número doscientos cuarenta y dos B., de la carrera tercera, y alinderada así: 'Por el norte, con casa que fue de la señora Antonia Vergara y hoy de la familia Llaña; por el occidente, con la carrera tercera; por el sur, con casa de la señora Manuela Núñez de Mercado y María Luisa Mercado de Vergara, y por el oriente, con propiedad de Juan de Jesús Osorio". Segundo.—Que luégo, por remate verificado ante el juez segundo de este circuito, en el juicio de sucesión de la señora Adela Durán de Franco, adquirió la compareciente una sexta parte de la misma finca antes determinada, de modo que vino a ser dueña de las cinco sextas partes de ella. Tercero.—Que el precio de los derechos primeramente comprados, fue la suma de dos mil ochocientos treinta y tres pesos con treinta y dos centavos ($ 2,833.32) oro, y el precio de los derechos adquiridos en el remate, la cantidad de setecientos sesenta pesos oro ($ 760.00), o sea, en total, la suma de tres mil quinientos noventa y tres pesos con treinta y dos centavos oro ($ 3.593.32). Cuarto.—Que reconoce en el valor actual de la precitada finca, la suma de dos

mil pesos ($ 2,000.00) moneda corriente a su hijo menor de edad, llamado Juan Manuel de la Torre González, suma igual que recibió para dicho hijo menor por los derechos y acciones que a éste le correspondieron en la sucesión del señor Eliseo de la Torre González, y es su voluntad que queden representados en la finca raíz al principio determinada. Quinto.—Que en consecuencia, queda formada una comunidad entre la compareciente y su citado hijo Juan Manuel de la Torre, sobre la finca citada, y en la proporción establecida anteriormente. Sexto.—Que la compareciente hace las declaraciones anteriores en su carácter de representante legal de su hijo Juan Manuel de la Torre González, sobre quien ejerce los derechos de patria potestad. Séptimo.—Que del contenido de este instrumento, se tomará nota al margen de la escritura matriz número trescientos treinta y uno (331), al principio citada".

Por escritura número doscientos cincuenta y siete (257), de seis (6) de marzo de mil novecientos veintitrés (1923), otorgada en la notaría quinta del circuito de Bogotá, la señora Ruth González de de la Torre declara que no habiéndose llevado a efecto el remate de la finca de Juntas de Apulo, la otorgante tuvo que devolver a la promitente compradora los dos mil pesos ($ 2.000.00) del precio convenido, razón por la cual su hijo Juan Manuel conserva el dominio de la finca que le fue adjudicada, y en consecuencia la otorgante, "revoca y anula en todas sus partes dicho reconocimiento y declara cancelada en todas sus partes la precitada escritura número quinientos sesenta y dos (562), de fecha ocho (8) de junio de mil novecientos veintidós (1922), otorgada en esta notaría..."

Por escritura número doscientos catorce (214), de fecha primero (1º) de febrero de mil novecientos veintitrés (1923), otorgada en la notaría primera del circuito de Bogotá, escritura citada y ratificada por la número doscientos cincuenta y siete (257) de que se ha hablado, la señora Ruth González de de la Torre vendió al señor Obdulio Robayo la casa número doscientos cuarenta y dos B (242-B) de la carrera tercera de esta ciudad, en que tal señora había hecho el reconocimiento de los dos mil pesos ($ 2,000.-00) a favor de su hijo Juan Manuel.

El juzgado tercero del circuito de Bogotá, por auto de fecha veintisiete (27) de septiembre de mil novecientos veintitrés (1923), nombró curador definitivo del menor Juan Manuel de la Torre al señor Guillermo González Silva, a quien posteriormente se le discernió el cargo y se le confirió la administración de los bienes (folio 51 vuelta). En los autos no hay prueba de que el hijo fuera emancipado de la patria potestad de su madre viuda ni del motivo que hubiese para que la administración de los bienes del menor pasara a un curador definitivo.

A foja 4 del expediente hay un recibo que dice así: "Por $ 400.00 m. c.—Recibimos del señor Manuel Rojas V. la suma de cuatrocientos pesos ($ 400.00) moneda corriente, resto de mayor precio por que se negoció con dicho señor el lote de Apulo perteneciente al segundo de los suscritos. El mayor precio, o sean, dos mil pesos ($ 2,000.-00) quedó cubierto directamente en el juzgado 3º del circuito, donde se verificó el remate de la finca. Bogotá, octubre 2 de 1923. Guillermo González.—Juan Manuel de la Torre".

Los señores González y de la Torre reconocieron, en posiciones prejudiciales, la autenticidad del recibo preinserto, y la circunstancia de haber recibido en total la suma de dos mil cuatrocientos pesos ($ 2,400.00) como precio del inmueble situado en Juntas de Apulo.

Por libelo fechado el quince (15) de diciembre de mil novecientos treinta y uno (1931), (folio 9), la señora Ruth González de de la Torre demandó a su hijo Juan Manuel de la Torre González, ante el juzgado 5º en lo civil del circuito de Bogotá, para que en juicio ordinario se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera.—Que la declaración hecha por la demandante en la cláusula 4ª de la escritura pública número quinientos sesenta y dos (562), de fecha ocho (8) de junio de mil novecientos veintidós otorgada ante el notario 5º de este círculo, tuvo por objeto único asegurar al menor Juan Manuel de la Torre González el pago de la suma de dos mil pesos ($ 2,000.00) que a éste le correspondían como valor de un lote de terreno con su casa de habitación, situada en el corregimiento de Juntas de Apulo, del municipio de Tocaima, de este departamento, el cual le fue adjudicado en la sucesión del señor Eliseo de la Torre González, según consta de la hijuela respectiva".

"Segunda.—Que habiendo recibido dicho menor, directamente, o su curador Guillermo González Silva, o ambos, la suma de dos

mil pesos ($ 2,000.00) como valor del remate del lote antes mencionado y cuatrocientos pesos ($ 400.00) como valor de intereses de dicha suma, ya del juzgado que hizo el remate, ya del señor Manuel J. Rojas V. por cuenta de la demandante, quedó cumplido el objeto que motivó la declaración hecha por la demandante en la escritura pública número 562 de 8 de junio de 1922, en su numeral cuarto, y por consiguiente carece dicha cláusula de todo valor por haber dejado de existir la causa que la originó y así debe declararse".

"**Tercera.**—Que el señor Juan Manuel de la Torre González no tiene derecho alguno en la propiedad o dominio de la casa marcada con el número 242-B de la carrera tercera de esta ciudad, alinderada como se expresa a continuación, que emane o provenga de la declaración hecha por la demandante en el numeral cuarto de la escritura pública Nº 562 de 8 de junio de 1922, de la notaría 5ª de esta ciudad. La casa está deslindada así: "Por el norte, con casa que fue de la señora Antonia Vergara y hoy de la familia Llaña; por el occidente, con la carrera tercera; por el sur, con casa de Manuela Núñez de Mercado, y oriente, propiedad de Juan de Jesús Osorio".

"**Cuarta.**—Que como consecuencia de lo anterior, debe decretarse la cancelación del numeral cuarto de la escritura Nº 562 de 8 de junio de 1922, pasada en la notaría 5ª de este círculo y debe ordenarse su cancelación, en cuanto se relaciona con dicho numeral, tanto al notario que extendió la escritura citada como al registrador de instrumentos públicos y privados del círculo de Bogotá, para que cancele las inscripciones hechas en los libros respectivos", y

"**Quinta.**—Que se condene en costas al demandado, si se opusiere a la demanda".

"Subsidiariamente, pidió la demandante que se hicieran estas declaraciones:

"**Primera.**—Que carece de causa real la declaración hecha por la demandante en la cláusula cuarta de la escritura pública número 562 de 8 de junio de mil novecientos veintidós de la notaría 5ª de este círculo, en virtud de no ser cierto que la demandante hubiera recibido la suma de dos mil pesos ($ 2,000.00) moneda corriente por el valor de los derechos que el menor Juan Manuel de la Torre González tenía en la sucesión del señor Eliseo de la Torre González, por no haber vendido la demandante a persona alguna ni en ninguna forma tales derechos y acciones, ni haber recibido la suma que se menciona en dicha escritura por dicha causa o motivo".

"**Segunda.**—Que el demandado Juan Manuel de la Torre González debe pagar a la demandante la suma de dos mil cuatrocientos pesos ($ 2,400.00) moneda corriente que recibió él directamente, o su guardador o curador Guillermo González Silva, o recibieron ambos de consuno, ya del juzgado 3º del circuito de Bogotá, como producido del remate del lote con su casa de habitación situado en Juntas de Apulo, del municipio de Tocaima, alinderado así: 'Por el oriente, con terrenos de Antonio Corredor, en una línea de sesenta y cuatro metros (64 mtrs.); por el norte, con terreno de la familia Rozo; por el occidente, con terrenos de la familia Rozo; y por el sur, con camino que viene del puente de Apulo para la estación del ferrocarril de Girardot; ya del señor Manuel J. Rojas V., por cuenta de la demandante, según consta del recibo de fecha 2 de octubre de 1923 por intereses de dicha suma, toda vez que la suma de dos mil pesos ($ 2,000.00) que se consideraba como valor, de dicho lote y casa de habitación, le fue reconocido por la demandante al demandado por medio de la cláusula 4ª de la escritura número 562 de 8 de junio de 1922, otorgada en la notaría 5ª de este círculo".

"**Tercera.**—Que el demandado ha retenido en su poder la suma antes citada sin derecho alguno, y debe entregársela a la demandante dentro del término que usted señale en la sentencia, más los intereses legales de tal suma, desde el día en que la recibió (2 de octubre de 1923) hasta el día en que efectuó legalmente el pago".

"**Cuarta.**—Que se condene en costas al demandado, en caso de que se oponga a las anteriores declaraciones, por constituir temeridad su defensa".

El demandado no contestó la demanda.

En su alegato de conclusión, el demandado alegó las excepciones de cosa juzgada, ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandante e inexistencia de las acciones judiciales deducidas en el juicio.

El señor juez 5º en lo civil del circuito de Bogotá, por sentencia fechada dieciocho de octubre de mil novecientos treinta y dos (1932), acogió la segunda petición subsidiaria; desechó las otras peticiones; declaró probadas las excepciones de cosa juzgada e ilegitimidad sustantiva de la personería, limitadas en sus efectos, como lo dijo en la

parte motiva de su providencia, y resolvió en lo fundamental de la dispositiva:

"Segundo.—Declárase que el demandado señor Juan Manuel de la Torre González está obligado a entregar o restituír a la demandante señora Ruth González de de la Torre, dentro de la ejecutoria de este fallo, la cantidad de dos mil pesos ($ 2,000.00) moneda corriente, junto con los intereses legales de esta suma, a partir del día primero de febrero del año en curso, en que le fue notificada la demanda, hasta cuando verifique el pago".

Ambas partes apelaron de este fallo.

El tribunal superior de Bogotá, en sentencia fechada el veintrés (23) de marzo de mil novecientos treinta y cuatro (1934), declaró no probada la excepción de cosa juzgada, dispuso que no había lugar a estudiar las otras excepciones propuestas, e hizo esta declaración:

"Primero.—Condénase al demandado, señor Juan Manuel de la Torre González, a pagar a la demandante, señora Ruth González de de la Torre, dentro del término legal, la cantidad de dos mil pesos ($ 2,000.00) moneda corriente, junto con los intereses legales de esta suma, a partir del día veintisés (26) de octubre de mil novecientos veintitrés (1923), en que el mismo demandado recibió, por medio de su curador, el precio del remate, hasta cuando verifique el pago".

Aunque los fallos de primera y de segunda instancias coinciden en cuanto uno y otro condenan al pago de dos mil pesos ($ 2,000.00) moneda legal, discrepan fundamentalmente en lo que hace al motivo de una y otra condenaciones.

El juez se fundó en que habiéndose reconocido la madre deudora del hijo por la suma de dos mil pesos ($ 2,000.00), que daba por recibidos en los bienes que a éste se le adjudicaron en la sucesión de su padre, y habiendo dicho hijo recibido el precio correspondiente al lote de Apulo, "es claro que la suma de dos mil pesos ($ 2,000.00) que la demandante reconoció en el dominio de la casa, distinguida con el número 242-B de la carrera tercera de esta ciudad, se hallan en poder del demandado, sin causa justificativa alguna..."

Dice el tribunal que lo que hay, en realidad de verdad, es que a la demandante no le ha sido pagado el precio de la venta, o lo que es lo mismo, que no debía la suma que quiso pagar por medio del reconocimiento hecho en la citada cláusula.

Sobre esta base consideró el tribunal que determinado pasaje de la demanda debe interpretarse en el sentido de que la actora reclamaba de su hijo el precio del contrato de compraventa a que se refiere la escritura número quinientos sesenta y dos (562), de ocho de junio de mil novecientos veintidós (1922), otorgada en la notaría 5ª de este circuito".

Contra la sentencia del tribunal superior de Bogotá, interpuso recurso de casación el mandatario del señor Juan Manuel de la Torre González.

En la demanda de casación se aducen varias causales para pedir la infirmación del fallo.

Consiste la primera de esas causales en no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, a causa de que el tribunal sentenciador condenó al pago del precio de una compraventa, precio que la actora no ha solicitado, en vez de resolver si el demandado tenía o no tenía la obligación de restituír el precio del remate.

En sentir de la corte, tiene razón el recurrente.

Para convencerse de la disconformidad entre lo demandado y lo sentenciado, es decir, de la falta de conformidad entre lo que fue pedido y lo que fue decretado, basta considerar que ninguna de las cinco peticiones principales y ninguna de las cuatro peticiones subsidiarias se encamina al pago del precio de la compraventa. Muy al contrario, tanto en lo principal como en lo subsidiario insiste la demandante en que el contrato carece de eficacia. No hay, pues, nada que autorice para interpretar la demanda, como la interpretó el tribunal, en el sentido de que la actora persigue el pago del precio de la compraventa que ella pretendió celebrar con su hijo no emancipado.

Como la corte encuentra fundada la primera de las causales alegadas, no considera las restantes, infirmará el fallo acusado y dictará en su lugar la resolución que corresponda.

Esta resolución no puede ser otra que la de pronunciar oficiosamente la nulidad absoluta de las declaraciones 4ª a 7ª, hechas en la escritura número 562, nulidad absoluta que, por aparecer de manifiesto en el acto, debe ser declarada por la corte, aún sin petición de parte, como lo ordena la ley 95 de 1890, en su artículo 15.

En la declaración de voluntad hecha en beneficio del menor Juan Manuel, por su madre legítima doña Ruth, faltó el concurso real de las voluntades de dos o más personas, aunque hubiera varios patrimonios, concurso que exige el artículo 1,494 del código civil para que nazcan obligaciones contractuales.

Requiérese aquel concurso real aun en los contratos unilaterales —comodato, mutuo, etc., etc.—, porque el hecho de obligarse una sola de las partes no significa que pueda prescindirse de la voluntad de al menos otra persona.

Doña Ruth quiso transferir lo suyo en su propio nombre y quiso también adquirir eso mismo suyo haciendo ya, según sus palabras, "las declaraciones anteriores en su carácter de representante legal de su hijo Juan Manuel de la Torre González, sobre quien ejerce los derechos de patria potestad". Procedió por sí y ejerció la representación de la otra parte. Semejante desdoblamiento de la personalidad es en este caso injurídico. Cuando obra el padre así en su nombre como en el nombre de su hijo menor a quien representa y con quien contrata, lo injurídico llega a lo absurdo y la nulidad absoluta toca los linderos de la inexistencia.

Por lo dicho, la corte pronunciará la nulidad absoluta. Al pronunciarla no teme quebrantar la presunción de verdad que encierra la cosa juzgada, sobre que tánto se ha insistido en este juicio para otros efectos.

A folios 76 vuelta y siguientes, aparecen en copia tres fallos: uno pronunciado por el juzgado séptimo del circuito de Bogotá, con fecha 22 de julio de 1926, en el juicio de división de bienes promovido por el señor Guillermo González Silva S., en representación del menor Juan Manuel de la Torre González, contra el señor Obdulio Robayo, causahabiente de la señora Ruth González de de la Torre en el dominio de la casa marcada con el número 242-B de la carrera tercera de esta ciudad; otro pronunciado por el tribunal superior de Bogotá, con fecha 21 de marzo de 1927, en el mismo juicio de división de bienes comunes, y un tercero, pronunciado por esta corte, en sala de casación civil, con fecha 14 de febrero de 1929, por medio del cual se declaró que no era el caso de infirmar, y no se infirmó, la sentencia del tribunal a que se ha aludido.

Los tres fallos se refieren a la oposición que el señor Robayo hizo a la demanda del menor Juan Manuel de la Torre González, alegando que éste no tenía la calidad de comunero en la casa marcada con el número 242-B. El juez declaró infundada la oposición, el tribunal confirmó la providencia del juez y la corte no infirmó la sentencia del tribunal.

En el juicio mencionado no se discutió sobre la nulidad absoluta de las declaraciones 4ª a 7ª contenidas en la escritura número 562, varias veces aludida. En tal juicio se partió de la validez inicial de las declaraciones dichas. Las partes contendieron sobre la eficacia de la revocación de esas declaraciones y sobre el alcance de la venta hecha por la señora Ruth al señor Robayo.

Aún suponiendo en los dos juicios identidad jurídica entre las personas de los litigantes, y no hay prueba de que la hubiese porque en los autos no se ha establecido que la señora González de de la Torre tenga el carácter de causahabiente del señor Robayo, ha de tenerse en cuenta que comparando los extremos de la demanda de división y de la oposición a esa demanda con los extremos del libelo que dio origen al presente juicio, no puede decirse que haya la identidad de objeto y la identidad de motivo necesarias para que la cosa juzgada se produzca. Solamente, como lo anota el señor juez de la primera instancia, una de las peticiones de la demanda, la que se encamina a obtener la declaración de que el demandado no es dueño de una cuota en el inmueble, pudiera, si llegara a ser declarada, afectar la cosa juzgada en el juicio divisorio. Pero ha de tenerse en cuenta que en tal juicio divisorio, según lo dijo en repetidos pasajes el tribunal superior de Bogotá, se hizo un estudio comparativo de los títulos desde el punto de vista de su forma, pero se advirtió que lo referente a nulidad de la revocación hecha por la vendedora debería ventilarse en juicio separado. La corte reconoció que el juicio ordinario a que dio origen la oposición de Robayo tenía que versar precisamente sobre dominio, por cuanto en este plano fue planteada la controversia. Mas se repite que es ésta la primera ocasión en que se estudian las declaraciones hechas en la escritura número quinientos sesenta y dos (562) por el aspecto de una nulidad absoluta, procedente de haber sido una sola persona física la que pretendió celebrar un contrato bilateral actuando por sí, como una de las partes, y en nombre de un incapaz cuya representación le correspondía según las leyes, como la otra parte. Adviértese asimismo que la nulidad absoluta por este aspecto no ha sido demandada en el presente juicio, pues, como se ha dicho, la corte procede a

declararla de oficio en obedecimiento a conocido precepto legal.

En mérito de lo expuesto, la corte suprema de justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

F a l l a :

Primero.—Infírmase la sentencia proferida por el tribunal superior de Bogotá, con fecha veintitrés (23) de marzo de mil novecientos treinta y cuatro (1934), en el juicio ordinario de la señora Ruth González de de la Torre contra el señor Juan Manuel de la Torre González.

Segundo.—Revócase la sentencia pronunciada en el mencionado juicio por el señor juez quinto, en lo civil, del circuito de Bogotá, con fecha dieciocho de octubre de mil novecientos treinta y dos (1932).

Tercero.—Son absolutamente nulas las declaraciones que la señora Ruth González de de la Torre hizo en los puntos cuarto, quinto, sexto y séptimo de la escritura número quinientos sesenta y dos (562), de ocho de junio de mil novecientos veintidós (1922), otorgada en la notaría quinta del circuito de Bogotá.

Cuarto.—Cancélense, en la forma prescrita por el código civil, las declaraciones escriturarias a que se refiere el punto anterior, y cancélense igualmente, en la forma legal, el registro o inscripción de la citada escritura número quinientos sesenta y dos (562), en lo relativo a esas declaraciones.

Quinto.—Por el juzgado de origen se comunicará la parte resolutiva de esta sentencia al señor notario quinto de este circuito y al señor registrador del círculo de Bogotá, para lo de su cargo.

Sin costas.

Notifíquese, publíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al tribunal de su origen.

Eduardo Zuleta Angel, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno Jaramillo, Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha, Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

DEMANDA PARA EL PAGO DEL VALOR TOTAL DE UN CONTRATO DE SEGURO POR INCENDIO DE UNA NAVE

Para cobrar el valor total de un seguro no se necesita, como requisito previo indispensable, la dejación de la cosa asegurada. La dejación es un derecho que la ley confiere al asegurado y de que, por lo mismo que es un derecho suyo, puede no hacer uso, si así lo tiene a bien. De esto no ha de deducirse que el asegurado esté capacitado para conservar lo que quede de la nave, pues si eso ocurriese se enriquecería a expensa ajena, contra principios generales de derecho. (Art. 641 C. Co. terrestre). Al tenor de este artículo, es de la esencia del contrato de seguro constituir indemnización y no negocio. Por tanto, es claro que cuando el asegurador paga el valor total del seguro y algo ha quedado de lo asegurado, esto debe reconocerse; de lo contrario habría enriquecimiento a expensa ajena y el asegurador pagaría sin causa lo correspondiente a ese saldo o resto salvado, pero, habiéndose ejercitado la acción de pérdida total y no la de avería, y siendo el contrato de pérdida total, debió la Compañía aseguradora demostrar y probar cuánto quedó a salvo del siniestro para obtener dentro de este juicio el descuento correspondiente.

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

(Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

El señor Nicolás Rosanía vecino de Barranquilla, dueño de la póliza de seguros Nº B070, de marzo de 1927 por cesión que le hizo el señor José Ignacio Pérez, contratante de ese seguro con The London & Provincial Marine & General Insurance Co. Ltd. de Londres y Caledonian Insurance Company, demandó a aquella compañía para el pago del valor del seguro allí pactado, o sean veinte mil pesos moneda corriente colombiana, con los recargos consiguientes a la mora afirmada por el demandante.

El Juzgado 5º del Circuito de Bogotá, ante el cual cursó la primera instancia, la desató en sentencia de catorce de julio de mil novecientos treinta y dós, condenando a la compañía demandada al pago de la mitad de esa suma; señalándole el término legal para el pago a contar de la ejecutoria de ese fallo con las prevenciones legales para el caso de mora, y negando las demás peticiones del libelo.

Apelaron ambas partes, y la segunda instancia se desató por el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia de ventidós de febrero de mil novecientos treinta y cuatro que, revocando la apelada, absolvió al demandado de todos los cargos de la demanda, sin costas.

Contra esta sentencia recurrió en casación el demandante, y admitido y tramitado el recurso es llegada la oportunidad de decidirlo.

La póliza aludida, que original forma el folio 6º del cuaderno 1º y en copia auténtica los folios 53 y 54 del cuaderno 5º, a más de la descripción del yate "Cúcuta", con sus dimensiones y demás detalles conducentes a identificarlo y con expresión de estar destinado a navegar en el río Magdalena y sus afluentes allí explicados, contiene el seguro contra pérdida total, por la cantidad de veinte mil pesos moneda colombiana, durante un año vencedero a las cuatro de la tarde del 2 de marzo de 1928, sobre prima pagada por toda esa anualidad.

Las partes contratantes, o sean, las compañías aseguradoras y el señor Pérez, cuyo cesionario es el señor Rosanía, declaran en la póliza someterse a las condiciones generales establecidas al respaldo de la misma póliza, de las cuales se transcriben las pertinentes a este pleito, a saber:

1ª Las compañías responden por esta póliza de la pérdida total del yate producida por accidentes ocurridos ya sea en puerto o durante la navegación, como varadura, incendio, explosiones, naufragio, colisión y demás accidentes fortuitos de la navegación. En consecuencia, no quedan amparados por esta póliza los daños y pérdidas que procedan de barratería del capitán y de la tripulación y del asegurado y por guerra civil o extranjera, de insurrección popular o militar, de huelgas o de cualquier insurrección de trabajadores u obreros, de cualquier trastorno del orden público, de confiscaciones, capturas, represalias de gobernantes o autoridades cualesquiera. 2ª El caso de pérdida total cubierto por esta póliza tiene lugar cuando el yate, por causa de accidentes, quede completamente destruído o dañado hasta el punto de ser inservible para el objeto que se le destina; pero no cuando esa pérdida provenga de las consecuencias directas o indirectas de cualesquiera de los riesgos que expresamente no ampara esta póliza, según la cláusula anterior. También se considera como pérdida total aquellos en que no habiendo sido destruído o perdido totalmente el yate, los daños sufridos o las condiciones en que quede sean de tal naturaleza que su reparación costaría más que el valor del yate en estado sano. Para los efectos de esta póliza el valor del yate en estado sano se considerará igual al valor comercial del mismo fijado por la presente póliza; de manera que, en el presente caso, habrá derecho de reclamo por pérdida total si se estimare que los gastos de salvamento y reparación fueren mayores de treinta mil pesos ($ 30,000.00) moneda corriente colombiana, sin tener en cuenta en esta estimación nada con respecto al valor dañado o de venta con rezagos o restos del yate; pero no habrá lugar a reclamo por pérdida total si los gastos de salvamento y reparación fueren menores que la avaluación del yate por la presente póliza. 3ª Sea que haya o no lugar al abandono del yate, es obligación del asegurado cuidar por sí mismo o por medio de sus agentes del salvamento y conservación del yate. 4ª En ningún caso excederá la responsabilidad de las compañías de la suma asegurada por esta póliza, a saber: veinte mil pesos ($ 20,000.00) moneda corriente colombiana".

El Tribunal estudia la póliza y su traspaso hecho por Pérez a Rosanía y estudia los comprobantes del siniestro que causó la pérdida del "Cúcuta" en la tarde del 10 de octubre de 1927, y encuentra que las partes están acordes en que el incendio ocurrido causó la pérdida total de la nave asegurada, y que el asegurador no ha pagado el valor del seguro porque atribuye el siniestro a manejos delictuosos del dueño y del capitán y de la tripulación de esa nave.

Al llegar el Tribunal en su análisis de las probanzas a esta conclusión, se detiene a considerar lo relativo a la dejación, problema planteado por la parte demandada en la audiencia ante el Tribunal, y cuya elucidación previa estima éste necesaria para saber si es o no el caso de entrar a resolver la cuestión de fondo.

En seguida el Tribunal afirma que un asegurado tiene dos acciones: dejación y avería que tienden a cobrar, en su orden, la totalidad del aseguro o el demérito. Añade: si ejercita ésta, conserva la propiedad de la cosa asegurada; cuando ejercita aquélla, debe hacer lo conducente a transferir la cosa misma o lo que de ella quede al asegurador, y concluye: "De manera que es indispensable para la prosperidad de la acción ejercitada por el asegurado en que cobra el valor total del seguro, que haya hecho dejación de la cosa asegurada. En el presente caso cobra el valor total del seguro y no aparece que se haya hecho dejación de la cosa asegurada; luego la acción no puede prosperar". Y con-

firmando esta interpretación del caso y de la demanda misma, agrega: "Cuando el asegurado puede optar entre el cobro total del seguro y el del deterioro, es claro que es un derecho para él la escogencia o elección de la acción; pero si ejercita la acción de dejación, tiene que llenar los requisitos que son indispensables para que su prosperidad sea viable". Continúa la sentencia recurrida: "No es argumento que pueda excusar la dejación, el hecho de que se hubiera perdido totalmente la cosa asegurada, porque, de un lado, es inadmisible que el actor pretenda excusar su omisión, previendo la ineficacia del hecho que debía ejecutar, ya que las consecuencias de él no le corresponde apreciarlas sino a la parte en cuyo favor se debe seguir, pues aquélla está obligada a su ejecución, cualesquiera que sean los resultados que de ella se deriven; y también, porque si se atiende a los términos claros del artículo 478 de la obra mencionada, la dejación de la nave comprende el precio de los fletes de las mercaderías salvadas, luego en este caso, aun suponiendo verdadera la afirmación del apoderado de la parte demandante, sí tenía objeto la dejación".

Como se ve, el Tribunal toma por demanda de dejación la de este caso, que es exigencia del valor total del seguro, lisa y llana y exclusivamente. Y al propio tiempo sostiene que la exigencia de ese valor total requiere como circunstancia previa, sine qua non, la dejación de la cosa asegurada, y porque no ha habido dejación, se abstiene de entrar en el fondo.

Lo transcrito de la póliza hace ver las circunstancias peculiares del contrato celebrado, que es al que el pleito se refiere y al que, por tanto, el presente fallo debe concretarse.

Allí se ve de modo inequívoco que las averías se contemplan sólo para excluírlas y que el seguro versa únicamente sobre pérdida total. Se ve que lo pactado es esto: o hay pérdida total y entonces el asegurador paga el valor total del seguro, o no hay pérdida de esa magnitud y calidad precisa y entonces no hay lugar a indemnización alguna. Es en forma de dilema como se celebró y hasta reglamentó el contrato que aquí debe estudiarse y sobre cuyo cumplimiento versa la demanda.

En ese empeño de precisión tan ceñida, la póliza entra en la aludida reglamentación, al punto de poner casos expresos, a manera de ejemplo o de guía, acerca de lo que no será causal de pago alguno; y, en el mismo empeño, entra en la especificación de la pérdida total de la misma, a fin de que no quede asomo de duda sobre qué es lo exclusivamente determinante del pago.

No sobra recordar que de ordinario, y de ello es un caso el presente, las pólizas las escribe o tiene escritas ya, y hasta impresas la compañía aseguradora; de suerte que lo que corresponde al que va a asegurarse es someterse a lo que el asegurador tiene preestablecido.

Por consiguiente, si el sentenciador encuentra como punto de partida o como base un contrato pactado y redactado tal como rezan las cláusulas aquí transcritas y encuentra, por lo demás, comprobada la pérdida total, al extremo que el asegurador concurre a firmarla y párte de ella como base en sus alegaciones, es de concluírse que se impone el estudio de la acción en sí misma, en vez de esquivarlo a pretexto de no haber habido dejación previa.

Los conceptos que sobre la dejación en sí misma ocurre formular, en uno cualquiera de los sentidos en que ella puede apreciarse, no pueden ser óbice o disculpa para no estudiar la acción en un caso como el presente, en que se contrató de modo tan ceñido, preciso e inequívoco acerca del pago y del caso único en que podía sobrevenir esta obligación, que lo forzoso es deducir de las estipulaciones del contrato y del hecho de no estar discutida siquiera por el asegurador la pérdida total que el demandante afirma, que la acción incoada existe.

Nótese que no se habla aquí de condenar al pago, sino simplemente de entrar en el estudio de la acción, pues sabido es que la sola existencia de ésta y el asistirle a quien la ejercita, no basta para la condenación, porque después de encontrarse esos elementos deben pesarse las excepciones que ocurran, como dispone el C. J., sea al tenor de su artículo 341, sea al del 343.

Queda expuesto que lo demandado es sencillamente el valor total del seguro. En cierto pasaje de los transcritos de la sentencia recurrida el Tribunal conceptúa que es de dejación, y si bien en otros pasajes, contradiciendo ese concepto, habla de la dejación, no ya para decir que, ejercida aquí, no está comprobada, sino que no se ha ejercitado, se halla, sin embargo justificado, por aquel motivo, el cargo de que la demanda fue mal interpretada.

Otro error del Tribunal consiste en haber exigido como requisito previo indispensable en todo seguro, cualquiera que sea el siniestro y cualquiera que sea la póliza, la dejación como requisito previo indispensable para cobrar el valor del seguro. Y también lo es el de haberse abstenido de considerar la acción y las excepciones, por faltar esa dejación, desoyendo el contrato mismo.

Incurrió, pues, el Tribunal, en violación directa, dejando de aplicarlos, del artículo 1602 del C. C., según el cual el contrato de seguro aquí citado es ley para los contratantes, hoy litigantes, y de los artículos 647 del Código de Comercio Terrestre y 444 del Código de Comercio Marítimo, según los cuales el asegurador debe indemnizar al asegurado. También de los artículos de esta última obra relativos a dejación, entre ellos en especial el 475 y el 496 por mala interpretación, en cuanto el fallo la erige en obligación del asegurado. Y también del artículo 505 de esta misma obra, en cuanto fundándose en él y en la inteligencia equivocada que le da, el Tribunal lo aplica, sin ser el caso, y absuelve al demandado sin entrar a estudiar la acción, por el sólo hecho de faltar la dejación previa.

Como estos cargos del recurrente, así analizados por la Corte, prosperan, debe casarse la sentencia recurrida y dictarse la que haya de reemplazarla. (C. J., artículo 538).

En el capítulo precedente de este fallo se consideró lo relativo al contrato de seguro y al siniestro, desde el punto de vista de la casación. Allí se vio cómo el Tribunal, aun hallándolos probados, absolvió al asegurador por el motivo que en ese capítulo se analiza y desecha.

Ahora, en lo atañadero al fallo que ha de reemplazar al que se casa, ocurre estudiar las probanzas como en sentencia de instancia corresponde y hacer otro tanto con las pertinentes cuestiones de derecho.

El Código de Comercio Marítimo enumera en su artículo 470 los elementos probatorios que el asegurado debe aducir "para obtener la indemnización de un siniestro mayor o menor". Al efecto, el señor Rosanía ha traído: la póliza misma, la aceptación por los asegurados del traspaso hecho a ese señor, las escrituras de protesta, Nº 3190 de 7 de octubre y Nº 3262 de 4 de noviembre, ambas de 1927 y de la Notaría 2ª de Barranquilla, y copia de la sentencia del Juez del Circuito de Plato, que en la actuación sobre el siniestro y el salvamento dictó el 6 de noviembre de 1928. Esta documentación, acompañada a la demanda, forma los folios 6 a 81 del cuaderno 1º. En el cuaderno 6º obran esas mismas escrituras públicas en copia notarial registrada.

Acreditó de este modo el actor el contrato mismo de seguro cuyo cumplimiento ahora demanda, el traspaso hecho a su favor por el asegurado inicial señor Pérez y aceptado por los aseguradores, y la pérdida total del yate por incendio en la tarde del 10 de octubre de 1927, así como los esfuerzos del capitán y de la tripulación para salvarlo.

Se impone ante todo la observación de que el asegurador no ha negado en manera alguna la pérdida del "Cúcuta" dentro del año del seguro ni negado a esa pérdida la calidad de total.

Deduciéndose de este hecho y de ese conjunto de pruebas y del texto de la póliza la acción incoada, así como que ella asiste a quien la ejercita, pasa a estudiarse lo relativo a excepciones.

Entre ellas ocurre establecer en gracia de la claridad, este orden: menor valor del yate asegurado, baratería y dejación.

El asegurador demandado, que no formuló demanda de reconvención y que no contestó la demanda, no adujo ab initio, como se encuentra releyendo sus cartas y notas anteriores a la demanda y presentadas en copia con ella por el demandante (cuaderno 1º, folios 32 a 34), a manera de justificación o causal de negativa al pago inmediato del valor total del seguro, sino la baratería: y sólo más tarde, ya citadas las partes para sentencia en la segunda instancia, en la audiencia pública vino a agregar a ésa que había sido su alegación única hasta entonces, la falta de dejación, sobre la cual insistió cardinalmente, y el menor valor del yate.

Dice que este valor es múltiples veces menor de aquel con que aparece en la póliza, y sugiere con esto un indicio de la dañada intención inicial, que vino a culminar en la baratería afirmada por su parte desde el primer momento.

El demandado no comprobó el menor valor del yate "Cúcuta".

Es verdad que según la copia de la diligencia de 20 de noviembre de 1926 que forma los infolios 2º y 3º del cuaderno 6º, para esa fecha se remató en $ 2,360 por el señor Manuel Narciso Araújo, quien el 22 de los mismo mes y año lo vendió al señor Pérez, según afirma éste al otorgar la escritura de hipoteca a favor del señor Rosanía, cuya copia registrada forma los folios 38 a 40 del cuaderno 5º. Pero no es menos cierto que en seguida le introdujo el nuevo dueño señor Pérez, reparaciones y mejoras valiosas, entre ellas los motores de que hablan los comprobantes de folios 46 a 50 del cuaderno 7º, y que, además, varios testigos (folio 54 y siguientes del mismo cuaderno 7º) presenciales de esas labores, atestiguan la veracidad de ese hecho y hablan de que todo ello implicó un costo no menor de veinte mil pesos. Algunos elevan esa cifra a veinticin-

co mil. La póliza misma declara que el yate fue reconstruído en Cartagena.

De resto, bastaría acerca de esa afirmación de menor valor hecha por el demandado, la circunstancia de no haberla él comprobado.

Por otra parte, el artículo 415 del Código de Comercio Marítimo establece en su inciso 1º la presunción de reconocimiento de las partes de que es justo el avalúo de la cosa asegurada, por el hecho de haber suscrito la póliza, permitiéndoles, eso sí, reclamar. Pero en su inciso 2º dice: "Ni el asegurado ni el asegurador podrán ejercitar ese derecho después de tener conocimiento del feliz arribo o de la pérdida o deterioro de los objetos asegurados".

La excepción de barratería o, lo que es lo mismo, el cargo de ésta formulado por el asegurador, lo presenta en dos formas: principalmente como fraudulenta y en subsidio como simple.

A decir de él, el aseguro, que se contrató por suma exageradamente alta en comparación con el valor que él atribuye como efectivo al "Cúcuta", y que ya se estudió aquí, inició una maniobra dolosa y hasta criminal, preparada con el descargue de elementos del mismo yate en el que vino a ser su último viaje, así: seiscientos bultos de sal el 27 de septiembre y para el 9 de octubre, víspera del siniestro, las victrolas y demás mercancías de que hablan los declarantes que se citarán aquí en seguida y hasta algunas piezas o repuestos de la maquinaria de la misma nave asegurada; esas mercancías descargadas —conceptúa o afirma el asegurador— el capitán y demás autoridades del yate las dieron a guardar para disponer de ellas como propias, y los elementos de la maquinaria los quisieron botar al río cuando se vieron descubiertos en sus intenciones; y llegó su preparación al extremo, según sugiere el mismo asegurador, de venir a salvarse el diario de la nave, que podía ser útil como instrumento probatorio en su favor, al paso que de ordinario en un incendio de la magnitud del acaecido nadie está para salvar con preferencia y hasta exclusividad los simples papeles, a no ser que presienta acusación ulterior a cuya defensa quiere prepararse.

Parece resumido fielmente así el cargo.

De estos hechos el plenamente comprobado es sólo el de los descargues de que acaba de hablarse.

Las pruebas del demandado se hallan en el cuaderno 6º. Las constituyen principalmente declaraciones de testigos. Según éstos, empleados de las rentas oficiales que perseguían un contrabando, ocasional y casualmente hallaron las aludidas mercancías el 12 de octubre de 1927 en las casitas o chozas de la orilla del río Magdalena que hay cercanas al lugar del incendio, y que habían sido llevadas allí por orden del capitán del "Cúcuta". Los habitantes de esas casitas declaran lo del recibo, así como de la orden de vender por ciertos precios para el capitán. Los empleados de las rentas dicen que así hallaron esa situación y que las mercancías en referencia las tomaron ellos y las entregaron al alcalde de Zambrano porque hallaron su procedencia sospechosa.

Del conjunto y pruebas levantado sobre barratería fraudulenta por el asegurador lo único que aparece legalmente establecido, repítese, es lo que acaba de verse, y lo que de ahí puede deducirse no es la barratería misma, sino un indicio de ella. Y sabido es que un solo indicio no es prueba plena sino siendo necesario. Claro es que el de que se trata no tiene esa calidad. (C. J., art. 663).

No debe olvidarse que el incendio, causado como el demandado afirma, constituye, en su caso, un delito; que la inocencia se presume; que el dolo no se presume sino en ciertos casos previstos por la ley, entre los cuales no figura el de que aquí se trata, y que el siniestro se presume fortuito, según el artículo 663 del C. C. terrestre.

La acucia habida en salvar el diario de navegación y demás papeles no es en manera alguna sospechosa, si se recuerda la importancia que aquél tiene, para lo cual, entre las disposiciones pertinentes del Código de Comercio Marítimo basta citar los artículos 90, 92, 98, ord. 3º, 99, ord. 2º, y III, inc. 2º.

No hallándose acreditado el cargo de barratería fraudulenta, se entra a estudiar el de barratería simple.

La hace consistir el demandado en que el incendio lo determinó un descuido en cuya virtud la gasolina, vertida inoportuna e imprudentemente, se inflamó y produjo el siniestro, por lo cual es un hecho que éste no habría ocurrido sin ese descuido culposo.

El demandante afirma, y en los comprobantes aducidos por él con su demanda relativos al modo de producirse el incendio así se halla también, que no hubo esa falta de prudencia o de precaución y sugiere además, que, yendo junto con el yate "Cúcuta" los botes "Sol" y "Luz", no fue en el traspaso o provisión de gasolina dentro del mismo yate, sino de uno de los botes, donde y como tuvo lugar el estallido del fuego.

Las pruebas a que acaba de aludirse, así como las demás que obran en autos sobre el

estado de los motores y sobre los daños que les habían sobrevenido y las reparaciones que se les habían hecho, hacen ver que efectivamente está muy distante de una comprobación satisfactoria en ley la que se ha levantado aquí sobre esa culpabilidad o descuido, y que, por el contrario, el cuidado debido aparece empleado por las personas que atendían a la maniobra u operación de que se habla.

Así las cosas, no puede prosperar el cargo de barateria simple tampoco.

Encontrando la Corte sobre probanzas de baratería y sobre cuidado lo que se resume en los inmediatos párrafos precedentes, no ocurre estudiar el alcance de la sentencia citada del Juzgado de Plato para el demandado en este pleito, quien sostiene que, no habiendo sido parte en las diligencias en que ella se dictó, no le perjudica. Sin embargo, procede advertir que tales diligencias se siguieron de conformidad con el Decreto 889 de 1907, cuyo artículo 59 dispone que ha de citarse al agente del asegurador en el lugar (alude aquí como lugar al primer puerto donde haya autoridades competentes, a que se llegue después del siniestro), para que se haga parte; claro es que esto sucederá en habiendo ahí tales agentes, y concluye disponiendo que el Juez del Circuito respectivo, a quien se pasarán las diligencias, decidirá (esta es la palabra de que ese artículo 59 se vale), si el siniestro es imputable o no a la empresa, al capitán o tripulantes, por incapacidad o dolo, o a caso imprevisto independiente de la tripulación y de la calidad de la nave, y mandará dar copia a los agentes de las compañías de seguros que hayan sido parte en el juicio y lo soliciten, para que puedan reconocer y liquidar las averías conforme a sus pólizas.

Ante el contexto de este artículo del Decreto 889 y ante las restantes disposiciones y fines del mismo, cabe indagar el alcance que tenga la aludida sentencia en casos en que el asegurador respectivo no haya intervenido en ellas; pero no es precisa esa indagación en el presente pleito, porque el análisis de los demás elementos probatorios aducidos sobre el modo de sobrevenir el siniestro y de atendersé al salvamento conduce, como ya se dijo, a no admitir el cargo de baratería en ninguna de las dos formas en que el demandado lo asevera y formula.

El estudio que la Corte ha hecho de las pruebas levantadas a estos respectos por el demandante (cuaderno 7º) no es necesario detallarlo aquí, siendo así que lo antedicho basta para la no admisión del cargo en referencia que le formula el demandado.

Se advierte sí, en gracia de la exposición completa del caso, que aquél tacha por improbidad a algunos de los testigos que intervinieron en el hallazgo y entrega de elementos al alcalde de Zambrano y explica el descargue de la sal por obra del peligro en que ésta se hallaba yendo a la intemperie y la conveniencia de dejarla y tomar en cambio un cargamento de madera.

Se entra a estudiar lo relativo a la dejación.

En las pólizas de seguros no limitadas exclusivamente a la pérdida total, se indemniza por las averías y, por tanto, cabe en la indemnización una gradación proporcional al daño; y cuando éste llega a cierta intensidad o magnitud, le es opcional al asegurado exigir sólo la indemnización conservando lo que reste de lo asegurado o exigir el valor total del seguro dejando al asegurador ese saldo o resto.

El Código de Comercio Terrestre, en su artículo 636, asimila a pérdida total la que, si no lo es efectivamente, sí alcanza a las tres cuartas partes de lo asegurado. El Código de Comercio Marítimo enumera en su artículo 476 los casos en que cabe la dejación, es decir, en que la magnitud del daño sufrido por lo asegurado autoriza al asegurado para dejar lo que quede y exigir, como ya se dijo, el valor total del seguro. El artículo 505 de esta misma obra, reconociendo implícitamente que el consiguiente derecho del asegurado es opcional, permite presentar ambas acciones aludidas como solidarias y establece que, si el asegurado pierde la dejación no por esto queda privado de la de avería, es decir, que ha podido creer erróneamente que la magnitud del daño sufrido lo autorice a dejar lo salvado y a pedir el valor total del seguro, y que resultando en el litigio habido al respecto que no llega a tanto ese daño y que, por lo mismo, no es el caso de dejar el resto para exigir todo aquel valor, puede ese asegurado, a pesar de ser vencido en ese empeño, exigir la parte de este valor proporcional al daño. En este caso, conservará el asegurado ese resto salvado. En el de triunfar en su empeño de dejación, recibirá el valor total del seguro y el referido resto salvado quedará siendo del asegurador.

Este paga la avería por virtud del contrato de seguro; de suerte que el pago va proporcionalmente hasta donde el daño vaya. Este contrato es de indemnización y no negocio, como expresamente lo estatuye el artículo 641 del Código de Comercio Terrestre.

Cuando de lo asegurado algo queda y el asegurado puede optar y opta por el valor total del seguro, el asegurador lo paga por dos motivos que se juntan, así: parte por su obligación de indemnizar y parte por la dejación. Por ejemplo, si se han asegurado mercancías por valor de diez y sufren daño por valor de dos, el asegurador paga estos dos y el asegurado conserva las mercancías; y si el daño llega, v. gr., a ocho, el asegurado puede conservar los dos y exigir el pago de ocho, o dejar los dos y exigir el pago de todos los diez, y en este último evento el asegurador paga los diez, así: los ocho por indemnización del daño y los dos por el traspaso del saldo de mercancías.

Claro es que, sin el traspaso implicado por la dejación, carecería de causa la indemnización correspondiente a lo salvado o sea, en este ejemplo, a los dos de que acaba de hablarse. Pero es también claro que el asegurado no está en la obligación de dejar. La dejación es un derecho que la ley le confiere y de que, por lo mismo que es un derecho suyo, puede no hacer uso, si así lo tiene a bien. El Código de Comercio Marítimo así lo persuade en sus disposiciones pertinentes, entre las cuales ocurre citar los artículos 475 y 496, de que atrás se hizo mérito.

Pero en la póliza del seguro del presente pleito no se da cabida a gradación de daños; ella no habla de las averías sino para excluírlas terminantemente. Declara que el seguro es por PERDIDA TOTAL LIBRE DE TODA AVERIA (así en mayúsculas está en la póliza, como se ve ésta al citado folio 6º del cuaderno 1º). Una y otra de las dos partes contratantes bien supieron desde que contrataron en términos tan claros e inequívocos como los de esa póliza, que se ponían ante el dilema todo o nada. O había pérdida total, y entonces precisamente habría el pago del valor total del seguro; o no había tal pérdida total, y entonces nada tenía que pagar el asegurador, aunque hubiese averías, aunque hubiese daños más o menos graves.

De la dejación no habla la póliza como requisito para el pago, sino incidentalmente para recordar la obligación del asegurado de cuidar lo que se salvase. Así dice la cláusula 3ª. Repítese que las cláusulas transcritas imponen el concepto de que lo acordado por las partes fue que, en ocurriendo pérdida total, se produciría la obligación de pagar el valor total del seguro.

La cita de la dejación con ese solo objeto contrasta con la de barratería, aducida expresamente como causal de no pago, en su caso. Significase con esto que si las partes, que tan espaciosamente expresan qué es avería y cómo de éstas no responde el asegurador, y que se detienen a hablar de la barratería como determinante de no pago, no hablan de la dejación sino en la forma que se ve en la transcrita cláusula 3ª, es este contraste una circunstancia más que se agrega para corroborar el concepto de que en las palabras de los contratantes no estuvo, ni en su intención tampoco, eludir o procastinar el pago mediante una dejación previa, sino proveer a él de modo inmediato, en ocurriendo pérdida total, salvo tan sólo, exclusivamente para el efecto, la barratería.

Así, pues, la posibilidad de que la pérdida total no fuese absoluta y de que, por ende, aún ocurriendo por sólo aquélla el pago total, quedasen elementos de la nave asegurada, no fue para los contratantes causal de esquivar o demorar ese pago. Pero tampoco puede entenderse que, de haberse contratado así, haya de deducirse siempre que el asegurado esté capacitado para conservar lo que quede de la nave. Porque cabe advertir que una cosa es que del hecho de quedar de la nave elementos aprovechables no se deduzca causal de demora en el pago del valor del seguro, y otra cosa es que el asegurado, que recibe este valor íntegramente, conserve, sin embargo, esos elementos, lo que equivaldría a enriquecerse a expensa ajena, contra principios universales de derecho acogidos por el artículo 641, ya citado aquí, de nuestro Código de Comercio Terrestre.

Por este motivo ocurre conceptuar que, a haberse demostrado en este pleito la existencia de un remanente efectivo con algún valor comercial, esta sentencia tendría que proveer al respecto, mediante, por ejemplo, una liquidación en que la respectiva compensación se precisase.

Pero, sin esa demostración por una parte y, por otra, con la admisión de la pérdida por el asegurador, no cabe sino la condenación al pago.

Al tenor de dicho artículo 641, como se ha visto, es de la esencia del contrato de seguros constituír indemnización y no negocio. Por tanto, en tesis general es claro que cuando el asegurador paga el valor total del seguro y algo ha quedado de lo asegurado, esto debe reconocerse, de lo contrario, éste se enriquecería a expensa ajena y, de otro lado, el asegurador pagaría sin causa lo correspondiente a ese saldo o resto salvado. Pero en un caso como el presente en que se contrató como se ha visto; en que ninguna prueba obra en el proceso de existir o de haber quedado efectivamente tales saldo o elementos; en que lo único invocado contra

el pago inmediato por el asegurador fue la barratería que creyó haber en el siniestro; y en que la pérdida total, definida nimiamente en la póliza, no ha sido negada por el asegurador, no puede ser excepción admisible en forma, como éste pretende, de no poder ser condenado al pago aun rechazando el cargo de barratería, por faltar la dejación previa de lo que pudo haber quedado; y de lo cual, vuelve a decirse, no se demostró en forma alguna que efectivamente quedase.

El demandado no dijo que el yate no pereció, o que no quedó inservible, o que puede repararse con costo menor del que la póliza explica, que es lo que, al tenor de la póliza, podía haber invocado contra el hecho protuberante de la pérdida total y de la afirmación de ésta por el actor como base y razón cardinal de su demanda.

El demandado, que no contestó la demanda, que no contrademandó, que no pidió pruebas en primera instancia, que no alegó por escrito en ella ni en la segunda, se negó al pago inmediato en razón, tan sólo, de la barratería que imputó al demandante. Así se ve en sus cartas e informes anteriores al presente pleito, acompañados en copia al libelo inicial, citada ya en el presente fallo como lo único en donde pudo saberse el pensamiento del asegurador antes de la audiencia pública. Y al invocar en ella, como lo ha hecho ante la Corte, la dejación a manera de excepción, en cuanto por faltar ésta como requisito previo, indispensable, no puede, en su sentir, decretarse el pago del valor total del seguro, ha hablado de posibles elementos que dieran materia a la dejación, aludiendo a fletes por pagar, que son un accesorio de la nave, y al casco de la misma que, siendo metálico, supone no quedó consumido por las llamas.

De fletes hablan las escrituras de protesto y las declaraciones en ellas insertas para decir que no los había.

Cuanto al casco, nada consta en el expediente.

No consta en él, repítese, nada que diera asidero al juzgador para afirmar la efectiva existencia en materia dejable.

Así las cosas y conviniendo el asegurador en que acaeció a la verdad pérdida total, es decir, lo determinante del pago al tenor de la póliza, no se explicaría que, por no haberse llenado los trámites de una dejación, fuera absuelto el asegurador demandado.

Puede darse a la locución "acción de avería" un sentido amplio que englobe todas, desde el daño insignificante hasta la pérdida total absoluta por una explosión, v. gr.

Puede asimismo conceptuarse que la dejación previa sea necesaria para exigir ese pago total, aún en los casos de haberse pactado el seguro sólo contra pérdida total. Pero no se halla conducente a los fines de la presente sentencia y a las peculiaridades del presente pleito decidir si ese concepto es el aceptado por la Corte, porque, aunque por ese concepto hubiera de optarse, se llegaría a la misma conclusión antedicha, siendo así que se pactó en la forma detallada y exclusiva ya vista, que el asegurador no niega el acaecimiento de la pérdida total asegurada y que, por otra parte, no hay prueba alguna de que hubiera sujeta materia de dejación.

Apenas habrá para qué advertir que una cosa es hablar en la audiencia de la posibilidad de que quedara algo, que, en su caso fuera materia de dejación y otra cosa es demostrar, como pudo hacerlo el asegurador, en su caso, que efectivamente hubo materia para esa dejación que a última hora echa menos. Ambas instancias tuvieron el amplio término probatorio de los juicios de esta clase.

Se ha insistido, al parecer demasiado, sobre la circunstancia de no haber hablado de dejación el asegurador ni exigídola como requisito previo para el pago sino hasta la audiencia pública ante el Tribunal; pero es que ello interesa, no sólo por las razones expuestas a estos respectos en el presente fallo, sino también por el importante detalle del tiempo transcurrido desde el siniestro (octubre 10 de 1927) hasta esa audiencia (marzo 6 de 1933).

Habrá apenas para qué advertir que el punto de vista jurídico en lo relativo a la dejación, sea en sí misma en tesis general, sea en la forma condicionada que corresponde a las estipulaciones del contrato contemplado en el presente pleito, es algo que no muda en sí por el mero hecho de que el tiempo haya transcurrido; pero no acontece lo mismo con la situación de hecho, puesto que no puede pasarse por alto la diferencia entre la negativa surgida exclusivamente del cargo de barratería, única objeción o recurso alegado por el asegurador originariamente, y la negativa consistente en la falta de dejación, de que no vino él a dar noticia al asegurado sino mucho más tarde, al punto de que éste no vino a saberla —al menos a la luz del proceso— sino más de cinco y medio años después de acaecido el siniestro.

Lo dicho conduce a decretar el pago demandado.

Con todo, como los aseguradores fueron dos compañías distintas que afrontaron conjuntamente sin solidarizarse entre sí la obli-

gación divisible de pagar el dinero valor del seguro, y como no se ha demandado sino a una sola de ellas, no puede condenarse aquí sino a la mitad de la deuda, de conformidad con el artículo 1568 del C. C.

Esto, en cuanto a los veinte mil pesos del principal. A ello se agrega lo que pasa a verse sobre accesorios.

Se pide también en la demanda se condene a la compañía demandada a pagar los recargos establecidos por la ley 105 de 1927 en su artículo 25, a partir del 13 de enero de 1928, en que, según el actor, se cumplieron los noventa días de que esa disposición habla, contados desde la presentación al asegurador de la exigencia de pago con sus comprobantes satisfactorios. El Juzgado negó esta condena adicional por no hallar acreditada esa presentación en forma que diera lugar a la computación hecha por el demandante.

A estos respectos la Corte observa: la disposición de la ley 105 de 1927 citada por el demandante y el Juzgado fue reformada por la ley 89 de 1928, en el sentido de reducir al 5% la cifra del 25% equivocadamente señalada en aquélla. Y, en cuanto a la fecha desde la cual han de contarse los aludidos noventa días, se tiene: la compañía demandada manifiesta a la Superintendencia Bancaria en nota de 25 de junio de 1929 (cuaderno 1º, folio 34, frente) haber tenido conocimiento de la sentencia del Juzgado de Plato, citada en la presente sentencia, desde antes de que el señor Rosanía hubiera ocurrido a la Superintendencia, y como a ésta ocurrió el 28 de mayo de ese año (cuaderno 1º, folio 32), contados los noventa días de esta última fecha, se tiene que vencieron el 28 del siguiente agosto. Cualquiera que sea, en sí, el alcance del citado fallo del Juzgado del Circuito de Plato para la compañía, ello es que su conocimiento por lo menos sí la obliga para este mismo hecho, es decir, para poderse afirmar que cuando la conocía sí sabía que había ocurrido el siniestro afirmado por Rosanía y la consiguiente pérdida total del yate "Cúcuta" y mediaban las probanzas que ese Juzgado enumera y analiza, esto es, que sí se le habían presentado los alegatos requeridos por el citado artículo 25, reformado por el 3º de la citada ley 89 solamente en la rebaja antedicha.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia pronunciada en este pleito por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el veintidós de febrero de mil novecientos treinta y cuatro, y en su lugar resuelve:

Primero.—Condénase a The London & Provincial Marine & General Insurance Company Limited, a pagar al señor Nicolás Rosanía dentro de seis días contados desde que en el Juzgado de origen se notifique el auto de obedecimiento y cumplimiento de la presente sentencia:

a) Diez mil pesos ($ 10,000.00) moneda corriente colombiana, y

b) Los intereses corrientes de esa suma más un cinco por ciento anual (5%) adicional sobre la misma, unos y otro a partir del veintinueve de agosto de mil novecientos veintinueve, hasta el día del pago total.

Segundo.—Queda así reformada la sentencia de primera instancia.

Tercero.—No se hace condenación en costas.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Eduardo Zuleta Angel, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha.—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

ACCION DE SIMULACION DE UN CONTRATO Y DE RESTITUCION—CONTRADEMANDA

La titularidad del actor no aparece suficientemente clara debido al sistema adoptado por nuestro legislador del régimen de copropiedad herencial; de ahí que aun cuando aquél tenga el derecho de ejercitar las acciones de simulación y restitución para la sucesión de su madre y como heredero, es patente la imposibilidad jurídica de que la sucesión de Otilia G. v. de Sardi, representada por los otros herederos, sea demandada, pues el demandante no puede figurar al mismo tiempo como el adversario a quien se provoca.—Diferencia entre el acto inexistente y el acto nulo, o entre el acto jurídico al cual falta la causa y el objeto, y aquel cuyo objeto y causa son ilícitos. La circunstancia de que en el C. C. se coloque en la misma línea al hecho imposible que al ilícito, a la causa irreal que a la ilícita, como se puede observar en los artículos 1,518, inciso 3.o, 1,151, 1,532, 1,537 y 1,524, sólo significa que tanto la existencia del objeto y de la causa, como la exigencia de que ambos elementos sean lícitos, son condiciones esenciales para la eficacia del acto jurídico, pero en manera alguna puede inferirse de ello que unos

tra ley confunda esos dos distintos órdenes de irregularidades para sancionarlos de manera idéntica. La simulación en los contratos supone siempre dos convenciones coexistentes, y total o parcialmente contradictorias entre sí, la una ostensible y la otra oculta o secreta. El artículo 1,766 del C. C. implícitamente excluye la nulidad de la simulación, al permitir que el acto secreto produzca efecto entre quienes lo concluyeron; de manera que el actor, como heredero universal de su madre Otilia G. v. de Sardi, ocupa el lugar de ésta y no puede demandar. Entre las partes no es admisible la prueba de testigos contra el acto aparente de la compraventa, porque éste constó por escrito. La Corte considera que el actor ejercitó la acción de simulación, aun cuando la llamó de nulidad, porque el error en la denominación de la acción no cambia la naturaleza jurídica de ésta, ni implica, por consiguiente, un cambio de acción. No apareciendo que el actor hubiera atribuído al contrato de que se habla un motivo doloso o ilícito y habiendo aseverado que el motivo determinante de la simulación fue el de sustraer los bienes a la sucesión de Otilia, cuando muriera, la simulación no sería absoluta en este caso, sino relativa, y dada la forma como demandó sin determinación del dolo o la ilicitud en el contrato que aseveró ser simulado, no se encuentra probada la simulación, pues no es motivo para ella el hecho imputado de la sustracción de los bienes a la sucesión de Otilia.

La prueba intrínseca de la simulación invocada por el actor no es suficiente. Es principio universalmente admitido que, entre las partes, la prueba de la simulación debe ser de un grado especialmente convincente. DEMANDA DE RECONVENCION.—Posesión precaria del hijo de familia que no da base para alegar la usucapión o adquisición del dominio. El poseedor precario no puede intervertir su título, ni es suficiente para cambiar la causa de la posesión la simple manifestación de que su ánimo ha sido el de poseer como dueño. Por este aspecto prospera la acción de restitución de tenencia a favor del dueño.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil. Magistrado ponente, Dr. Juan Francisco Mújica.

Bogotá, julio veintisiete de mil novecientos treinta y cinco.

MATERIA DEL PLEITO

Demanda principal.

Ante el Juzgado 3º del Circuito de Cali, el 5 de julio de 1928, Santiago Sardi G. demandó en juicio ordinario a Aurelio Sardi G., a Soledad Carcés viuda de Emilio Sardi G., en su nombre y como representante de sus hijos menores, Soledad, María Leonor, Carlos Alberto, Jaime, Luis Emilio, Mario, Tulia María, Rosa Amalia y Blanca María, y a los mayores hermanos de estos últimos, Enrique, Eduardo, Joaquina y Otilia Isabel.

Este es el resumen de los hechos relatados por el demandante en su libelo:

Otilia Carcés v. de Sardi, por medio de la escritura Nº 353 de 29 de abril de 1924, pasada ante el Notario 1º de Cali, vendió a sus hijos, Aurelio y Emilio Sardi, la casa ubicada en aquella ciudad que forma la esquina de la calle 9ª con la carrera 8ª.

Los contratantes otorgaron el 7 de febrero de 1925, ante el mismo Notario, la escritura Nº 128, en la cual ellos aclararon lo referente a la cabida del inmueble y determinación de sus paredes medianeras, al mismo tiempo que ratificaron la primitiva convención.

El contrato de compraventa fue completamente simulado, por carencia de objeto y de causa. Los compradores no recibieron la finca ni pagaron el precio. La vendedora tampoco recibió el dinero convenido ni en la realidad transfirió el dominio.

El móvil de la simulación fue el de defraudar a los demás herederos de Otilia Garcés v. de Sardi, substrayendo el bien raíz a la sucesión de ella cuando muriera, lo cual constituye un hecho doloso e ilícito, de cuyas consecuencias son responsables sus coautores Aurelio y Emilio Sardi, o quienes representen sus derechos.

Desde 190. hasta el día de su muerte, Otilia Garcés v. de Sardi, ejerció, sobre la casa vendida, todos aquellos actos a que sólo da derecho el dominio, actos que los compradores, por su parte, nunca cumplieron durante ese mismo lapso.

La simulación se infiere de las cláusulas 1a., 3a., 4a. 5a. y 6a. del citado instrumento público Nº 353. En ellas se expresa que la compraventa del inmueble fue pactada desde hacía veinte años por la cantidad de $ 400,000 papel moneda, los cuales Otilia Garcés v. de Sardi recibió de Aurelio y Emilio Sardi en esa época; que en el año de 1904 no fue posible a la vendedora solemnizar el contrato, y que ella se reserva el derecho al uso y usufructo de la finca, mientras viva.

Aurelio y Emilio Sardi son hijos legítimos de Otilia Garcés v. de Sardi, quien murió intestada el 13 de enero de 1928. De su sucesión conoce el Juzgado 2º del Circuito de Cali, el cual reconoció al demandante su calidad de heredero como hijo legítimo de la de cujus.

Emilio Sardi murió el 8 de julio de 1927, y sus asignatarios fueron, con excepción de Aurelio Sardi, las personas demandadas.

En el correspondiente juicio de sucesión de su esposo, se adjudicó a Soledad Garcés v. de Sardi, la mitad del derecho de dominio sobre la casa, objeto del contrato simulado.

Aurelio Sardi y Soledad Garcés v. de Sardi son los actuales poseedores de la finca.

El demandante pide: a) Que se declare la nulidad tanto del contrato de compraventa que consta en la escritura Nº 353, como la del pacto sobre aclaración y ratificación de aquél, consignado en la escritura Nº 128; b) Que como consecuencia de esas nulidades, se declare igualmente las de los mismos instrumentos públicos; c) Que se ordene la cancelación de las inscripciones de esos instrumentos públicos, hechas en los correspondientes libros de registro; d) Que se condene a los demandados a entregar a la sucesión de Otilia Garcés v. de Sardi, representada por los herederos declarados, la finca, materia de la compraventa simulada, y a restituir, como poseedores de mala fe, los frutos, mejoras, deterioros y perjuicios.

Santiago Sardi, en el hecho 17 de su libelo, refiere que él es dueño de un aposento, cuyos linderos describe, el cual forma parte de la casa, materia de esta demanda, y no fue excluída de la venta que hizo Otilia Garcés v. de Sari. Consta de autos que el demandante pretende haber adquirido la propiedad por el modo de la prescripción centenaria.

Este hecho, que no tiene relación con ninguna de las peticiones de la demanda, debe estimarse en el sentido de que el demandante lo presentó con el fin de evitar una implícita renuncia a la prescripción.

Demanda de reconvención

Aurelio Sardi G. y Soledad Garcés v. de Sardi contrademandaron a Santiago Sardi para que, como dueños de toda la finca, les restituyera el aposento poseído por él sin título legal alguno, y para que se declarara que por el fallecimiento de Otilia Garcés v. de Sardi se extinguieron los derechos de uso y de usufructo sobre la finca, que, conforme al contrato, se reservó la vendedora.

Entre los hechos, refieren los contrademandantes que Otilia Garcés v. de Sardi habitó en familia hasta su muerte esa casa, y que Santiago Sardi, soltero, vivió también allí como miembro de la familia, necesitado "de la protección, del apoyo y del calor materno para su solitaria vida".

Sentencia

El Tribunal Superior de Cali, en sentencia del 30 de marzo de 1933, declaró probada la excepción perentoria de petición de un modo indebido propuesta por los demandados a la demanda principal.

Se apoyó para ello en que la nulidad de un contrato debe decretarse con audiencia de todas las partes contratantes, porque de lo contrario se viola el artículo 26 de la Constitución Nacional.

"El actor —razona el Tribunal— demanda en su propio nombre la nulidad de los contrato que celebraron Aurelio y Emilio Sardi G. con Otilia Garcés v. de Sardi, lo que puede hacer porque no intervino en tales contratos y tiene interés en la declaratoria de nulidad; y pide la restitución de los bienes, para la sucesión de su madre la vendedora de ellos, de los demandados Aurelio Sardi G. y herederos de Emilio Sardi G. De manera que si él, como tercero que es respecto de los contratos en referencia, demanda también a la sucesión de Otilia Garcés v. de Sardi, representada por sus otros herederos, cumple el precepto constitucional arriba citado, sin riesgo de colocar a la sucesión en el campo procedimental contradictorio que supone, porque si para la declaratoria de nulidad tenía que citar y oír a la sucesión, la acción de restitución de los bienes sólo podía ejercitarla contra los contratantes compradores y poseedores de ellos, como lo ha hecho".

Respecto de la demanda de reconvención, declaró el sentenciador que Santiago Sardi no había adquirido por prescripción extraordinaria el aposento poseído por él en la casa que vendió Otilia Garcés v. de Sardi, porque desde 1896 hasta la fecha de la demanda, esa posesión se interrumpió en 1902, 1903 y 1905; y porque los títulos de dueños alegados por Aurelio Sardi G. y Soledad Garcés v. de Sardi, no son simulados.

La sentencia en este recurso de casación ha sido acusada en su conjunto, por las causales 1ª y 7ª del artículo 520 del Código Judicial, pero no fue fundado el recurso sino por la primera de aquéllas.

Motivos

Quien pretende reclamar la actividad de una función judicial debe cumplir, reunir o aportar, según sea el caso, determinados elementos y ciertas condiciones. So pena de que si no se dan éstas, el proceso no existe o puede evitarse que exista. Y sin que compa-

rezcan aquéllos, el proceso no es viable o puede evitarse que viva.

Las aludidas condiciones no son siempre de número y naturaleza idénticos para todas las demandas. Ellas están condicionadas por la clase de los pleitos.

En el caso actual son tres las condiciones formales que deben reunirse, a fin de que la demanda pueda ser estimada en la sentencia, a saber:

1ª La invocación de la existencia de un derecho en abstracto. Santiago Sardi afirma la existencia en el patrimonio de Otilia Garcés v. de Sardi —y por consiguiente en la sucesión de ella —del derecho de dominio porque el acto de su enajenación fue sólo sobre la casa vendida, porque el acto de su enajenación fue sólo aparente o ficticio.

2ª La titularidad tanto del demandante como del adversario a quien se provoca. O, en otras palabras, que la acción incoada sea procedente desde el doble punto de vista activo y pasivo. La acción debe ejercitarse por aquel que legítimamente pueda hacerlo contra quien legalmente es responsable.

La titularidad de Santiago Sardi no aparece de una vez suficientemente clara, debido a que nuestro legislador adoptó para la comunidad el sistema romano, hoy poco racional y científico, según el cual la copropiedad es al mismo tiempo plural o individual, dado que una misma cosa pertenece a varias personas y figura fragmentariamente en diversos patrimonios.

Cuando murió Otilia Garcés v. de Sardi, sus herederos fueron los continuadores de ella en la medida de la vocación hereditaria de cada uno y por la cuota-parte correspondiente a cada vocación.

Al deferirse esa herencia, entre los herederos se estableció, por voluntad de la ley, el régimen de la indivisión.

En nuestro derecho civil aparece construído ese régimen sobre el tipo de la propiedad singular.

Ello produce el efecto de diferenciar el derecho de herencia representado en su contenido por la cuota-parte abstracta o ideal, de las cosas mismas sobre que recae ese derecho.

Existe por lo tanto en la comunidad una derogación al postulado de la incorporación del derecho de propiedad en la cosa. Como puede observarse por el contexto de los artículos 2323, 2442 y 1868 del Código Civil, el derecho del copropietario no está aferrado a la cosa, es como una entidad jurídica abstracta.

Por consiguiente, en la indivisión hereditaria, aquella cuota-parte, que es el contenido abstracto o ideal del derecho de herencia, pertenece exclusivamente a cada uno de los coherederos. El coheredero, con independencia de los otros, puede cederla a cualquier título, reivindicarla contra terceros, etc., salvo, eso sí, la suerte de los actos ejecutados, según las resultas de la partición.

En cuanto a los mismos bienes relictos sobre que versa el derecho hereditario, no es posible reconocer los atributos de una propiedad exclusiva. Por eso, ninguno de los coherederos puede pretender que su derecho recae, con exclusión del de los otros, sobre una cosa determinada de las que componen el haber común.

El derecho de dominio sobre la casa es, a consecuencia de lo aseverado por el demandante, uno de los elementos que componen el acervo de Otilia Garcés v. de Sardi, o, en otras palabras, esa propiedad forma parte del caudal mismo de los bienes relictos.

Las acciones que sancionan aquel derecho de dominio inhieren a él y lo siguen en todos sus destinos, por cuyo motivo también forman parte integrante de la misma masa de bienes.

La consecuencia de ello, para el caso actual, estriba en que Santiago Sardi tiene el poder de ejercitar aquellas acciones para la sucesión y como heredero, sin embargo de no pertenecer ellas de manera determinada a su patrimonio, de carecer él de la representación exclusiva de la herencia y de que no se deroga el principio según el cual la acción se consume y se extingue por su ejercicio procesal completo.

En virtud de lo dicho aparece patente la imposibilidad jurídica de que la sucesión de Otilia Garcés v. de Sardi, representada por sus otros herederos, sea demandada. El titular de la acción que ejercita el demandante no puede figurar al mismo tiempo como el adversario a quien se provoca.

Por el aspecto pasivo es mucho más clara la titularidad de los demandados por ser los legítimos responsables.

Aurelio Sardi y Soledad Garcés v. de Sardi son los obligados, porque en sus patrimonios figura el derecho de dominio que el demandante pretende invalidar.

Santiago Sardi afirma que la mitad de este derecho se radicó en cabeza de la viuda de Emilio Sardi, a causa de la adjudicación hecha a ella en el juicio de sucesión de su esposo.

El efecto retroactivo de la partición hace improcedente la demanda contra los demás causahabientes de Emilio Sardi. Sólo, pues, contra éstos cabe la excepción perentoria, decretada, de petición de un modo indebido.

3ª El interés para obrar. Según el aforismo de que el interés es la medida de las acciones judiciales, consiste el de Santiago Sardi en el daño que sufre con la disminución del volumen de los bienes relictos, porque en la cuota-parte de su derecho hereditario cabría menos cosas cuando la partición.

Como se ve, el Tribunal no tuvo en cuenta que la acción es inescindible del derecho a que inhiere, cualquiera que sea la vida procesal que a la realización de aquélla venga impuesta; atribuyó a la titularidad el hecho extraño a ésta de que el demandante no hubiera intervenido en los contratos, materia del pleito, y no explicó el interés jurídico de Santiago Sardi.

De ahí que el Tribunal violó los artículos invocados por el recurrente, porque incurrió en error de derecho en la apreciación de la demanda.

El Tribunal violó igualmente la ley sustantiva, a causa de las razones que luégo se expondrán, porque incurrió en error de derecho cuando valoró la prueba testimonial encaminada a establecer la posesión, por parte de Santiago Sardi, del aposento que él ocupó en la casa habitada por su madre.

Es necesario, por consiguiente, casar la sentencia y proceder a fallar en el fondo las cuestiones controvertidas.

Sentencia de instancia

Santiago Sardi pide que se declare la nulidad absoluta del contrato celebrado entre Otilia Garcés v. de Sardi, Aurelio y Emilio Sardi, "por causa de simulación y por falta de consentimiento", debido a que "hubo carencia de objeto y de causa en las obligaciones y derechos de las partes contratantes".

La compraventa por el simple hecho de su completa simulación, no sería nula sino inexistente.

En efecto. La ley sanciona de diferente manera los actos jurídicos que no reúnen las condiciones requeridas para su validez, a causa de que son distintas las irregularidades que pueden ocurrir al respecto.

Es innegable que no es lo mismo un acto jurídico al cual falta la causa y el objeto, que aquel cuyo objeto y causa son ilícitos. En el primer caso, ese acto que carece de dos elementos esenciales, al cual faltan dos órganos vitales, no responde a su definición genérica dada por la ley. En el segundo caso, el acto jurídico se halla provisto, sin lugar a duda, de todos sus órganos constitutivos, responde, pues, a su definición legal, pero para su validez tropieza con el obstáculo decisivo que le oponen las normas de orden público.

La circunstancia de que en el Código Civil se coloque en la misma línea al hecho imposible que al ilícito, a la causa irreal que a la ilícita, como se puede observar en los artículos 1518, inciso 3º; 1151, 1532, 1537 y 1524, sólo significa que tanto la existencia del objeto y de la causa, como la exigencia de que ambos elementos sean lícitos, son condiciones esenciales para la eficacia del acto jurídico, pero en manera alguna puede inferirse de ello que nuestra ley confunde esos dos distintos órdenes de irregularidades para sancionarlos de manera idéntica.

Demuestra lo dicho el artículo 1741 del Código Civil, porque sólo sanciona con la nulidad absoluta al acto jurídico cuyo objeto o causa es ilícito.

Y como excepción al principio establecido de diferenciar la inexistencia, de la nulidad, el citado artículo 1741 sanciona igualmente con la nulidad absoluta la falta de consentimiento en el acto jurídico.

En el supuesto de la absoluta simulación de esta compraventa, no habría falta de consentimiento, porque precisamente lo ficticio en el acto jurídico aparente no se concibe sino como resultado de la voluntad de los contratantes, manifestada de consuno en dos direcciones opuestas. Además, la completa falta de consentimiento, según el artículo 1504, no es propia sino de los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito.

La simulación, de acuerdo con la doctrina contemporánea de derecho, es de cuatro grados, a saber: a) La absoluta, ficticia o completa, en donde el acto oculto destruye totalmente el efecto del ostensible. En la intención real de las partes, ninguna modificación jurídica se realiza por virtud del acto aparente; b) El acto oculto cambia la naturaleza jurídica del ostensible, pero no para destruir su efecto; c) El acto ostensible aparece realizado por un testaferro con el objeto de ocultar a los verdaderos titulares del negocio jurídico. La identidad de ambas o de una de las partes se disimula con la interposición de personas; y d) Por último, en el acto ostensible, las partes disfrazan o encubren no ya la naturaleza verdadera de la operación, sino una parte de sus condiciones o cláusulas.

De estos grados, para el caso que se analiza, no son pertinentes sino los dos primeros.

La simulación en los contratos supone siempre dos convenciones coexistentes, y to-

tal o parcialmente contradictorias entre sí, la una ostensible y la otra oculta o secreta.

El artículo 1766 del Código Civil, implícitamente excluye la nulidad en la simulación, al permitir que el acto secreto produzca efecto entre quienes lo concluyeron, de modo que este acto es ley de las partes conforme al artículo 1602, y el ostensible, por voluntad de ellas, carece de valor.

Este principio se aplica también a Santiago Sardi, porque en virtud del artículo 1155 del Código Civil, ocupa el lugar de Otilia Garcés v. de Sardi.

Debiera ser innecesario añadir que si el acto simulado tiene tanto valor como el que no lo es, tampoco goza de mayores ventajas. Si la mentira no es causa de nulidad, no por eso puede convertirse en fuente de privilegios para quienes la ejecutan. Por consiguiente, si el pacto oculto o secreto presenta otro vicio distinto del de su simulación, puede llegar a ser considerado como nulo. No es materia de este fallo la posición de los terceros, respecto de la simulación, por cuyo motivo no es el caso analizarla.

Entre las partes, de conformidad con el artículo 1767 del Código Civil, no es admisible la prueba de testigos contra el acto aparente de la compraventa, porque éste constó por escrito.

La Corte considera que Santiago Sardi ha ejercitado la acción de simulación, aun cuando la llamó de nulidad, porque el error en la denominación de la acción no cambia la naturaleza jurídica de ésta, ni implica, por consiguiente, un cambio de acción. Este error es tanto más explicable cuanto que nuestra jurisprudencia había adoptado la misma sanción para el acto inexistente que para el acto ilícito, o sea la de la nulidad absoluta.

No aparece suficientemente explícito en el libelo si el demandante, en su calidad de heredero, pretende acogerse al principio, ya dicho, de que el acto ostensible, por voluntad de las partes, carece de efecto para ellas y fue la intención real y secreta de los contratantes que el bien raíz permaneciera en el patrimonio de Otilia Garcés v. de Sardi; o si, por el contrario, Santiago Sardi atribuye a ellos en el acto secreto, un motivo doloso e ilícito encaminado a ocasionarle un daño en su condición de causahabiente a título universal.

Lo segundo se infiere de lo siguiente: De acuerdo con los hechos 6º y 18 del libelo y de lo aseverado en su alegato de conclusión, (cuaderno 1º, folio 134), para el demandante, el motivo determinante de la simulación, el revelador del fin de ella y el que la acondicionó, fue el de sustraer los bienes a la sucesión de Otilia Garcés v. de Sardi cuando muriera.

En este evento, la simulación de la compraventa no sería absoluta sino relativa, porque para poder realizar aquel fin se necesitaría la intención real por parte de Otilia Garcés v. de Sardi de transferir el dominio de la casa y por parte de Aurelio y Emilio Sardi de adquirirlo.

En cualquiera de las dos hipótesis contemplada, sea cual fuere, absoluta o relativa, la simulación, es lo cierto que no puede existir cambio de acción cuando se demanda aquélla en un grado y en el curso del juicio aparece probada en otro.

Dada la forma como demandó el actor, éste está obligado a establecer el contenido verdadero de la relación jurídica creada por los contratantes y a probar también, en la segunda de las hipótesis contempladas, que esa relación no reúne todas las condiciones requeridas para su validez. Pero en este último caso, y para los efectos de la prueba, al heredero se le consideraría como tercero.

Santiago Sardi no determinó en qué consistía el dolo y la ilicitud. Sustraer el bien raíz a la sucesión de Otilia Garcés v. de Sardi cuando muriera, para que quedara en el patrimonio de dos de los herederos de ella, no constituye por sí mismo un hecho doloso e ilícito; porque la de cujus hubiera podido disponer a su arbitrio de la cuarta parte de sus bienes, y en favor de determinados descendientes legítimos suyos de la otra cuarta parte. Y según el artículo 1245 del Código Civil, habría sólo lugar, por menoscabo de la legítima rigorosa, a la restitución del exceso. Santiago Sardi tampoco alegó ni probó ninguna de estas circunstancias.

De las posiciones de idénticos cuadros que en ambas instancias del juicio absolvió Aurelio Sardi, no aparece la confesión de simulación.

La prueba intrínseca de la simulación, invocada por el demandante y que debe aparecer del tenor mismo de las cláusulas 1ª, 3ª, 4ª, 5ª y 6ª de la escritura Nº 353, no es suficiente. Es principio universalmente admitido que, entre las partes, la prueba de la simulación debe ser de un grado especialmente convincente.

El hecho de que en 1904 se hubiera omitido por los contratantes la solemnidad esencial al perfeccionamiento de la compraventa del inmueble, no obsta para que el acto llevado a cabo por las partes en ese año, diera nacimiento a los derechos conocidos en la doctrina moderna con el nombre de eventua-

les, derechos que por razón de su naturaleza no prescriben y se convierten en verdaderos o actuales, sin efecto retroactivo alguno, tan pronto como se realice el acontecimiento constitutivo del elemento esencial que los faltaba, sin el cual la existencia del derecho no eventual sería inconcebible. Acontecimiento que aquí consistió en el otorgamiento de la escritura pública constitutiva del requisito esencial exigido en el artículo 1857 del Código Civil.

El artículo 854 del Código Civil dispone que al usufructuario corresponden las expensas ordinarias de conservación de la cosa.

De las declaraciones aducidas por el demandante, aparece que los gastos hechos por Otilia Garcés v. de Sardi en la casa cuyo usufructo se reservó, no fueron para obras o refacciones mayores.

El cumplimiento, pues, por parte de ella de esa obligación, contribuye a robustecer la veracidad del contrato de compraventa.

En su alegato de conclusión, dice el demandante que Otilia Garcés v. de Sardi vivió durante toda su vida en la casa vendida (cuaderno 1º, folio 130, vuelto), y este hecho, que él negó al contestar la contrademanda, está corroborado con los cuatro testimonios que figuran a los folios 27 y 22 del cuaderno 2, 10 y 11 vuelto del cuaderno 4. El aposento ocupado por Santiago Sardi forma parte de aquella casa.

La familia es una institución jurídica que defectuosamente, en los Títulos 4º a 20º del Libro I, reglamenta nuestro Código Civil.

Una de las expresiones materiales de la familia es la convivencia bajo un mismo techo del grupo, para este caso, compuesto por los padres y los hijos.

Santiago Sardi es hijo de Otilia Garcés v. de Sardi y vivió en la casa por ella habitada.

De acuerdo con el artículo 775 del Código Civil, se estima precaria la posesión por parte del hijo de la pieza que ocupa en la casa de sus padres.

El poseedor precario no puede cambiar su título, o sea intervertirlo, sino por el hecho de un tercero o porque contradiga el derecho del propietario oponiéndole su posesión.

No es suficiente para cambiar la causa de la posesión, la simple manifestación que al respecto haga el interesado de que su ánimo ha sido el de poseer como dueño.

Por lo tanto, la circunstancia demostrada en autos de que Santiago Sardi amobló a sus expensas la pieza que detentaba en la casa de su madre, enlució sus paredes e instaló allí servicios sanitarios, no establece la interversión de su título precario.

Santiago Sardi continúa su posesión precaria, porque no probó su desvinculación, durante treinta años, del grupo familiar del cual era miembro, ni contradijo al derecho del propietario, ni demostró interversión de título proveniente de un tercero. Con cualquiera de estas dos últimas ocurrencias añadida a la primera, el demandante hubiera podido justificar el cambio de ánimo y convertirlo en el de verdadero poseedor a fin de poder prescribir.

Con motivo de la muerte de Otilia Garcés v. de Sardi se disolvió ese grupo familiar. Cesó, consecuencialmente, para Santiago Sardi su derecho como poseedor precario en virtud de la extinción del usufructo que sobre la casa vendida se había reservado la de cujus.

Por lo tanto, desde el 14 de enero de 1928, Santiago Sardi ha debido restituir.

Dados los hechos de la demanda de reconvención, especialmente el 9º, la petición 6ª del libelo, los conceptos que emplearon los contrademandantes al exponer el derecho fundamental de la reconvención —puntos a), b), c), y d) de la contrademanda—en donde ellos califican de ocupación, de detentación arbitraria, de retención inmotivada la situación de Santiago Sardi en la pieza, es clara para la Corte la acción ejercitada en la reconvención como de restitución de tenencia a favor del dueño.

Esta acción puede hacerse valer por los trámites de un juicio ordinario, no obstante que en ciertas circunstancias de tiempo y de hecho, habitualmente se realice por medio de otras normas rituarias.

A Aurelio Sardi y Soledad Garcés v. de Sardi, en su calidad de dueños, acceden los frutos de la cosa detentada por Santiago Sardi, a partir del 13 de enero de 1928, día en que los derechos de uso y de usufructo se consolidaron con el de la nuda propiedad sobre la casa.

El artículo 480 del Código Judicial es aplicable para remitir a las partes a que determinen la cuantía o valor de habitación de la pieza cuya restitución se decreta, y para determinar a cuánto asciende, se partirá desde el 14 de enero de 1928 hasta el día en que se verifique la entrega del aposento.

A su turno Santiago Sardi tiene derecho a que los dueños de la casa le paguen las mejoras útiles y necesarias que hizo antes del 14 de enero de 1928 en el aposento ocupado por él y que subsistan el día de su entrega.

De los perjuicios alegados por los contrademandantes no están probados ni se echan de ver otros diferentes a los dichos.

Resolución

La Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia del Tribunal Superior de Cali, proferida en este juicio ordinario el 30 de marzo de 1933, y en su lugar resuelve:

1º Absuélvese a los demandados de todos los cargos que se les hacen en la demanda principal;

2º Declárase que con motivo de la muerte de Otilia Garcés v. de Sardi se extinguieron los derechos de uso y usufructo sobre el bien raíz que ella se había reservado en el acto de la compraventa que consta en la escritura Nº 353, de 29 de abril de 1924, pasada ante el Notario 1º de Cali, y, por consiguiente, esos derechos se consolidaron con el de la nuda propiedad en cabeza de Aurelio Sardi y de Soledad Garcés v. de Sardi;

3º Condénase a Santiago Sardi a entregar a Aurelio Sardi y Soledad Garcés v. de Sardi, dentro de los seis días siguientes (como lo piden los contrademandantes), al de la notificación del auto que en obedecimiento de la presente providencia dicte el inferior, la pieza que él retiene, la cual hace parte de la casa ubicada en el Barrio de San Francisco, casa que forma la esquina de la carrera 8ª con la calle 9ª de Cali. Esta pieza limita por el oriente, sur y occidente con la mencionada finca y por el norte, carrera 8ª al medio, con predio de Domitila Espinosa de Guerrero;

4º Condénase a Santiago Sardi a pagar a Aurelio Sardi y a Soledad Garcés v. de Sardi los frutos civiles que a partir del 14 de enero de 1928, hasta cuando se verifique la restitución a que se refiere el numeral anterior, haya debido producir el aposento detentado por él; teniendo en cuenta que Santiago Sardi, a su vez, tiene derecho a que Aurelio Sardi y Soledad Garcés v. de Sardi le paguen el valor de las mejoras útiles y necesarias que hizo en el aposento con anterioridad al 14 de enero de 1928, en cuanto subsistan todavía;

5º Revócase la sentencia que el 21 de abril de 1930 profirió el Juzgado 3º del Circuito de Cali;

6º No se hace especial condenación en costas.

Cópiese, estampíllese, publíquese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de su origen. Insértese esta providencia en la GACETA JUDICIAL.

Eduardo Zuleta Angel, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha.— Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
ESCUELA SUPERIOR DE JUSTICIA

INTERPRETACION DE CONTRATOS—NORMAS LEGALES—EXCEPCION DE PRESCRIPCION

Criterio de unidad que debe presidir en la interpretación de las cláusulas contractuales: Contiene el Libro 4º del código civil, en su Título 13, un tratado sobre interpretación de los contratos, que se distingue por su unidad y sabiduría. No es razonable seguir el método exegético en la interpretación de los contratos, o sea, el análisis sucesivo de las diversas cláusulas, olvidándose de que en todo acto de voluntad hay siempre un pensamiento principal, generador y lazo de unión de las varias cosas sobre que el acto recae. El estudio aislado de las disposiciones contractuales, como si cada una de ellas se bastara a sí misma, confunde al intérprete e impide la concordia entre los diversos puntos. Las cláusulas han de interpretarse unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor cuadre con la naturaleza del contrato y que más convenga a éste en su totalidad. Sólo así es posible aprehender la idea dominante de las partes y construir con sus palabras una figura jurídica: Todo demandado, por muy seguro que esté de su derecho, puede proponer la excepción de prescripción como medida de prudencia y seguridad, sin que por el hecho de proponerla se entienda que tácitamente reconoce fundamento a la demanda. Esto no es una confesión. No hay para qué decidir sobre la excepción de prescripción, siendo absolutoria la sentencia por causas que nada tienen que ver con aquélla.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Civil.—Bogotá, dos de agosto de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo)

Por escritura número 525, de 26 de junio de 1884, otorgada en la notaría primera del circuito de Bogotá, **Zoilo Espinosa** dio en venta a **Neftalí Espinosa** y a **Rosendo Espinosa**, una casa situada en el barrio de San Victorino, de esta ciudad, en la calle primera al sur, y delimitada así: "Por el norte, camellón de por medio, con un solar del doctor Manuel Alfonso; por el oriente, con casa de Justiniano Rodríguez; por el occidente, carrera 5ª al occidente de por medio, con casa de Policarpo Forero; y por el sur, con una callejuela que da entrada a la casa de Cecilia Tarquino (folio 1.).

Rosenda Espinosa de Arciniegas, dueña como se ha dicho de la mitad del inmueble ya delimitado, murió con anterioridad al 25 de junio de 1891, fecha en la cual aparece protocolizado el juicio de sucesión de sus bienes por medio de la escritura número 326, otorgada en la notaría primera de este circuito (folio 4).

Léese en la diligencia de partición de esos bienes, que a **Casimiro Espinosa** le fue adjudicada aquella misma mitad de casa que la finada había adquirido cuando, en unión de Nefatalí Espinosa, compró la totalidad del inmueble a Zoilo Espinosa (folio 4 vuelta).

Como se ve, muerta Rosenda Espinosa de Arciniegas, el inmueble quedó perteneciendo en comunidad, y por iguales partes, a Neftalí Espinosa y Casimiro Espinosa.

Por escritura número 2,040, de 26 de septiembre de 1894, otorgada en la notaría segunda de este circuito, **Neftalí Espinosa** vendió a **Casimiro Espinosa** la mitad del inmueble (folio 7).

Fue así como el 26 de septiembre de 1894, **Casimiro Espinosa llegó a ser dueño de la totalidad de la casa** ubicada en el barrio de San Victorino, en la carrera trece, delimitada como se ha dicho.

Casimiro Espinosa murió.

Por escritura número 1,375, de 28 de noviembre de 1923, otorgada en la notaría 5ª de este circuito, **José Neftalí Espinosa**, bisnieto de Casimiro Espinosa, vendió a **Luis Cancino D.** "todos los derechos y acciones que le correspondan o puedan corresponderle en la sucesión de su padre bisabuelo, el señor Casimiro Espinosa, cuyo juicio de sucesión cursa en el juzgado quinto de este circuito, derechos que transfiere y vincula en una casa baja de tapia y teja con cuatro tiendas accesorias, el terreno en que está edificada y demás anexidades, situada en la esquina que forman la calle décima con la carrera trece de esta ciudad, del barrio de San Victorino, marcada la casa con el número cuatrocientos uno por la calle diez y las tiendas con los números setenta, setenta y dos, setenta y cuatro y setenta y seis, sobre la carrera trece", y comprendida dentro de los linderos generales que en tal escritura número 1,375 se señalan (folio 9).

El 19 de octubre de 1923 fue practicada la diligencia de inventarios y avalúos en el juicio de sucesión de Casimiro Espinosa, que cursa en el juzgado 5º, en lo civil, de este circuito. El señor síndico del lazareto denunció como bien de la sucesión la mitad de la casa varias veces mencionada, y advirtió que no denunciaba la totalidad de ella porque la sindicatura tenía informes de que el causante vendió la mitad de dicho inmueble. Como se supiera que el señor Ignacio Soto tenía la calidad de poseedor de la casa, según manifestación de su inquilino don Luis Padilla, el señor juez la dejó en manos de ese poseedor, como lo prescribía el artículo 258 de la ley 105 de 1890 (folio 15).

Por auto de fecha 11 de julio de 1924, proferido por el juez 5º, fue declarado Neftalí Espinosa heredero en la sucesión de Casimiro Espinosa (folio 19). Por auto de fecha 23 de julio de 1924, proferido por el juez 5º, fue reconocido Luis Cancino D. "como cesionario de todos los derechos y acciones que le correspondan o puedan corresponderle al señor Neftalí Espinosa en la sucesión de su padre el señor Casimiro Espinosa, de conformidad con la escritura número mil trescientos setenta y cinco de veintiocho de noviembre de mil novecientos veintitrés, pasada ante el notario 5º de este circuito, que obra en autos" (folio 20).

Dueño Luis Cancino D. de los derechos hereditarios correspondientes a Neftalí Espinosa en la sucesión de su bisabuelo Casimiro Espinosa, reconocido su carácter de cesionario por auto judicial e inventariada en la sucesión de Casimiro la mitad del inmueble ubicado en el barrio de San Victorino, presentó demanda ante el juzgado 5º del circuito de Bogotá, por libelo de fecha 24 de abril de 1926, contra los señores Ignacio Soto F., Natalia Espinosa de Soto, Heraclia Soto Espinosa de Rodríguez y Julia Elisa Soto Espinosa de Lizarralde, y contra las señoritas Sotos Espinosas, Abigaíl, María Teresa, María Dolores y Rosa María (folio 24).

En su demanda formula Cancino D. las peticiones que en seguida se extractan:

Primera.—Que se haga la declaración de que el inmueble ubicado en el barrio de San Victorino pertenece en pleno dominio, con exclusión de los demandados, a la sucesión de Casimiro Espinosa.

Segunda.—Que se condene a los demandados a restituir, dentro del término legal, a la sucesión de Casimiro Espinosa, la finca referida con sus frutos civiles, tanto los percibidos como los que se hubieran podido percibir con mediana inteligencia y actividad, como injustos detentadores, desde que se probare que tienen la cosa en su poder hasta el día en que ésta sea restituída.

Tercera.—Que se haga la declaración de que la señora Natalia Espinosa de Soto no es heredera de Casimiro Espinosa "y por ende no lo puede heredar".

Cuarta.—Que en subsidio del punto anterior, y para el evento de que dicha señora probara el carácter de heredera, se declare que ella ha perdido y no tiene ni puede tener participación en la finca inventariada, por haberse opuesto a que tal finca se incluyera en los inventarios de la sucesión de Casimiro Espinosa, y por tener él ánimo, juntamente con su esposo, de apropiarse dicha finca, "ejecutando actos propios para la exclusión y ocultación de tal bien como de propiedad de la sucesión".

Quinta.—Que se condene a los demandados a pagar las costas del juicio, caso de oposición.

La demandada Natalia Espinosa de Soto falleció antes de que se le notificara la demanda.

El demandado Ignacio Soto F. murió después de que se le había notificado la demanda (folio 35 vuelta). Sus hijas contestaron el libelo aceptando algunos hechos, negando otros, oponiéndose a que se hicieran las declaraciones solicitadas por el demandante y alegando la prescripción adquisitiva ordinaria y la extraordinaria (folios 88 y 95).

El juez 3º, en lo civil, del circuito de Bogotá, por sentencia fechada el 2 de mayo de 1934, absolvió a los demandados Heraclia Espinosa de Rodríguez, Abigaíl Soto Espinosa, María Teresa Soto Espinosa, María Dolores Soto Espinosa, Rosa María Soto Espinosa, Julia Elisa Soto Espinosa de Lizarralde e Ignacio Soto F., o a la herencia de éste representada por los anteriores demandados, de todos y cada uno de los cargos formulados en la demanda por Luis Cancino D. Además negó las declaraciones solicitadas por este señor contra Natalia Espinosa de Soto, a causa de haber fallecido dicha señora antes de que le fuera notificado el auto sobre admisión de la demanda. Y condenó al actor en las costas del juicio (folio 140).

El tribunal superior de Bogotá, por sentencia fechada el 24 de septiembre de 1934, confirmó en todas sus partes el fallo de primera instancia (folio 133).

Contra la sentencia del tribunal interpuso el demandante recurso de casación.

Antes de examinar en orden lógico las causales de casación aducidas por el recurrente, importa conocer las razones que tuvieron el juez y el tribunal para absolver a los demandados, no obstante las pruebas que adujo el actor sobre el hecho de haber sido Casimiro Espinosa dueño de la totalidad del inmueble ubicado en el barrio de San Victorino, y no obstante haber demostrado el mismo actor su calidad de adquirente de los derechos hereditarios que correspondían a Neftalí Espinosa en la sucesión de su bisabuelo Casimiro.

Los demandados presentaron, con el propósito de acreditar su dominio sobre el inmueble inventariado como de propiedad de la sucesión de Casimiro Espinosa, una escritura pública que se halla en el folio 77 del expediente, lleva el número 135 y fue otorgada el 16 de febrero de 1909 en la notaría 4ª de este circuito.

Por medio de esa escritura número 135, Casimiro Espinosa vendió a Heraclia Soto Espinosa de Rodríguez y a las Sotos Espinosas, Abigaíl, María Teresa, María Dolores, Rosa María, y Julia Elisa, "todos cuantos derechos y acciones tiene, tenga o pueda tener como heredero, legatario, acreedor, y en general, a cualquier título y por cualquier causa, en la sucesión hereditaria de su finada hija legítima llamada Rosenda Espinosa Garzón, natural y vecina que fue de esta ciudad, y cuyos derechos y acciones estén o puedan estar vinculados en una casa baja de tapia y teja, con cuatro tiendas accesorias, situada en la esquina que forma la cuadra de la carrera trece y la cuadra diez y seis de la calle décima, barrio de San Victorino de esta ciudad, marcada la casa con el número cuatrocientos uno y las tiendas con los números setenta, setenta y dos, setenta y cuatro y setenta y seis, comprendida dentro de los linderos generales siguientes: "Por el norte, con la cuadra diez y seis de la calle diez; por el occidente, con la cuadra décima de la carrera trece; por el oriente, con casa de herederos del doctor Justiniano Rodríguez; y por el sur, con casa de herederos del señor Pedro Sornoza y callejón que conduce a las edificaciones del señor Valentín Gutiérrez". Que el precio de esta cesión que hace, ha sido fijado por los contratantes en la cantidad de cien mil pesos ($ 100,000.00) papel moneda, que confiesa tener recibidos ya a su entera satisfacción por partes iguales, de manos de las compradoras. Que en consecuencia, desde hoy transfiere el dominio de los mencionados derechos y acciones y traspasa las acciones consiguientes a la señora Heraclia Soto Espinosa de Rodríguez y a las señoritas Abigaíl, María Teresa, María Dolores, Rosa María y Julia Elisa Soto Espinosa, para que los reclamen y hagan efectivos y queden dueñas exclusivas de la casa y tiendas especificadas ya. Que es condición de este contrato que las compradoras no podrán vender, hipotecar ni gravar en ningún caso los derechos y acciones a que se refiere esta venta, y vinculados en la casa y tiendas atrás determinadas, mientras viva la señora Natalia Espinosa de Soto, a quien corresponderá el usufructo de dichas casa y tiendas; y una vez muerta la expresada señora, entrarán en el goce pleno y absoluto de la finca de que se trata..."

Esta escritura fue registrada el 27 de septiembre de 1909, en el libro de causas mortuorias y en el libro número 1º (folio 79 vuelta).

Los falladores de primera y de segunda instancias analizaron acertadamente, a la luz de los preceptos civiles sobre interpretación de los contratos, la convención contenida en la escritura número 135, para llegar uno y otro, como llegaron lógicamente, a concluír que Casimiro Espinosa tuvo el ánimo de vender, y que la señora Soto Espinosa de Rodríguez y las señoritas Sotos Espinosas tuvieron el ánimo de comprar, mediante la citada escritura, el inmueble situado en el barrio de San Victorino a que varias veces se ha aludido.

Invoca el recurrente los dos primeros motivos de casación a que se refiere el artículo 520 del código judicial, consistentes en ser la sentencia violatoria de ley sustantiva, por infracción directa, o aplicación indebida o interpretación errónea, y en no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Los numerosos motivos que el recurrente alega en muy extensa exposición, pueden reducirse a unos pocos, como se verá en seguida:

1º—Que el tribunal incurrió en evidente error de hecho al interpretar el contrato contenido en la escritura número 135, de 16 de febrero de 1909, otorgada en la notaría 4ª del circuito de Bogotá, por cuanto dicho tribunal estimó que el objeto de la compraventa fue un cuerpo cierto más bien que unos derechos hereditarios.

2º—Que el tribunal incurrió en evidente error de hecho al apreciar la citada escritu-

ra número 135 como prueba de la venta de un cuerpo cierto, en vez de apreciarla como medio de comprobar la cesión de unos derechos hereditarios, con lo cual violó los artículos 1,759 del código civil y 630 del código judicial.

3º—Que el tribunal incurrió en evidente error de hecho al afirmar que en virtud de la escritura número 135, y por la muerte de la señora Natalia Espinosa de Soto, las demandadas tienen el dominio pleno del inmueble, por lo cual no procede contra ellas la acción reivindicatoria.

4º—Que el tribunal incurrió en error de derecho al no reconocer el carácter de plena prueba a las escrituras números 525 de 26 de junio de 1884; 360 (parece que el recurrente pretendió citar la Nº 326) de 24 de junio de 1891, y 2,040 de 26 de septiembre de 1894, con lo cual infringió los artículos 740 y 756 del código civil.

5º—Que el tribunal violó los artículos 1,618, 1,620, 1,621 y 1,622 del código civil, por interpretación errónea, al considerar que la mejor manera de producir efecto el contrato es tomarlo como de venta de un cuerpo cierto y no como de una cesión poderosa a producir todos sus efectos.

6º—Que el tribunal violó los artículos 1,884 y 1967 del código civil. El primero, por no haberlo tenido en cuenta, ya que esta disposición determina aquello a que se obliga el cedente. Y el segundo, por no haberlo aplicado al caso, ya que esta disposición preceptúa que el vendedor es obligado a entregar lo que reza el contrato.

7º—Que el tribunal violó el artículo 946 del código civil, por errónea interpretación, al considerar que la casa objeto de la reivindicación no pertenece a los herederos de Casimiro Espinosa, siendo así que éste hubo tal inmueble así: la mitad por compra a Neftalí Espinosa y la otra mitad porque le fue adjudicada en la sucesión de su hija Rosenda. Y que el dominio o posesión inscrita no se ha cancelado por ninguno de los medios que señala el artículo 789 del código civil, artículo que también infringió el tribunal, por no haberlo tenido en cuenta en el caso de este pleito.

8º—Que cometió error de hecho el tribunal en no reconocer el carácter de plena prueba a la contestación de la demanda en que se alega la prescripción, con lo cual los demandados reconocen implícitamente el derecho de propiedad por parte de la sucesión, y que esto implica violación de los artículos 1,769 del código civil y 607 del código judicial.

9º—El tribunal incurrió en evidente error de hecho al afirmar que en virtud de la escritura número 135 y por la muerte de Natalia Espinosa de Soto, las demandadas son dueñas plenas del inmueble en cuestión, y que, por consiguiente, la acción reivindicatoria no procede a causa de no ser la sucesión demandante dueña de tal inmueble. Esas aseveraciones, dice el recurrente, aparecen contradichas por el pago del impuesto de lazareto, que demuestra haber sido la intención de las partes el negociar sobre derechos hereditarios; por el registro de la escritura en el libro de causas mortuorias; por el contenido de las escrituras 525, 326 y 2,040; porque la número 135 no podía abarcar cosas que no fueran vendidas, sin violar el mismo contrato, y porque el precio vil fijado en éste no podía referirse a las casas y a las tiendas, conocidas su capacidad y situación.

10.—Que el tribunal incurrió en error de hecho evidente, al sostener que la señora Natalia Espinosa de Soto no fue parte en el juicio por haber fallecido antes de que se le notificara la demanda, error en que incurrió por no haber tenido en cuenta las manifestaciones que por escrito hizo el apoderado de las demandadas, y que al no hacerlo así, la sentencia no está en consonancia con las pretensiones aducidas en el juicio.

11.—Que el tribunal ha debido resolver sobre la "prescripción adquisitiva ordinaria y extraordinaria", alegada por las demandadas, y que al no haberlo hecho así "dejó de resolver sobre puntos controvertidos oportunamente deducidos por los litigantes y por ende, que no está la sentencia en consonancia con los puntos litigiosos y las pretensiones de las partes". Agrega el recurrente que "cuando la alegación de un hecho como excepción hace nacer una situación jurídica entre las partes", es su sentir que el juzgador "debe considerarlas si con ello se establece un hecho generador de un derecho de la parte contraria".

Contiene el libro cuarto del código civil, en su título 13, un tratado sobre interpretación de los contratos, que se distingue por su unidad y su sabiduría.

No es razonable seguir en la interpretación de los contratos el método exegético, o sea, el análisis sucesivo de sus cláusulas, olvidándose de que en todo acto de voluntad hay siempre un pensamiento principal, ge-

nerador y lazo de unión de las varias cosas sobre que el acto recae. El estudio aislado de las disposiciones contractuales, como si cada una de ellas se bastara a sí misma, confunde al intérprete e impide la concordia entre los diversos puntos. Las cláusulas han de interpretarse unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor cuadre con la naturaleza del contrato y que más convenga a éste en su totalidad. Sólo así es posible aprehender la idea dominante de las partes y construír con sus palabras una *figura jurídica*. Puesta de relive la unidad del citado título 13, obsérvese su admirable sabiduría en normas como éstas: conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras; por generales que sean los términos de un contrato, sólo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado; el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquél en que no sea capaz de producir efecto alguno.

Guiada la corte por el criterio de la unidad y obediente a las sabias normas memoradas, resulta para ella labor muy sencilla la de estudiar las causales de casación aducidas por el recurrente.

Primera causal

El tribunal de Bogotá no sólo no incurrió en evidente error de hecho al interpretar el contrato celebrado por la escritura número 135, de 16 de febrero de 1909, otorgada en la notaría 4ª del circuito de Bogotá, por medio de la cual Casimiro Espinosa vendió el inmueble a las Sotos Espinosas, sino que dicho tribunal acertó de modo notable, como también había acertado el señor juez 3º en lo civil de este mismo circuito, cuando en lugar de reducirse a leer una a una las cláusulas de ese contrato, para conocer aisladamente su tenor literal, se preocupó por penetrar en la entraña misma de la convención entendiendo e interpretando el acto en conjunto, como construcción jurídica dotada de unidad.

Si Casimiro Espinosa, **dueño en realidad del inmueble que quiso vender a las Sotos Espinosas**, olvidó al redactar la escritura de compraventa que él tenía el dominio de ese inmueble como cuerpo cierto, no es razonable desentenderse del espíritu de la convención so pretexto de sujetarse al tenor rigurosamente literal de algunas de sus cláusulas.

Hay dos hechos fundamentales e indiscutibles: el de que Casimiro Espinosa era dueño el 16 de febrero de 1909, fecha de la compraventa, de un inmueble distinguido con el número 401 y ubicado en la esquina que forman la carrera trece y la cuadra diez y seis de la calle décima, en la ciudad de Bogotá, y el de que Casimiro Espinosa quiso que dicho inmueble, claramente delimitado en la escritura de compraventa, entrara en el patrimonio de las compradoras Sotos Espinosas.

Sobre esos dos hechos es lógico interpretar el contrato en el sentido de que una de las partes, Casimiro Espinosa, se obligó a dar una cosa determinada, la casa cuyos linderos constan en la escritura, y la otra parte, constituída por el grupo de las Sotos Espinosas, se obligó a pagar el precio de ese cuerpo cierto y efectivamente lo pagó como consta en la misma escritura.

Casimiro Espinosa dice vender a las Sotos Espinosas "todos cuantos derechos y acciones tiene, tenga o pueda tener como heredero, legatario, acreedor, y en general a cualquier título y por cualquier causa, en la sucesión hereditaria de su finada hija legítima llamada Rosenda Espinosa Garzón..., y cuyos derechos y acciones estén o puedan estar vinculados en una casa baja de tapia y teja...", y agrega que "en consecuencia, desde hoy transfiere el dominio de los mencionados derechos y acciones y traspasa las acciones consiguientes a..., para que los reclamen y hagan efectivos y queden dueñas exclusivas de la casa y tiendas especificadas ya". Finalmente dice el vendedor, luégo de prohibir a las compradoras que vendan, hipotequen o graven el objeto de la compraventa mientras viva Natalia Espinosa de Soto, que a ésta le "corresponderá el usufructo de dichas casas y tiendas; y una vez muerta la expresada señora, **entrarán en el goce pleno y absoluto de la finca de que se trata...**"

La corte nada tiene que agregar a los comentarios hechos por los falladores de primera y segunda instancias, que ella acoge en tesis general, y estima en consecuencia que esta primera causal de casación carece de fundamento.

Segunda causal

El tribunal no violó el artículo 1.759 del código civil, porque él no desconoció el alcance probatorio de la escritura de compraventa sino que interpretó a la luz de otros preceptos el contrato contenido en tal escritura número 135.

Por la misma razón tampoco violó el tribunal el artículo 630 del código de procedimiento, y además porque la escritura vino a los autos en copia autorizada por el funcionario encargado del protocolo y con la nota de haberse hecho el registro en la forma debida.

Se desecha esta segunda causal.

Tercera causal

En vista de la escritura número 135 y de la interpretación que el tribunal dio a la convención contenida en ella, no hay duda de que fue acertada la sentencia cuando reconoció a las demandadas el dominio pleno del inmueble y resolvió que no procedía la acción reivindicatoria propuesta por el demandante.

No se admite esta causal.

Cuarta causal

En parte alguna aparece que el tribunal desconociera el valor probatorio de las tres escrituras mencionadas.

No se ve cómo pudo violar el tribunal los artículos 740 y 756 del código civil, pues él no ha negado que la tradición sea un modo de adquirir el dominio de las cosas ni que la tradición de los bienes raíces se efectúe por el registro.

Se rechaza esta causal.

Quinta causal

Según lo dicho, el tribunal no solamente no violó los artículos 1,618, 1,620, 1,621 y 1,622 del código civil, sino que los aplicó con acierto.

No procede esta causal.

Sexta causal

No infringió el tribunal los artículos 1,884 y 1,967 del código civil, porque él no negó que el vendedor estuviese obligado a entregar lo que reza el contrato ni dijo que el cedente de un derecho de herencia tuviese responsabilidad distinta de la señalada en el código. Simplemente el tribunal interpretó la convención en el sentido de que, a pesar del tenor literal de algunas de sus cláusulas, ella versó sobre venta de un cuerpo cierto y no sobre cesión de derechos hereditarios.

No se atiende a esta causal.

Séptima causal

No quebrantó el tribunal los artículos 789 y 946 del código civil, porque la escritura número 135, debidamente registrada como está, fue suficiente para cancelar la inscripción anterior, y porque la citada escritura produjo, una vez inscrita, el efecto de que el inmueble saliera del dominio de Casimiro Espinosa. Tampoco fue violado el artículo 745 porque nadie ha negado la validez del título.

No se recibe esta causal.

Octava causal

El hecho de que los demandados alegaran la prescripción no es prueba de que reconocieran que el dominio del inmueble no estaba radicado en ellos sino en la sucesión de Casimiro Espinosa. Todo demandado, por muy seguro que esté de su derecho, puede proponer la prescripción como medida de prudencia y de seguridad, sin que por el hecho de proponerla se entienda que tácitamente reconoce fundamento a la demanda. Esto no es una confesión, según los artículos 1,769 del código civil y 607 del código judicial, como lo pretende el recurrente.

Es vana esta causal.

Novena causal

Aceptada la interpretación que el tribunal dio al contrato, la lógica tenía que llevarlo, como lo llevó, a concluír que el inmueble no pertenece a la sucesión de Casimiro Espinosa sino a las demandadas, y que, por tanto, la acción reivindicatoria no procede. El pago del impuesto de lazareto se explica, dado el tenor literal de la escritura, en su primera parte, pero ese pago no puede constituír la clave de interpretación del contrato. El instrumento fue registrado en el libro de causas mortuorias, es verdad, mas también lo fue en el libro número 1°; las escrituras anteriores a la 135 no contradicen el sentido de ésta; la 135 se refiere a un cuerpo cierto, conforme al criterio del tribunal, y la cuantía del precio, que el recurrente juzga vil sin demostrarlo, no basta para echar por tierra los razonamientos del tribunal sobre interpretación del contrato, ni bastaría aun cuando se estableciera su desproporción con el valor de la cosa comprada, porque no es éste un juicio de rescisión por lesión enorme sino un juicio reivindica-

torio, y porque un solo indicio, suponiendo que éste lo fuera, no bastaría para destruir la eficacia de los medios indirectos de que se valió el tribunal en orden a averiguar la intención de los contratantes.

Carecen, pues, de fuerza los fundamentos de esta causal.

Décima causal

El 28 de agosto de 1931 falleció Natalia Espinosa de Soto (folio 84). El juez de primera instancia hizo notar que esta muerte ocurrió antes que a dicha demandada se le notificara la demanda, por lo cual ella "no se hizo parte en el juicio" (folio 113 vuelta). Por causa de la defunción anotada, en la parte resolutiva del fallo negó el juez las declaraciones solicitadas contra la aludida señora. El tribunal hizo también constar en su sentencia el fallecimiento de la señora, y al confirmar en lo pertinente la de primera instancia, expresó que lo hacía por haber muerto sin que se le hubiera notificado la demanda, "lo que equivale a que no haya habido juicio con ella, ni pueda haber, consecuencialmente, sentencia que desate ese juicio inexistente" (folio 138 vuelta).

Estos antecedentes movieron al recurrente a sostener que el tribunal incurrió en un error de hecho evidente, por no haber tenido en cuenta las manifestaciones que el abogado de las demandas hizo al contestar la demanda, en escritos de fechas 20 de abril de 1933 y 18 de mayo del mismo año, en donde expresa de manera clara "que para que el juicio se abra a prueba, como apoderado de las hijas legítimas y herederas de los cónyuges demandados Ignacio Soto F. y Natalia Espinosa de Soto, ya fallecidos, se da por notificado del auto de 11 de noviembre de 1932, y del de 13 de septiembre de 1926". (Este último es el que admite la demanda). Esta personería, dice el recurrente, fue demostrada por las señoritas con las actas del estado civil respectivas. Por este error del tribunal, agrega el recurrente, la sentencia no está en consonancia con las pretensiones o cuestiones deducidas en el juicio, pues el tribunal se abstuvo de fallar sobre todas y cada una de las peticiones formuladas.

La corte considera:

1º—Por auto de 13 de septiembre de 1926 fue admitida la demanda, pero no hay prueba de que la demandada Natalia Espinosa de Soto hubiera sido notificada de aquélla (folio 35).

2º—Por auto de 11 de noviembre de 1932 se les nombró curador ad litem a las demandadas, pero no hay prueba de que el curador hubiera tomado posesión de su cargo (folio 74 vuelta).

3º — Las demandadas Sotos Espinosas constituyeron un apoderado para que las representara en juicio, mediante el memorial sin fecha que aparece en el folio 76. En este memorial obran las poderdantes en sus propios nombres y no como representantes de la sucesión de su madre.

4º—A folios 88 y 95 están las contestaciones que el mandatario de las demandadas dio al libelo de demanda, contestaciones en que obra a nombre de las poderdantes individualmnete, y no como herederas de la finada ni como representantes de la sucesión de ésta. Los dos autos en que se da por contestada la demanda no hacen, ni tenían por qué hacer, alusión a la finada (folios 90 y 95 vuelta).

5º—El dieciocho de mayo de 1933 fueron notificados varios autos, entre ellos el sobre admisión de la demanda, al procurador de las demandadas, "en su carácter de hijas legítimas del general Ignacio Soto F. y Natalia Espinosa de Soto, ya fallecidos, según consta de autos" (folio 95 vuelta).

6º— Volvió a darse por notificado de los dos mismos autos el apoderado de las demandadas, mediante un memorial fechado el 18 de mayo de 1933, en el cual dice, con el fin de que el juicio se abra a prueba, que "como apoderado de las hijas legítimas y herederas de los cónyuges demandados y fallecidos", se da por notificado de los autos de 13 de septiembre de 1926 y de 11 de noviembre de 1932 (folio 96).

7º— En el memorial de 20 de abril de 1933 se limita el mandatario a contestar la demanda en nombre de sus poderdantes (folio 89 vuelta).

Desprendese del anterior recuento que a pesar de ciertas manifestaciones hechas por el procurador de las demandadas, no puede decirse que éstas representaran en el juicio a la sucesión de su madre. Esta sucesión no fue demandada. No hubo, pues, la notificación que alega el recurrente.

La demanda está dirigida contra varias personas, entre las cuales figura Natalia Espinosa de Soto, fallecida antes de que le fuera notificado el auto sobre admisión de la demanda. Después de su muerte, el libelo no fue en forma alguna modificado. Tampoco se demostró quiénes fueran los representantes legales de la sucesión de la demandada fallecida.

Suponiendo que la notificación de la demanda precediera a la muerte de Natalia Espinosa de Soto o que la sucesión de ésta hubiera sido parte en el juicio con la debida representación, no por eso se podría alegar que la sentencia del tribunal es acusable por no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, pues el tribunal no hizo declaración alguna fuéra de lo pedido en la demanda, y la misma negativa expresa de los puntos que se relacionan con la finada está demostrando que la sentencia recayó sobre lo pedido.

No se recibe esta causal.

Undécima causal

No había para qué decidir sobre la excepción, siendo absolutoria la sentencia por causas que nada tienen que ver con aquélla.

Tampoco se recibe esta última causal.

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, resuelve que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia a que se refiere el presente recurso.

Condénase al recurrente en las costas del recurso.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al tribunal de su origen.

Eduardo Zuleta Angel, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha, Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

ACUERDO N. 1

(de 24 de octubre de 1935).

LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,

CONSIDERANDO:

Que ha muerto el doctor Fernando Vélez, prez y honra del foro nacional;

Que el doctor Vélez fue un ciudadano de las más claras ejecutorias;

Que dedicó sus mejores años a una provechosa y meritoria labor docente en la Universidad de Antioquia;

Que enalteció los estrados judiciales con las luces de su ciencia jurídica y con el ejercicio de su profesión de abogado sin tacha;

Que enriqueció nuestra literatura jurídica con su admirable "Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano", obra clásica en los anales del derecho patrio e inapreciable tesoro de paciencia, de erudición, de sana crítica y doctrina legal que ha formado varias generaciones de abogados y contribuido al triunfo de la justicia, y

Que su vida, larga en días, noble y armoniosa, consagrada a las más austeras disciplinas, fue cifra de hidalguía, espejo de probidad y dechado de eximias virtudes,

ACUERDA:

Lamentase la desaparición de tan egregio colombiano y tributasele un homenaje de especial admiración y acatamiento a su memoria, sagrada para la Patria, cara para la ciencia, venerable para jueces y abogados y apreciable para todos.

Copias auténticas de este Acuerdo serán enviadas a la viuda del doctor Vélez y a la Universidad de Antioquia.

Dado en Bogotá, en el salón de sesiones de la Corte Plena, a los veinticuatro días del mes de octubre del año de mil novecientos treinta y cinco.

El Presidente de la Corte Suprema de Justicia,

RICARDO HINESTROSA DAZA

El Secretario,

PEDRO LEON RINCON

INDICE

Págs.

Casación en materia criminal. Juan C. Trujillo Arroyo 249

COLABORACION JURIDICA. — Sociedades. Dr. Miguel Moreno Jaramillo 256

SALA PLENA

No es inexequible el artículo 27 del decreto Nº 2,020 de 7 de diciembre de 1927. Prima de exención del servicio militar. Magistrado ponente, Dr. Cardoso Gaitán 259
Salvamento de voto del Magistrado Dr. Moreno Jaramillo 269
Salvamento de voto de los Magistrados doctores Mújica y Rocha 278
Salvamento de voto del Magistrado Dr. Zuleta Angel 284
No es inexequible el artículo 8º del decreto número 314 de 11 de febrero de 1920, sobre exención del pago de derechos fluviales a las empresas de petróleo. Magistrado ponente, Dr. Cardoso Gaitán 292
Salvamento de voto del Magistrado Dr. Montalvo 296
Salvamento de voto del Magistrado Dr. Zuleta Angel 299

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

Se infirma la sentencia del Tribunal de Santa Marta en el juicio de Rafael P. Moreno contra Lázaro Espejo, por dinero. Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo 300
No se infirma la sentencia del Tribunal de Medellín en el juicio de Carmen Orozco de Henao contra Julio C. y Felipe Henao, por pesos. Magistrado ponente, Dr. Antonio Rocha 307
No se accede a la reposición del auto que declaró desierto un recurso de casación interpuesto por Carlota Quintero v. de Hernández contra una sentencia del Tribunal de Buga 312
Se declara desierto el recurso de casación interpuesto en el juicio de Eustorgio Peña contra Delfín Martínez. Magistrado ponente, Dr. Hinestrosa Daza 312
No se infirma la sentencia del Tribunal de Barranquilla en el juicio seguido por Julio R. Gerlein y William Zadd & Cº contra José A. Barrios. Oposición a la adjudicación de un baldío. Magistrado ponente, Dr. Zuleta Angel 313
Se infirma la sentencia del Tribunal de Bogotá en el juicio de Ruth González de de la Torre contra Manuel de la Torre González. Magistrado ponente, Dr. Moreno Jaramillo 319
Se casa la sentencia del Tribunal de Bogotá en el juicio de Nicolás Rosanía contra The London & Provincial Marine & General Insurance Co Limited, sobre pago del valor de un seguro de una nave. Magistrado ponente, Dr. Hinestrosa Daza 324
Se casa la sentencia del Tribunal de Cali en el juicio de Santiago Sardi G. contra Aurelio Sardi y otros. Acción de simulación. Magistrado ponente, Dr. Mújica 332
No se infirma la sentencia del Tribunal de Bogotá en el juicio de Luis Cancino contra Ignacio Soto. Juicio reivindicatorio. Magistrado ponente, Dr. Moreno Jaramillo 340
Acuerdo por el cual se honra la memoria del doctor don Fernando Vélez 347

GACETA JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO XLII — Bogotá, abril 10 de 1936 — No. 1.900

DIRECTOR: JULIAN MOTTA SALAS, RELATOR DE LA CORTE

"Saber las leyes non es tan solamente en aprender las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento". (Siete partidas—Ley XIII)

C'est le droit vivant que l'on veut connaitre, non un droit mort, ou conventionnel, imaginatif, variant au gré de chacun. (Louis Josserand—Cours de Droit Civil Positif Francais).

Registrado para curso libre de porte en el servicio postal.

Licencia No. 451 de 7 de marzo de 1936.

ACTOS INEXISTENTES Y ACTOS NULOS DE PLENO DERECHO

A.—Actos inexistentes.

Todo acto jurídico está constituído por la reunión de ciertos elementos esenciales que deben necesariamente hallarse en él. Si está ausente uno de esos elementos, el acto queda incompleto, no puede producir ninguno de los efectos que la ley asocia a su formación, o se dice que es inexistente; *es un puro hecho sin existencia legal. Por ejemplo, según la definición dada aquí, todo acto jurídico supone una manifestación de voluntad efectiva por parte de su autor. Si hace falta, pues, esa manifestación de voluntad, ora sea porque ha obrado el agente en un acceso de enajenación mental, ora porque era muy joven para comprender lo que hacía, el acto no puede nacer o no existe ante los ojos de la ley.*

Esos elementos varían con cada grupo de actos o con cada acto determinado. Así, conforme al Código Civil, son necesarias tres condiciones para la formación de un contrato; consentimiento, objeto y causa (art. 1,108 *C. Civ.). De la misma manera, la venta exige la fijación de un precio; el pago supone la existencia de una deuda anterior que está destinado a extinguir (art.* 1,235 *C. Civ.) En fin, en el matrimonio, la diferencia de sexo es un elemento esencial.*

Teóricamente, el acto inexistente no debe ser confundido con el acto nulo. La ley no se ocupa del acto inexistente por ser un mero hecho que no produce consecuencias jurídicas. No tiene necesidad de aniquilarlo, de anularlo, porque no se ha cumplido jurídicamente. *No pueden anularse sino los actos susceptibles de producir efectos de derecho, vale decir, que presenten las condiciones necesarias para su formación. El acto inexistente no es más que una apariencia que se desvanece probando que no tiene ninguna realidad. Al contrario, el acto nulo es un verdadero acto jurídico que produciría todos sus*

efectos si no estuviese tocado de una causa de ineficacia (1).

B.—Actos nulos de pleno derecho.

El acto que reúne las condiciones requeridas para su formación puede estar viciado, sin embargo, de nulidad, si ha sido ejecutado con violación de una disposición de la ley. El legislador sanciona ordinariamente por medio de la nulidad los mandatos o las prohibiciones que estatuye.

Así, ejemplificando, la inobservancia de formas en los actos solemnes (2), *la violación de una regla de orden público (art. 6 C. Civ.), la inserción de una cláusula inmoral, o de una condición o de un cargo imposible o ilícito en un acto a título oneroso* (3) *entrañan la nulidad de pleno derecho. La nulidad de pleno derecho o nulidad absoluta es el modo de sanción al cual recurre la ley ordinariamente para asegurar el respeto de las disposiciones que quiere imponer a la observancia de las partes. Al contrario, la anulabilidad o nulidad relativa, de que hablaremos abajo, no es sino un remedio excepcional establecido por la ley en ciertos casos determinados.*

Conviene agregar dos observaciones.

Primera observación. — *La ley no pronuncia siempre expresamente la nulidad. A menudo se contenta el código con emplear una fórmula prohibitiva; "no puede, no debe", o una fórmula imperativa, como en los artículos 334, 1,394 del código civil; ordena o prohibe, pero sin decretar la sanción* (1). *No es dudoso que la nulidad puede ser pronunciada en virtud de la voluntad del legislador; hay casos en que ella es virtual* (2). *¿Cuáles son esos casos? ¿Cómo se reconocerá que el legislador ha tenido la intención de sancionar por la nulidad los actos contrarios a una disposición imperativa o prohibitiva establecida por la ley? No hay criterio que permita dar a esta cuestión una respuesta general; no se podrá resolverla sino estudiando en cada caso particular que hubiere de presentarse el espíritu de la ley y los motivos que han hecho establecer el mandato o la prohibición* (3).

Segunda observación. — *Dejamos a*

(1) Muchas objeciones pueden oponerse a esta teoría de la inexistencia. Un acto simulado es inexistente y sin embargo produce efectos con relación a terceros (art. 1,321 C. Civ.). De otro lado, el artículo 1,601 del mismo código nos dice que si al momento de la venta la cosa vendida perece en su totalidad, la venta es nula. De la misma manera, declara el artículo 1,131 que la obligación sin causa, o fundada en una falsa causa, o en una causa ilícita, no puede tener ningún efecto, lo que significa que en todos esos casos, tanto cuando hay ausencia de causa como cuando hay una causa ilícita la obligación está viciada de nulidad. Es, pues, inexacto decir que el contrato sin objeto o la obligación sin causa son inexistentes, puesto que la ley misma declara que son nulos.

(2) Muchos autores consideran la falta de solemnidad como una causa de inexistencia (Baudry-Lacant, en Guyot, t. I, Nº 131). En los actos solemnes, dicen ellos, la forma es esencial: forma dat esse rei. Pero, como lo observa juiciosamente Planiol, op. cit., t. I, no. 349, esa manera de ver no es rigurosamente exacta. La ausencia de forma no toca a la esencia misma del acto. Una donación por documento privado, por ejemplo, contiene todos los elementos indispensables a la formación de un contrato. Lo que le falta es una condición de validez exigida por la ley. Se trata, pues, aquí de nulidad.

(3) Art. 1,172 C. Civ.

(1) Arts. 445, 462, 464, 791, 968, C. civ., etc.

(2) Cf. Aubry y Rau, I. 37, 5ª ed., p. 181, 182.

(3) Así la cuestión de saber si las leyes que dispensan en tiempo de guerra al Banco de Francia de reembolsar en oro el monto de los billetes emitidos por él comportan la nulidad de las cláusulas que imponen a los deudores la obligación de pagar en oro, ha dado lugar a una larga controversia entre la doctrina y la jurisprudencia. Esta se ha pronunciado por la afirmativa. (Civ., 11 de febrero de 1873, D. P. etc.). El empleo de la forma prohibitiva prueba casi siempre que el legislador ha tenido la intención de sancionar con la nulidad la violación de la regla así formulada. Véanse, por ejemplo, los artículos 144, 161, 162, 163, 335, 686, 791, 1,398, 2,220 del código civil, etc. Laurent, op. cit, t. I. nos. 59 a 68; Planiol y Ripert, op. cit., t. I. no. 337; Ambr. Colin y Capitant, op. cit., 5ª ed., t. I, p. 79. El libro preliminar del proyecto de código civil contenía un artículo (título IV, art. 9), concebido así: "Las leyes prohibitivas comportan la pena de nulidad, aunque esta pena no haya sido formalmente expresada". Se sabe que la mayor parte de los artículos de ese título preliminar han sido suprimidos como pertenecientes a la doctrina más bien que a la legislación. Sin embargo, es necesario tener en cuenta la observación hecha en el número 275: en materia de matrimonio hay ciertas prohibiciones a las cuales no sanciona el código con la nulidad.

un lado los vicios de forma que pueden deslizarse en la redacción del escrito destinado a comprobar la formación de un acto jurídico. La irregularidad cometida en la confección del acto instrumental redactado para servir de prueba no comporta la nulidad, a menos que la ley la haya pronunciado expresamente, o que la mención omitida constituya una formalidad sustancial cuya ausencia haga perder al acto todo valor (1).

Efectos de la nulidad de pleno derecho (2).—*La nulidad es obra de la ley misma que sanciona el acto jurídico con su ineficacia, o lo paraliza al momento mismo de su nacimiento* (3). *Ese acto no puede producir ningún efecto jurídico. No hay necesidad de hacer pronunciar su invalidez por el juez, porque ella existe de pleno derecho, en virtud de la misma ley. No hay, propiamente hablando, acción de nulidad* (4). *El que tiene interés en hacer constatar por los tribunales la nulidad del acto jurídico, obra simplemente como si ese acto no hubiera sido ejecutado; invoca los derechos que pretende tener. El que ha ejecutado un contrato viciado de nulidad radical no tiene necesidad de demandar su anulación, sino reclamar las cosas que ha entregado, ya sea por la acción de reivindicación, cuando se trata de un cuerpo cierto, ya por la acción de repetición de lo indebido, cuando se trata de una suma de dinero. Si el adversario resiste a su pretensión oponiendo la invalidez del contrato, el litigio será llevado ante los tribunales. Si el juez reconoce la existencia de la causa de nulidad, se limitará a constatarla; no habrá necesidad de anular el acto por ser la misma ley la que lo ha infirmado* (1).

De donde se derivan las siguientes consecuencias:

1ª *Toda persona que tenga interés en invocar la nulidad de un acto jurídico tiene derecho de hacerla constar. Por ejemplo; un donante ha hecho donación de una casa por documento privado, en contravención a lo dispuesto en el artículo 931 del código civil; posteriormente vende la casa a otra persona y la pone en posesión. Ese comprador, si fuere atacado por el donatario, recluzará su demanda fundándose en la nulidad de la donación.*

También se designa ordinariamente la nulidad de pleno derecho bajo el nombre de nulidad absoluta, *por oposición a la nulidad relativa, que no puede ser invocada sino por aquel en cuyo provecho ha sido establecida.*

(1) Cf. Bufnoir, **Propiedad y contrato**, p. 661.

(2) La máxima **quod nullum est nullum producit effectum**, por la cual se resumen los efectos de la nulidad de un acto, no se aplica siempre rigurosamente. Hay ciertos casos en los cuales los efectos jurídicos del acto sobreviven a la nulidad. Esta materia, muy poco estudiada hasta estos últimos tiempos, constituye el objeto de una tesis notable de Jacques Piédelièvre, **De los efectos producidos por los actos nulos**, París, 1911.

(3) El acto nulo de pleno derecho no produce más efectos que el acto inexistente. Algunos autores se contentan con dividir los actos tocados de ineficacia en dos grupos: actos inexistentes y actos anulables. En la primera categoría, colocar las causas siguientes: ausencia de un elemento esencial, inobservancia de formas en los contratos solemnes, violación de una regla de orden público, inserción de una condición o de un hecho imposible o ilícito en los contratos a título oneroso. Véase en este sentido a Bufnoir, **Propiedad y Contrato**, p. 646 y siguientes; Biurgeon, tesis procitada. Nosotros nos hemos adherido a ese sistema en nuestro **Curso elemental de Derecho Civil**, t. I, loc. cit.

(4) Esta proposición no está admitida por todos los autores. Aubry y Rau, t. I, p. 87, declaran que la nulidad no existe nunca de pleno derecho; ella debe siempre ser pronunciada en juicio. "A este respecto, dicen ellos, 5ª ed., t. IV, p. 184, no hay lugar de distinguir entre los casos en que la ley se limita a abrir contra un acto una acción de nulidad, y aquellos en que declara ella misma la nulidad, ya de una manera pura y simple, ya con adición de las palabras de **derecho o de pleno derecho**. Los actos viciados de nulidad permanecen, pues, eficaces mientras que la anulación de ellos no haya sido pronunciada por el juez".

(1) El acto tachado de una causa de nulidad no está siempre enteramente aniquilado. Desde luego, el artículo 900 del Código Civil decide que, en las disposiciones entre vivos o testamentarias, las condiciones imposibles, aquellas que son contrarias a las leyes o a las costumbres, se reputan no escritas. Por otra parte, si el acto jurídico contiene muchas manifestaciones de voluntad distintas las unas de las otras, la nulidad no aniquila sino las cláusulas ilícitas. A menudo sucederá así en los contratos de matrimonio, en los testamentos.

2° *El acto nulo no puede ser confirmado por aquellos de quienes emana* (1). *Confirmar un acto es renunciar a invocar la causa de nulidad que lo vicia. Eso supone, por consiguiente, que la nulidad ha sido creada en interés de la persona, para protegerla. Cuando se trata, al contrario, de una nulidad pronunciada como sanción de una violación de la ley, las partes no pueden renunciar a prevalerse de ella* (2).

3° *La nulidad de pleno derecho no se extingue por el efecto de la prescripción. El acto nulo no produce ningún efecto jurídico; el transcurso de cierto lapso no podría darle un vigor que no ha tenido jamás. Parece, por consiguiente, que podrán siempre los interesados, cualquiera que sea el tiempo transcurrido, invocar la nulidad de un acto. Pero, en el hecho, sucederá lo más a menudo que al fin de treinta años no se podrá ya prevalerse de él porque la situación jurídica creada por ese acto se encontrará consolidada por efecto de la prescripción. "Después de treinta años no se trae a pleito lo que remonta a una fecha anterior". Dos ejemplos nos lo van a mostrar;*

1° *En una "cession d'offices ministeriel" (*) el vendedor ha estipulado por un pacto secreto que el comprador le pagaría una suma de veinte mil francos a más del precio fijado en el contrato. Ese pacto es nulo; el comprador que ha pagado esa suma tiene acción de repetición contra el vendedor; pero, si permanece durante treinta años sin intentar su acción, ésta se halla extinguida por la prescripción y no puede invocar la nulidad del pacto secreto.*

2° *He dejado a Pedro entrar en posesión de una casa porque mi padre, en su testamento, se la había legado. Posteriormente descubro un nuevo testamento que revoca ese legado. Tengo el derecho de reivindicar la casa que había entregado bajo la influencia del error, pero permanezco treinta años sin obrar. Al fin de ese tiempo Pedro habrá adquirido la propiedad de la casa por la prescripción adquisitiva y podrá rechazar mi acción.*

Así, pues, cuando ha sido ejecutado un acto nulo y dejan pasar las partes treinta años sin invocar la nulidad, la prescripción extintiva o adquisitiva, según el caso, pone un obstáculo a la declaración de esa nulidad y el acto conserva un valor de hecho; la relación de derecho que ha establecido se perpetúa.

Sin embargo, no siempre sucede así y no sería exacto decir que, por la prescripción de las diferentes acciones que permiten hacer constar la nulidad, se hace inatacable siempre el acto al vencimiento de treinta años. Fácil es hallar hipótesis en que la prescripción no juega ese papel. Tomemos el caso de un pacto sobre una sucesión futura, que es nulo por contrario al orden público (1); *por ejemplo, un hijo ha renunciado de antemano a la sucesión de su padre en favor de su hermano; el padre muere. Cualquiera que sea el tiempo transcurrido desde el día en que intervino el pacto, puede intentar el hijo renunciante la acción de partición de bienes de la sucesión, lo que podrá hacer mientras que su hermano no haya adquirido por la prescripción adquisitiva la propiedad exclusiva de esos bie-*

(1) Véanse los artículos 1,338, 1,339 del C. civ.

(2) Sin embargo, se comprendería que un contrato viciado de nulidad por violación de una regla de orden público, si se tratara de una violación susceptible de desaparecer, pudiese ser confirmado a partir del momento en que ese contrato no contuviese ya nada de contrario al orden público. Así, algunas sentencias han admitido que un contrato de matrimonio nulo por defecto de formas puede ser confirmado después de la disolución del matrimonio. Cas. 10 abril 1866, etc. Pero la Corte de casación parece haber abandonado esta opinión por una sentencia del 6 de noviembre de 1895.

(*) El fenómeno jurídico así llamado no existe entre nosotros.—(Nota del Relator).

(1) Ch. Beudant.

nes, pues la acción de partición es imprescriptible (1).

Otro ejemplo; el contrato de matrimonio, redactado posteriormente a la celebración del matrimonio o fuéra de la presencia de uno de los futuros esposos, es nulo. Aunque haya durado más de treinta años el matrimonio; sin embargo, en el día de la disolución serán admitidos los esposos a prevalerse de la nulidad del contrato para la reglamentación de sus derechos respectivos.

HENRY CAPITANT

(Del libro titulado "Introduction a l'étude du Droit Civil").

(1) Casación 18 de marzo de 1895.

COLABORACION JURIDICA

SOCIEDADES

Miguel Moreno Jaramillo

Tomo IV.

(Continuación).

105.—¿Qué se entiende por producirse "nulidad absoluta entre los socios", según el artículo 472 del código de comercio?

Esta misma pregunta hicimos en el tomo I, bajo el número 141.

Hoy damos contestación a ella, insertando pasos de una sentencia de casación proferida por la corte suprema de justicia, con fecha 10 de marzo de 1936, sentencia en que fue ponente el autor de este libro:

CAPITULO I

.....

Dedúcese de esta identidad esencial la consecuencia de que la validez de toda sociedad ha de estudiarse por estos tres aspectos:

Como contrato en general;

Como contrato de sociedad, y

Como constitución legal de cierta especie de sociedad.

Para la validez de la sociedad como contrato en general, sin consideración a especies, como dicen los códigos civil y de comercio, o a clases, como dice el código minero, es preciso que los constituyentes sean legalmente capaces, que consientan en dicho acto sin que su consentimiento adolezca de vicio, que los mueva una causa lícita y que su voluntad recaiga sobre un objeto lícito (art. 1502 del C. C.).

Como contrato de sociedad, todas las especies o clases requieren estos elementos esenciales:

1º—Dos o más personas;

2º—Aportes;

3º—Fondo común;

4º—Repartición de ganancias o pérdidas,

5º—Objeto social, y

6º—Animo de asociarse.

Todas, todas, sean cuales fueren su clase o su especie o su naturaleza.

La clase cabe en la especie, y la especie en la naturaleza, o sea en la virtud característica de cada cosa.

La constitución legal de un tipo de sociedad está sujeta a normas que pueden ser distintas de las que se exigen para otros tipos. No se constituyen de un mismo modo las colectivas de comercio que las en comandita por acciones, y ocurre que diversos tipos, como tales colectivas y las anónimas, están sujetas en su formación a iguales requisitos.

La sociedad colectiva de comercio y la anónima se forman por escritura pública, registrada conforme al código civil (arts. 465 y 551 del C. de C.).

Llama poderosamente la atención el que para constituir estas sociedades se requiera la formalidad del registro, porque ordinariamente la ley no exige para la perfección de un contrato solemne que la escritura pública sea registrada conforme al código civil, a menos que el contrato verse sobre inmuebles, y ni aun versando sobre esta clase de bienes lo exige siempre, como puede observarse en la compraventa de fincas.

Las formalidades de los contratos solemnes consisten generalmente en el otorgamiento de escritura ante notario; en ocasiones consisten en otros medios distintos de la escritura, y hay veces, contadas por cierto, en que para el perfeccionamiento se requiere, a más de la escritura, el requisito de la inscripción de ésta en la oficina de registro o el de algún otro acto solemne.

Sean ejemplos:

El contrato de constitución de renta vitalicia, que no se perfecciona sino por la entrega del precio, debe precisamente otorgarse por escritura pública, aunque lo que se pague por el derecho de percibir la renta consista en dinero o en otras cosas muebles (arts. 2290 y 2292 del C. C.).

Las donaciones a título universal exigen siempre escritura pública, aunque todos los bienes sean muebles (art. 1464 del C. C.).

Es solemne la donación de bienes muebles a plazo o bajo condición, y puede constar por escritura privada (art. 1460 del C. C.).

El contrato de seguro es solemne, y puede perfeccionarse por escritura privada (art. 638 del C. de C.).

Cuando los fideicomisos, los usufructos, los derechos de uso y de habitación y las donaciones entre vivos recaen sobre inmuebles, no basta para su perfeccionamiento la solemnidad de la escritura pública, sino que además se requiere la inscripción en el competente registro (arts. 796, 826, 871 y 1457 del C. C.).

Tampoco vale sin este requisito la remisión de una deuda de bienes raíces (art. 1457 del C. C.).

Ni la hipoteca, ni el censo (arts. 2434 y 2435 del C. C. y 106 de la ley 153 de 1887).

Las donaciones a título universal, aunque todos los bienes sean muebles, exigen, además del otorgamiento de escritura pública, un inventario solemne, so pena de nulidad (art. 1464 del C. C.). En este caso sienta el código muy claramente el principio de que no es necesaria la inscripción sino cuando entre los bienes hay inmuebles.

Si la ley hubiese dicho que cuando en la escritura de constitución de una sociedad hacen los constituyentes aportación de bienes raíces, esa escritura debe sujetarse al requisito del registro civil, ninguna sorpresa causaría ese precepto porque no se apartaría de los principios legales trazados para los casos de fideicomiso, usufructo, uso y habitación y donaciones entre vivos que recaigan sobre inmuebles, o para los de remisión de deudas de bienes raíces. Pero sí llama la atención el hecho de que para formar una sociedad colectiva de comercio, o anónima, exija la ley el registro conforme al código civil.

CAPITULO II

No hay duda, según se demostró en el capítulo anterior, de que las sociedades colectivas de comercio y las anónimas están sujetas a las formalidades especiales de escritura pública y de registro conforme al código civil.

—Pero tal escritura y tal registro serán las únicas formalidades especiales que la ley exige para que se produzcan los efectos civiles...?

—No son las únicas.

Dentro de los quince días inmediatos a la fecha de la escritura, ha de entregarse en la secretaría del juzgado del lugar en que se establezca el domicilio social (hoy en la cámara de comercio, si la hubiere en el lugar), un extracto de aquella escritura, certificado por el notario que la hubiere autorizado. El extracto contendrá ciertas indicaciones y deberá ser registrado en la secretaría en donde se presente y además publicado en la forma prescrita por la ley (arts. 469 y 470 del C. de C. y 39 de la ley 28 de 1931).

El registro comercial del extracto es una nueva formalidad especial, que ha de sumarse a las de escritura pública y registro civil. El contrato no queda perfecto sino cuando se han cumplido esas tres formalidades.

Tánto es ello así, que el artículo 472 del código de comercio llama "solemnidades" a las prescritas en los artículos 469 y 470, referentes al extracto, y las iguala con la escritura constitucional para decir que la omisión de ésta y la del registro comercial producen nulidad absoluta entre los socios. El artículo 473 les da también el nombre de "solemnidades", y el inciso 2º del 474 sanciona con multa el dar principio a las operaciones proyectadas, antes del otorgamiento, registro y publicación de la escritura social. Nada importa que conforme al texto del artículo 465 la sociedad se forme por escritura pública registrada civilmente, si el 469 exige además la solemnidad del registro comercial. Coordinados los dos preceptos se ve que la perfección del contrato no se realiza sino con el lleno de estos tres requisitos:

Otorgamiento de escritura pública, registro civil de esta escritura y registro comercial del extracto de la misma escritura.

La inobservancia de cualquiera de estas tres formalidades produce nulidad absoluta.

Estos contratos de sociedad están sujetos a cuatro clases de nulidades:

I.—Nulidades que resultan del contrato considerado en general como fuente de obligaciones (vicios internos).

II.—Nulidades que resultan del contrato genérico de sociedad (vicios internos).

III.—Nulidades que resultan de la constitución de estos dos tipos de sociedades (vicios internos).

IV.—Nulidades que resultan de la omisión de alguna formalidad que las leyes prescriben para el valor de estas sociedades en consideración a su naturaleza (vicios externos).

Es preciso admitir que el legislador colombiano incluyó el registro oportuno del extracto social dentro de las solemnidades necesarias para el perfeccionamiento de estas sociedades, de suerte que su omisión constituyera una de las nulidades del IV grupo; porque si tales sociedades quedaran perfectas con el otorgamiento de la escritura pública registrada, no sería posible entender

cómo una convención, buena en sí misma y completa, se torna después nula, de nulidad absoluta, por el incumplimiento de un requisito no exigido **ad solemnitatem.**

El sentido jurídico enseña que contratos solemnes contra los cuales no puede argüirse ninguna irregularidad en su nacimiento, deben estar al abrigo de nulidades absolutas por omisión ulterior de requisitos formales. No es posible hablar de vicios externos que se produzcan después de perfeccionado el contrato.

De no aceptar que el registro comercial constituye una solemnidad, habría que convenir en que el vocablo **nulidad** es en este caso, como lo piensa Joseph Hémard, "una exageración de lenguaje". O en que su omisión constituye, como lo sugiere el mismo autor, a lo sumo "una nulidad para lo porvenir". O en que, según lo apunta Thaller, su inobservancia significaría sólo "una disolución anticipada en las relaciones de los socios".

El sentido del artículo 472 es claro. Si no lo fuera de por sí, su relación estrecha con el 473 lo aclararía sobradamente. No es dable desatender su tenor literal, diciendo que hay exageración de lenguaje, a pretexto de consultar su espíritu (art. 27 del C. C.). Tampoco es jurídico recibir nulidades de sólo efectos futuros, porque justamente en la **retroactividad** se asemejan la absoluta y la relativa. Lo de disolución extraordinaria es asimismo inaceptable, porque si tal fuera el efecto de la omisión consabida, no degeneraría el contrato en sociedad de hecho, conforme se prescribe con insistencia en los artículos 472, 475, 476 y 477, sino que se estaría frente a una sociedad disuelta y en liquidación, con personalidad jurídica según ciertos expositores o como simple comunidad según otros.

La mayoría de los autores franceses considera esta nulidad como absoluta y numerosas decisiones judiciales, sin calificarla siempre de radical, la declaran de orden público.

La circunstancia de que algunos hechos cumplidos se mantengan y la de que las operaciones consumadas se liquiden, no se oponen a la idea de nulidad absoluta. Esta se atempera en los efectos de negocios celebrados con terceros. Contra éstos, cuando están interesados en la existencia de la sociedad, no pueden los socios alegar la falta de una o más de las solemnidades mencionadas. Ni los terceros que contrataren con una sociedad que no ha sido legalmente constituída pueden sustraerse por esta razón al cumplimiento de sus obligaciones (arts. 477 y 479 del C. de C.). Igualmente se atempera la nulidad en beneficio de los socios, puesto que en vez de hacer tabla rasa de todo lo pactado, deja en pie la sociedad de hecho. No queda una masa indivisa. Queda un patrimonio autónomo. Compréndese que la omisión del oportuno registro comercial no produce una nulidad que hiera el contrato como fuente de obligaciones, ni tampoco el contrato genérico de sociedad. Concierne a la constitución legal de la colectiva de comercio y de la anónima. De otra suerte no se concebiría la sociedad de hecho. Aparecería una comunidad lisa y llana.

La nulidad radical se produce: por absoluta incapacidad; por falta de objeto o por objeto ilícito; por falta de causa o por causa ilícita, y por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos y contratos en consideración a la naturaleza de ellos y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan.

La omisión del oportuno registro comercial, que impide sea regular la sociedad, hace nulo el acto por falta de un requisito formal. Colocada esta nulidad en el cuadro ordinario de las nulidades, a pesar de que algunas de sus consecuencias no encajan precisamente en ese cuadro, resulta absoluta. Aunque el texto legal no lo dijera tan expresamente como lo dice. Aquel requisito es un elemento indispensable para la existencia del contrato regular. Mira a su nacimiento más bien que a su duración. Por dirigirse el registro comercial a proteger a terceros, es una medida de interés general. La nulidad que sanciona su ausencia debe ser de orden público y por tanto absoluta. Su falta no puede ser suplida por otro procedimiento; no tiene equivalente. El cumplimiento tardío de las solemnidades prescritas, la ratificación expresa y la ejecución voluntaria del contrato, no lo purgan del vicio de nulidad (art. 473 del C. de C.).

Si no caben ratificación ni confirmación, preciso es aceptar la nulidad absoluta. Con razón tanto mayor cuanto que la falta del registro comercial nada tiene qué ver con la incapacidad relativa, con los vicios del consentimiento, con la omisión de formalidades prescritas en consideración a la calidad o estado de las personas, ni, en general, con la concepción clásica de la nulidad relativa.

"Produce nulidad absoluta entre los socios", estatuye el artículo 472.

Si por esta limitación, "entre los socios",

hubiera de entenderse la validez frente a terceros, el texto ofrecería una chocante antilogía, pues en la nulidad absoluta el acto es nulo en sí, y no con relación a determinadas personas. Nulo **erga omnes**, para lo pasado y para lo futuro. Acontece lo contrario en la nulidad relativa. El acto se reputa válido respecto de la generalidad de las personas y nulo respecto de aquellas en cuyo beneficio se ha establecido la acción rescisoria. Nulo en cuanto puede demandarse la nulidad por estas personas. Por eso se llama **relativa** y antes se decía **respectiva**, en contraposición a radical o absoluta.

No pudiendo ser relativa la nulidad de que se trata, según lo dicho, forzoso es concluír que la limitación "entre los socios" envuelve en muy impropios términos la idea, en otros lugares del código ampliada, de que por omitirse el oportuno registro comercial no se afectan en ningún sentido las operaciones celebradas con terceros. Estos pueden demandar a la sociedad considerándola, a su elección, regular o de hecho, y pueden demandar también a los socios, quienes responden "solidariamente a los terceros con quienes hubieren contratado a nombre y en interés de la sociedad de hecho" (arts. 472 y 477 del C. de C.).

Como los terceros que contrataren con una sociedad que no ha sido legalmente constituída, no pueden sustraerse por esta razón al cumplimiento de sus obligaciones (art. 479 del C. de C.), ellos pueden ser demandados por quien corresponda, que no sería, claro está, una sociedad regular. No porque los otorgantes de la escritura social pretendieran formar una colectiva de comercio puede admitirse que fracasados en su intento por la omisión del registro comercial, tenga el nombrado administrador la personería de lo que llegó a ser únicamente una sociedad de hecho. No porque pretendieran formar una compañía anónima, fracasada por la omisión de ese registro, es posible aceptar la existencia de un gerente con representación de tal masa autónoma, vivificada por el ánimo de asociarse, que el código llama "sociedad de hecho". En manera alguna.

Pero si a los terceros que hubieren contratado con una sociedad no legalmente constituída, los demandare en juicio la entidad con quien contrataron, presentándose indebidamente como colectiva regular o como anónima regular, por conducto del nombrado administrador o del nombrado gerente, no pueden esos terceros proponer la excepción perentoria de falta de personería sustantiva del actor, con base en la inexistencia o en la nulidad absoluta de la sociedad colectiva o de la compañía anónima. No pueden excepcionar de esa suerte porque carecen de interés jurídico para ello. En efecto: si la irregularidad de la sociedad contratante no hace nulo el contrato celebrado con terceros y si los socios no pueden alegar la irregularidad de la sociedad contra los terceros interesados en la existencia de ella, ningún interés jurídico tienen los demandados para excepcionar alegando inexistencia o nulidad absoluta del ente con quien contrataron (artículos 477 y 479 del C. de C.).

Si con fundamento en un contrato válido, cuya validez no se afecta porque la sociedad fuera ilegalmente constituída (art. 479), decide el juez que los terceros contratantes paguen a la supuesta sociedad regular, ningún riesgo corren ellos por no haber pagado a la real sociedad de hecho, porque, interesados como están en la existencia de la sociedad a quien pagaron como si fuera regular, quedarían libres de pagar otra vez a la sociedad de hecho, a causa de que los socios no pueden, por ningún motivo, alegarles la falta de una o más de las solemnidades mencionadas (art. 477).

Adviértese, para que esta doctrina no se preste a errores, que ella no tiene el significado de igualar a las sociedades regulares con las irregulares, ni de impedir que tengan su cumplido efecto las consecuencias de la nulidad. Su único alcance es el de negar a los demandados el derecho de proponer la excepción aludida, cuando no tienen interés jurídico en proponerla, como sí pueden tenerlo en casos distintos del especialmente contemplado. Adviértese, además, que al hablarse de contratos con terceros apenas se ha hecho mérito de convenciones extrañas a la sociedad, por completo ajenas a las que íntimamente se relacionan con el funcionamiento de ésta.

En esta exposición se ha tratado conjuntamente de la sociedad colectiva y de la compañía anónima, porque figurando en este juicio un organismo que se dice anónimo y siendo aplicables a los de esta clase las prescripciones legales sobre formación de las colectivas de comercio, es natural estudiar el fenómeno de la omisión en una y otra sociedades, dada su vinculación en punto de formas **ad solemnitatem**. Las disposiciones de los artículos 465, 468, 472, 473, 475, 476, 477 y 479 son aplicables a las compañías anónimas, en cuanto se compadezcan con la naturaleza de este contrato (art. 551 del C. de C.). No importa que en la regla de traslación se omitieran otros artículos como

el 469, pues relacionando los expresamente mencionados con los omitidos, se concluye que la voluntad del legislador en cuanto a solemnidades y a nulidad por falta de ellas no fue otra que la de identificar la colectiva con la anónima. Tanto menos importa en este punto esa omisión cuanto que el artículo 472, expresamente trasladado, incluye los artículos 469 y 470, que luégo hace aplicables a las anónimas la ley 42 de 1898, en su artículo 2º

CAPITULO III

. . . . . .

— A —

Al declarar el tribunal probada la excepción perentoria de carencia de personería sustantiva de la Compañía de Navegación del Río Cauca, violó, por aplicación indebida, el artículo 479 del código de comercio, como lo sostiene el recurrente, artículo aplicable a las compañías anónimas según el 551 del mismo código, también citado en su demanda. Cae esta excepción.

— B —

. . . . . .
. . . . . .

— C —

El tribunal admite aisladamente la excepción de "petición de modo indebido", porque no ve "cómo podrían hacerse en este juicio declaraciones a favor de persona distinta a la del demandante, pues tal ocurriría, si condenara a lo pedido, a favor de la sociedad de hecho, habiéndose demandado a favor de una sociedad de derecho". Esta excepción cae como la distinguida con la letra A), porque fue indebidamente aplicado el artículo 479 del código de comercio. (Tomo I, Nos. 138, 141 y 142. Tomo II, Nos. 157, 159, 184, 185, 187, 222 y 254. Tomo III, Nos. 291, 294, 317 y 336).

SALA PLENA

INFORME

del Magistrado Dr. Pedro Alejo Rodríguez sobre la consulta de un Tribunal, en relación con los jueces interinos y AD HOC.

El cargo de Juez, ora sea en calidad de suplente, ora de interino, o como Juez AD HOC, no es oneroso, sino voluntario.

Señores Magistrados:

En oficio Nº 99 de 24 de octubre último, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán formula a la Corte la siguiente cuestión:

"Según el artículo 2º del C. J. (ley 105 de 1931), los empleos del poder judicial son de voluntaria aceptación tanto para los empleados principales como para los suplentes, y el artículo 106 del propio código dispone que cuando en un circuito haya dos o más jueces, éstos se suplen entre sí en sus faltas accidentales, y no entran los suplentes sino por impedimento o recusación de todos los que están ejerciendo el cargo; pero que, agotado el número de suplentes, el tribunal nombra un juez ad hoc.

Ahora bien, en este distrito judicial se ha presentado el caso de que en ciertos circuitos no han aceptado el cargo de suplentes las diversas personas que, al efecto, ha designado el tribunal, y por este motivo algunos asuntos en que los jueces principales han manifestado impedimento que no es allanable o no ha sido allanado por no habérseles prorrogado la jurisdicción, están en suspenso porque los jueces ad hoc nombrados por el tribunal para cada negocio, tampoco han aceptado el cargo.

Para zanjar tal dificultad procedimental, alguno de los señores Magistrados estima que puede aplicarse en este caso el artículo 246 del código de régimen político y municipal, según el cual 'los destinos remunerados son, por regla general, de voluntaria aceptación; y los onerosos, obligatorios'; pero otros opinan que los jueces ad hoc están comprendidos en el artículo 2º del código judicial, que establece una excepción reconocida por el citado artículo 246, aparte de ser aquél una disposición especial para todos los empleados del poder judicial.

Partiendo del supuesto de que el problema procedimental enunciado sea materia de organización judicial y de que pueda aplicarse el artículo 51 de la ley 23 de 1912, en cumplimiento del artículo 204 del C. J. o en interpretación del ordinal 2º del artículo 38 del propio código, el tribunal que me honro en presidir me encarga someter como someto a la consideración de la honorable Corte, la siguiente cuestión dudosa, para que se digne resolverla:

Para los efectos legales, ¿es obligatorio el cargo oneroso de juez ad hoc de que trata el último inciso del artículo 106 del código judicial (ley 105 de 1931) y, si dicho cargo no es obligatorio, quién puede proceder y cómo se procede para llenar en cada caso la falta accidental del juez principal, impidiendo así la suspensión indefinida de las actuaciones judiciales?"

Como en Corte plena decidierais pasarme esta nota en comisión, he procurado enterarme del asunto, y para informaros considero:

Ante todo precisa determinar, a la faz del artículo 204 del código judicial, si el 51 de la ley 23 de 1912 se halla vigente. Esta disposición reza así:

"La Corte Suprema de Justicia resolverá las dudas que ocurran relativas a la organización judicial de los tribunales, que no hayan sido previstas por la ley.

Parágrafo.—Los tribunales, a su vez, resolverán las que ocurran a los juzgados superiores y de circuito".

Y el citado artículo 204 de la ley 105 de 1931 es del siguiente tenor:

"Las tramitaciones especiales que se hallen en otras leyes deben aplicarse de preferencia, y los vacíos que en ellas se noten se llenan con disposiciones del presente código".

No estimo vigente la disposición de la ley de 1912; porque allí, lejos de contenerse un mandato sobre tramitación en determinados procesos, se consigna una atribución para la corte suprema y los tribunales, respectivamente, en el sentido de absolver las dudas que ocurran acerca de la marcha y funcionamiento de los tribunales y juzgados.

Y la ley 105 de 1931 reglamentó íntegramente esta materia de atribuciones de las entidades judiciales.

En fuerza de esta razón de no considerar vigente el artículo 51 de la ley 23 de 1912,

no me limito a proponeros que la consulta del tribunal de Popayán vaya a la sala de negocios generales, de cuyo resorte es "conocer de los asuntos que correspondan a la corte suprema, por mandato de la constitución o leyes especiales, no atribuídos a la corte plena o a las salas de casación" (ordinal 2º, art. 38 del código judicial).

Pero como a la corte no deben serle tampoco indiferentes las dificultades que se presenten en punto a la administración de justicia, no me ha parecido del todo descaminado ahondar un poco en el problema que plantea el tribunal de Popayán.

Para el reemplazo de los jueces en sus faltas absolutas o temporales por medio de los suplentes o interinos que nombra el tribunal, la dificultad no existe, porque el reemplazo entra de lleno a ocupar el juzgado, con la remuneración, los derechos y obligaciones del juez. El problema surge en relación con los suplentes, interinos o jueces ad hoc para reemplazo del titular en negocios determinados a causa de impedimento.

A mi entender, no hay duda de que el cargo de juez, ya en calidad de suplente, interino o ad hoc, en cualquiera de los casos de los artículo 104 y siguientes de la ley 105 de 1931, es voluntario, según la parte final del artículo 2º ibídem, que no consagra excepción; y desde el momento en que no hay disposición legal donde aparezca alguno de esos cargos como oneroso, de ningún modo se puede pensar, de conformidad con la regla del artículo 246 del código de régimen político y municipal, en que sea obligatorio.

Pero se pregunta: Si para el reemplazo del juez en sus faltas accidentales, v. gr., impedimento, los cargos de suplentes interinos o ad hoc, no aparecen como onerosos, y, de consiguiente, no son obligatorios, cuál es entonces la remuneración que les corresponde?

Hay un vacío en la ley, muy semejante al que se presenta para los reemplazos que se nombran a los agentes del ministerio público en caso de impedimento.

Sobre este particular, el Consejo de Estado dijo al Ministerio de Gobierno, en informe de 27 de febrero de 1934, lo que sigue:

"La consulta tiene dos partes: la primera se refiere a si los individuos nombrados de acuerdo con el artículo anterior tienen derecho a honorarios por su actuación en reemplazo de los agentes del ministerio público impedidos, y la segunda, cómo se fijan tales honorarios, en caso afirmativo.

Respecto de la primera cuestión se observa que los individuos nombrados por el juez o tribunal o por el gobierno, en los casos del artículo 168 citado, reemplazan a empleados remunerados de acuerdo con la ley y, por consiguiente, es obvio que tienen derecho a honorarios. No existe ninguna disposición que les imponga a los ciudadanos la obligación de prestar gratuitamente sus servicios en los casos de impedimento de los agentes del ministerio público. Por regla general, los servicios que se prestan al Estado son remunerados, con las excepciones que las leyes establecen para ciertos cargos de carácter obligatorio, como los de miembros de los jurados en los procesos criminales y de las corporaciones electorales. En ninguna excepción de la ley se encuentran los individuos que reemplazan a los agentes del ministerio público en los casos de faltas accidentales, y aun cuando el artículo 217 del código político y municipal dice que este cargo es forzoso, no existe mandato legal alguno que establezca que es gratuito.

Sobre la segunda cuestión, o sea, cómo se fijan los honorarios, se tiene lo siguiente:

No hay ninguna disposición legal que determine la manera de fijar los honorarios de los individuos que reemplazan accidentalmente a los agentes del ministerio público en el caso de impedimento de éstos. Podría fijarse la misma remuneración de los conjueces; pero la actuación de los agentes del ministerio público es distinta de la de los conjueces, porque los primeros se asimilan a apoderados judiciales, conforme al artículo 169 del código judicial, en tanto que los segundos entran a fallar en reemplazo de los respectivos magistrados.

Los honorarios de los individuos que reemplazan a los agentes del ministerio público en los casos de impedimento, deben señalarse en cada asunto por el juez o tribunal que los nombra, o por el gobierno, según el caso. Así lo resolvió la corte en un negocio en que actuó un individuo nombrado por la corte para reemplazar al procurador por causa de impedimento. Es la forma más equitativa de señalar los honorarios, teniendo en cuenta el trabajo realizado, las características especiales del negocio, etc."

Llenar el vacío de que se viene hablando, es, desde luego, de la incumbencia del legislador.

El gobierno en ocasiones ha dictado decretos para solucionar dificultades como la de que se trata.

Con motivo de la ley 7ª de 1932, que creó en los tribunales de lo contencioso un conjuez especial para intervenir en el conoci-

miento y decisión de los negocios electorales, surgieron tropiezos relacionados con la manera como esos conjueces debían actuar, las inhabilidades que se produjeran por el ejercicio del cargo, honorarios, etc.; y el poder ejecutivo proveyó al esclarecimiento de esos puntos por medio del decreto Nº 388 de 23 de febrero de 1933, de donde conviene transcribir lo que sigue:

"Artículo 3º—El magistrado a que se hace alusión en el artículo 1º de este decreto tendrá los mismos honorarios que los conjueces del tribunal, y su carácter de conjuez, que también le atribuye la ley, implica que sobre él no pesan las incompatibilidades o incapacidades que cobijan en general a los jueces o magistrados, ni la inhabilidad para ser elegido en votaciones populares, ni la de poder ser apoderados en asuntos judiciales o contenciosos, salvo en los litigios electorales adscritos a la corporación de que es miembro".

Y no há mucho, por decreto Nº 872 de 14 de mayo de este año, el ejecutivo unificó la tarifa de honorarios de los conjueces de la corte, consejo de estado, tribunales superiores y de lo Contencioso (Diario Oficial Nº 22,901).

Para terminar, puesto que al tenor del ordinal 4º del artículo 41 del código judicial, es a la sala de gobierno de la corte a la que corresponde dar cuenta al ejecutivo de las dudas, vacíos, contradicciones e inconvenientes que vaya notando en la aplicación de las leyes, e insinuar lo que considere necesario, vuestra comisión os propone:

1º—Como contestación al oficio Nº 99 del tribunal superior de Popayán, fechado el 24 de octubre último, envíesele copia de este informe; y

2º—El mismo informe, junto con sus antecedentes, pase a la sala de gobierno para lo de su cargo.

Bogotá, diciembre 5 de 1935.

Vuestra comisión.

Pedro Alejo Rodríguez

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, diciembre 5 de 1935.

En sesión de hoy se aprobó por unanimidad la proposición con que termina el anterior informe.

El Secretario,

Pedro León Rincón

INFORME

de los magistrados doctores Pedro Alejo Rodríguez y Juan Francisco Mújica, acerca de la creación de un juzgado municipal en la capital de la intendencia del Amazonas.

Señores Magistrados:

En oficio Nº 599, de 7 de los corrientes, el señor ministro de gobierno manifiesta a la corte lo que sigue:

"Aunque el gobierno desea hacer uso de la atribución conferida por la ley 33 de 1935 expidiendo un solo decreto reorgánico de la actual división territorial judicial, por petición muy razonable y cuya urgencia no se escapará a esa honorable corporación, este despacho ha pensado en la necesidad de anticiparse al decreto general con uno especial para establecer y reglamentar un juzgado municipal en Leticia, que sómete al concepto de la suprema corte de justicia en cumplimiento de lo dispuesto en la mencionada ley y que, para tal efecto, me permito incluírle".

Nos habéis pasado este asunto en comisión, y en cumplimiento de ella os rendimos el informe del caso, previas las consideraciones que siguen:

La ley 33 de 1935, en el artículo 3º revistió al presidente de la república de facultades extraordinarias para que, previo concepto de la corte suprema de justicia, ejerza varias atribuciones en relación con los tribunales y juzgados, las cuales corren detalladas, taxativamente, en doce ordinales marcados con letras, que la expresada disposición contiene.

En ninguno de estos numerales se habla de facultades al ejecutivo para crear y reglamentar juzgados municipales, y mucho menos en lugares del país comprendidos dentro de la división territorial judicial que hoy existe con base en los catorce departamentos en que se halla dividida la república.

La ley 33 de 1935 sólo trata sobre creación y reglamentación de juzgados municipales en su artículo 2º, que dice:

"El poder ejecutivo queda facultado para establecer y reglamentar juzgados de menores, lo mismo que para establecer y reglamentar juzgados superiores, de circuito y municipales que hayan de funcionar en los territorios nacionales".

El artículo 3º de la ley de 1935 se refiere, pues, a las secciones comprendidas dentro de nuestro actual régimen departamental, y el 2º, a las comarcas que bajo el nom-

bre de intendencias y comisarías constituyen los territorios nacionales, a la faz de los artículos 4º y 6º de la constitución, que se copian en lo pertinente:

Artículo 4º .....

"Las secciones que componían la Unión Colombiana, denominadas estados y territorios nacionales, continuarán siendo partes territoriales de la república de Colombia, conservando los mismos límites actuales y bajo la denominación de departamentos.

.....

Los antiguos territorios nacionales quedan incorporados en las secciones a que primitivamente pertenecieron".

Artículo 6º .....

"Por medio de una ley aprobada en la forma ordinaria y sin la condición antedicha, podrá el congreso separar de los departamentos a que ahora se reincorporan, o a que han pertenecido, los territorios a que se refiere el artículo 4º, o las islas, y disponer respecto de unos u otras lo más conveniente".

Y la ley 2ª de 1931 creó la intendencia nacional del Amazonas, con capital en Leticia.

En el oficio citado se pide a la Corte concepto acerca de la creación y reglamentación de un juzgado municipal en Leticia, cabecera de la intendencia del Amazonas, es decir, en lugar situado dentro de uno de nuestros territorios nacionales. Por tanto, en fuerza de lo que se deja expuesto, tal medida reza únicamente con el artículo 2º de la ley 33 de 1935, y nada tiene que ver con las facultades extraordinarias concedidas al presidente de la república en el artículo 3º

Ahora, como del contexto de los artículos 3º (inciso 1º) y 4º de la propia ley 33 se deduce, inequívocamente, que la intervención de la corte allí prevenida se limita a los casos del artículo 3º, no le incumbe a esta corporación emitir concepto sobre la creación y reglamentación del juzgado municipal en Leticia, de que trata la comunicación del señor ministro de gobierno y, de consiguiente, debe inhibirse de hacerlo, no sin dejar de reconocer la indiscutible conveniencia de la creación de ese juzgado.

Por estas razones, vuestra comisión tiene el honor de proponeros:

Como respuesta al oficio número 599 del señor ministro de gobierno, envíesele copia del presente informe.

Bogotá, febrero 13 de 1936.

Vuestra comisión,

Pedro Alejo Rodríguez
Juan Francisco Mújica

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, febrero 13 de 1936.

En sesión de hoy se aprobó por unanimidad la proposición con que termina el anterior informe.

El Secretario,

Pedro León Rincón

SALA DE CASACION CIVIL

DEMANDA DE REIVINDICACION PARA UNA SOCIEDAD CONYUGAL DISUELTA POR MUERTE DE UNO DE LOS CONYUGES

El hecho de haber manifestado el comprador de un bien raíz que había comprado barato y que no temía pleito porque los interesados en él no tenían con qué pleitear, no es prueba de que él conceptuase que su vendedor no tenía facultad de enajenar ni de que el contrato adoleciese de fraude o otro vicio, y el pleito que los testigos sugieren que él pudo temer no se sabe si fuera relativo a lo bajo del precio o a otra causa. No son legalmente atendibles declaraciones de testigos no autorizadas por el juez de la causa o por su secretario (art. 684 C. J.). Reconocida la buena fe, no infirmada, del causante de los demandados y hallando para los causahabientes de aquél más de diez años de posesión regular no interrumpida, ejercida materialmente por tal lapso y respaldada por un título inscrito conferido al antecesor jurídico de los demandados por quien tenía facultad de enajenar, no se han violado las disposiciones invocadas por el hecho del reconocimiento de la prescripción.

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

(Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Los señores Daniel y Francisco Vélez, vecinos de Itagüí, demandaron en vía ordinaria para la sociedad conyugal que existió entre sus padres, don Francisco Vélez y doña Inés Arango de Vélez, sociedad disuelta con la muerte de este señor, y como herederos del mismo, como sus hijos legítimos, en reivindicación, el inmueble determinado en la demanda, la que dirigieron contra los poseedores de este bien, que dijeron ser el señor Alejandro Franco y la señora Carmen Julia Espinosa viuda de Acosta y que resultaron después ser esta señora y sus menores hijos legítimos Gabriel y Amantina Acosta Espinosa.

El municipio de Itagüí es el de ubicación de ese inmueble y de vecindad de los litigantes.

El concepto aducido por los demandantes como cardinal fundamento de su acción es éste: ese inmueble fue permutado por un bien propio de la señora Arango de Vélez; pero, como en la escritura de permuta no se expresó ánimo de subrogar, lo adquirió la sociedad conyugal antedicha.

Se observa sobre fechas, en obsequio de la claridad: esa permuta fue de 8 de noviembre de 1901; el señor Vélez murió el 22 de agosto de 1911; la señora Arango viuda de Vélez vendió el 18 de abril de 1915 a la señorita Paulina Vélez; ésta vendió el 14 de junio de 1917 al señor Gabriel Acosta; la causa mortuoria de este señor se registró el 17 de diciembre de 1931, y la demanda inicial del presente pleito se notificó el 11 de abril de 1932.

Seguido el juicio en el Juzgado 1º Civil del circuito de Medellín, lo decidió allí la sentencia absolutoria de 3 de mayo de 1933. Apelada por los demandantes, el tribunal superior de ese distrito judicial, aunque revocándola, llegó también a la absolución, en la de 12 de junio de 1934. Contra ésta los demandantes interpusieron casación. Concedido el recurso, previo avalúo de la acción, y admitido y fundado en oportunidad por los recurrentes, es llegada la oportunidad de decidirlo.

El tribunal funda su fallo en la prescripción que reconoce en favor de los demandados. Y los demandantes fundan su recurso en que esa prescripción no existe y en que al hallarla y declararla el tribunal violó los artículos 764, 768, 769 y 2,518 del C. C., directamente y también como resultado de errónea apreciación de pruebas, con la que violó, además, el artículo 697 del C. J.

Uno y otro cargo se resumen así: el señor Acosta procedió de mala fe, al decir de los recurrentes, cuando compró el inmueble en referencia; aunque la buena fe se presume conforme al artículo 769, esa presunción tá destruída con las declaraciones gos que ellos presentaron y el trib timó, y como la posesión regu buena fe según el artículo 764 fe requiere, según el artícu

ciencia de haberse adquirido por medios legítimos y de quien tenía la facultad de enajenar, sin fraude ni otro vicio, y como la prescripción ordinaria requiere buena fe, es claro para los recurrentes que el tribunal violó estas disposiciones legales sustantivas y el artículo 2,518 antedicho (no citan el 2,528) al declarar la citada prescripción. Y violó el citado artículo 697 al desoír esas declaraciones de testigos.

Estas declaraciones son las de los dos testigos que se leen en los folios 2 y 3 del cuaderno de pruebas de los demandantes en la segunda instancia. Dicen que Acosta manifestó públicamente, y así se lo oyeron, que había comprado barato y que no temía pleito porque los interesados en esto no tenían con qué pleitear. Como se ve, esto no es prueba de que él conceptuara que su vendedora no tenía facultad de enajenar ni de que el contrato adoleciese de fraude u otro vicio. El pleito que los testigos sugieren que él pudo temer no se sabe si fuera relativo a lo bajo del precio o a otra causa. Más todavía, si se ha hablado aquí de esas declaraciones en sí mismas, ha sido a mayor abundamiento, porque no son legalmente atendibles. En efecto: la primera de ellas (folio 2 vuelto) está firmada por el magistrado y por un tercero rogado por el declarante; pero no está firmada por el secretario; y la segunda (folio 3) no está firmada por el magistrado ni por el secretario, sino sólo por el testigo. Y las firmas que aquí se echan menos son requeridas por el artículo 684 del C. J.

El tribunal, basado en la referida presunción, reconoció la buena fe del señor Acosta y de sus causahabientes y hallando para éstos más de diez años de posesión regular no interrumpida, ejercida materialmente por tal lapso y respaldada por un título inscrito conferido a Acosta por quien tenía facultad de enajenar, reconoció la prescripción consiguiente, invocada por los demandados desde su contestación al libelo.

No estando destruída en manera alguna aquella presunción ni comprobado contra Acosta nada de lo que sobre su buena fe exige el artículo 768 citado, es evidente que el tribunal no violó esta disposición ni ninguna de las demás de cuya violación lo acusan los recurrentes, sino que, por el contrario, las obedeció y cumplió como era su deber.

Otro cargo que los recurrentes hacen al tribunal es el de violación del artículo 1,789 del C. C.

Para rechazarlo basta considerar que el tribunal sentenció fundándose en la prescripción antedicha. Si no entró a considerar el litigio desde punto de vista distinto de la prescripción y si ni siquiera estimó procedente estudiar lo relativo a aquella escritura, al título por ella conferido, al ánimo de subrogar o a la manera de expresarlo, es claro que ni lugar hubo a que ese artículo 1,789 se violase.

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, resuelve: no se infirma la sentencia pronunciada por el tribunal superior del distrito judicial de Medellín, en el presente pleito con fecha tres de mayo de mil novecientos treinta y cuatro.

Sin costas, por no aparecer que se hayan causado.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Eduardo Zuleta Angel, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Arturo Rocha. Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

DEMANDA SOBRE RESOLUCION DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA

Estudio de los cargos referentes a errónea apreciación de pruebas. No es aceptable el reparo del recurrente de que, por haberse tratado de compraventa de un inmueble, el arreglo efectuado entre vendedor y comprador sobre la falta de entrega material de parte de lo vendido no pudo valer sino solemnizado por escritura pública. Apenas habrá para qué advertir la diferencia entre la compraventa en sí, que es lo que al tratarse de inmuebles requiere tal solemnidad, y cualesquiera otros contratos o detalles ocurridos por virtud de la compraventa o relacionados con ella. Basta ver que una transacción sobre pago en dinero de lo que se dejó de entregar, aún verbalmente puede celebrarse. De otro lado, la exigencia de constancia por escrito o de siquiera principio de prueba por escrito hecha por la ley 153 de 1887 en sus artículos 91 a 93 en relación con el artículo 1,767 del C. C., no significa exclusión de toda otra prueba. Esas disposiciones excluyen la prueba testimonial meramente, en su caso.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, agosto seis de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Por escritura número 515, otorgada en la Notaría 1ª de este circuito el 15 de abril de 1918, el doctor Luis G. Páez vendió al señor Ernesto Cifuentes, de esta vecindad, el inmueble llamado Páramo del Verjón o Nuevo Edén, de esta jurisdicción, en siete mil pesos, pagaderos en catorce anualidades de a $ 500 cada una, de las cuales pagó el comprador entonces mismo la primera y sobre las restantes se estipularon los intereses del 10 por ciento en el primer año, del 5 por ciento en el segundo y ninguños en los años posteriores, en cuanto se cumpliese en los pagos.

Muerto el doctor Páez el 21 de junio de 1919 (Cno. 5º, folio 3º), bajo testamento de 14 de agosto de 1918, en que instituyó heredero único al Instituto Homeopático Luis G. Páez, domiciliado en Bogotá (Cno. 7º, folios 8 a 10), esta entidad, por medio de su Síndico Tesorero, demandó en vía ordinaria al señor Cifuentes para que se declare resuelta esa compraventa y se hagan las demás condenaciones del caso, por no haber pagado el precio.

La demanda se repartió al Juzgado 3º Civil de este circuito, se notificó al señor Cifuentes el 18 de noviembre de 1931 y se decidió allí en la primera instancia del juicio por sentencia de 22 de junio de 1933, que decretó la resolución demandada e hizo las diversas declaraciones, que se leen en su parte resolutoria. Apelada por ambas partes, el Tribunal Superior de Bogotá, reformándola en parte, insistió en el decreto de resolución de dicha compraventa, en la de 29 de mayo de 1934.

El demandado ha recurrido en casación contra este fallo. Concedido el recurso, admitido y tramitado, debe ya decidirse.

El demandado ha invocado a su favor desde la contestación de la demanda que su falta al pago total no constituye legalmente mora, al tenor del artículo 1,609 del C. C., siendo así que el vendedor faltó a su obligación de entregarle la totalidad de lo vendido.

Y ésta es ahora la razón cardinal de su presente recurso, pues acusa al Tribunal de violar ese artículo 1,609 y con él los artículos 1,446 y 1,930 de la misma obra, en razón de haber decretado la resolución apesar de no haber mora y de requerir estas dos últimas disposiciones mora en el comprador para que al vendedor asista la acción ejercitada y acogida en este pleito.

Así, pues, acusa de violación directa. Agrega violación de las mismas disposiciones sustantivas por virtud de errónea apreciación de las pruebas. En este cargo se refiere el recurrente al concepto del Tribunal de que la falta de entrega quedó arreglada con el reconocimiento del crédito por mil pesos de Páez en favor de Cifuentes que el Tribunal encuentra comprobado y que el recurrente niega por cuanto, en su sentir, sólo apreciando erróneamente las pruebas que al efecto indica y analiza, fue como el Tribunal pudo llegar a esa conclusión, violatoria, repítese, en su sentir, de las citadas disposiciones legales.

El señor Cifuentes, al contestar la demanda, respondiendo al hecho primero (Cno. 1º, folio 29 vuelto), dice que no es cierto que el vendedor entregara lo vendido, porque en

la alinderación quedaron comprendidas seis hectáreas que no le pertenecían, porque un arrendatario suyo anexó a su propia finca un lote extenso situado en el lindero de la quebrada del Barrito, porque las tres personas que ahí nombra, que habían comprado lotes a Páez, "avanzaron sobre el terreno que vendió a Cifuentes", y porque del lote comprendido en la quebrada de Santos procede el crédito de mil pesos inventariado en la sucesión de Páez en favor de Cifuentes.

Al formular el mismo Cifuentes demanda de reconvención, pide se declare que la sucesión de Páez está obligada a pagarle los mil pesos reconocidos en ésta a favor de aquél. (Cno. 3º, folio 2 frente).

La partida de los inventarios de esa sucesión a que Cifuentes se refiere dice: "Crédito a cargo del señor doctor Luis G. Páez y a favor del señor Ernesto Cifuentes, proveniente de la indemnización a que se obligó el causante para con dicho señor Cifuentes en la venta de un terreno denominado Edén, por mil pesos, avaluado en mil pesos ($ 1.000)". (Cno. 4º, folios 4 vuelto y 5).

Al absolver posiciones en segunda instancia, dice Cifuentes respondiendo al punto tercero (Cno. 7º, folio 12 vuelto): ".... Cuando yo me di cuenta de que el doctor Páez me había vendido tierra que no le correspondía, procedí inmediatamente a denunciarle el hecho, y él me reconoció por esta causa la suma de mil pesos; después, muerto el doctor Páez, el doctor Delfín Restrepo, en su calidad de Síndico Tesorero del Instituto Luis G. Páez, me hizo el mismo reconocimiento e hizo incluír este crédito en los inventarios de la sucesión".

Ya en las posiciones absueltas en primera instancia había dicho Cifuentes que no tuvo otro negocio con el doctor Páez que el relativo al inmueble en referencia, primero en arrendamiento y después en compra (Cno. 5º, folio 6 frente).

Porque ocurre advertir que al comprar Cifuentes ya estaba ocupando esa tierra como inquilino de tiempo atrás.

En la inspección ocular practicada por ante el Tribunal el 27 de enero de 1934 (Cno. 8, folios 19 a 23) y en los dictámenes periciales (folios 24 y siguientes ibídem), se encuentra que la extensión ocupada por terceros asciende, según uno de los peritos principales, a cien fanegadas, que valen $ 500; el otro perito principal las calcula en 250 y las avalúa en $ 5.000, y el perito tercero en discordia las calcula en 200 y las avalúa en $ 1.60

Respecto del aumento de extensión no ocupada actualmente por el señor Cifuentes, se observa que cifra tan alta en comparación con la de seis hectáreas de que inicialmente reclamó este señor, es de suponerse, aunque se ignora, que se deba a hechos u omisiones posteriores a aquella venta y reclamación, porque, si hubiesen sido anteriores, no se habría reducido ésta a aquella cantidad relativamente pequeña; al menos no se acierta hoy con explicación acerca del porqué de esta reducción, caso de haberla habido. En el proceso no hay pruebas sobre este importante detalle. No podría, pues, atribuírse al doctor Páez la falta de todo ello en su día.

Sea de aquello lo que fuere, es el caso que ahora el recurrente niega que el reconocimiento de los dichos mil pesos por el doctor Páez tuviese la calidad de arreglo, pues afirma que no pasó de una oferta unilateral, a la que no concurrió la voluntad de Cifuentes, indispensable para que ascendiese a arreglo o transacción. El recurrente analiza con este fin los siguientes elementos probatorios: El testamento del doctor Páez en cuanto declara no deber nada a nadie, declaración reñida, en concepto del recurrente, con la existencia de la deuda de mil pesos en referencia; el hecho de que en los inventarios en la sucesión del doctor Páez no estuviese presente Cifuentes ni éste hiciese en ese juicio petición alguna sobre tal crédito; la negativa que a la existencia o vigencia de éste da en el presente pleito el apoderado del demandante: la vaguedad de la citada alusión a este crédito en la contestación de la demanda, y la circunstancia de haber sido extemporánea la presentación de esa contestación y de la contrademanda, por lo cual no fueron admitidas y por lo cual también dice el recurrente, no pueden tener alcance alguno las declaraciones que en ellas hiciera el entonces apoderado de Cifuentes.

Se resumen así los cargos relativos a errónea apreciación de pruebas.

Se responde: no expresarse una deuda en un testamento no es prueba de no deber el testador; decir éste allí que nada debe, no es manera de extinguir las obligaciones a su cargo ni de impedir que nazcan obligaciones en el lapso que medie entre el testamento y su muerte; las afirmaciones de Cifuentes hechas dentro de este juicio tienen alcance contra él, así las hiciera en memoriales ineficaces para las pretensiones con que los formulara, porque el éxito de un memorial no influye sobre lo dicho en él mismo al punto de destruírlo, ni lo que se dice en un memorial deja de haberse dicho porque

éste resulte presentado tardíamente en relación con tal o cual término de la actuación; y, principalmente y ante todo, no puede admitirse que ahora niegue Cifuentes su asentimiento a lo convenido entre él y Páez, si Cifuentes mismo confesó dentro del presente juicio que celebró ese convenio y por virtud de éste Páez quedó adeudándole los referidos mil pesos que en su mortuoria se reconocieron y que después Cifuentes repetidamente invocó en este juicio en cuanto creyó que esta invocación había de favorecerlo. De otro lado, las contradictorias estimaciones del apoderado del demandante sobre ese mismo crédito, no puede el juzgador seguírselas en forma que éste haya o no de reconocer la existencia del crédito y del arreglo de que nació, según las alternadas opiniones que el demandante exprese en el curso del pleito.

Si Cifuentes mismo declara en posiciones que, al encontrar que Páez no le había entregado todo lo que le vendió, le reclamó y éste le reconoció por esa causa mil pesos, y si añade que después el representante del heredero de Páez, por ese cabal motivo, hizo incluir ese crédito en los inventarios de la sucesión, y si la respectiva partida del pasivo indica esa cabal procedencia, y si, a mayor abundamiento, Cifuentes después contrademandó en esta causa por ese crédito, el juzgador no puede menos de reconocer que entre vendedor y comprador quedó arreglado en esta forma lo relativo a defecto de entrega.

No es aceptable el reparo del recurrente de que, por haberse tratado de compraventa de un inmueble, ese arreglo no pudo valer sino solemnizado por escritura pública. Apenas habrá para qué advertir la diferencia entre la compraventa en sí, que es lo que al tratarse de inmuebles requiere tal solemnidad, y cualesquiera otros contratos o detalles ocurridos por virtud de la compraventa o relacionados con ella. Basta ver que una transacción sobre pago en dinero de lo que se dejó de entregar, aun verbalmente puede celebrarse.

De otro lado, la exigencia de constancia por escrito o de siquiera principio de prueba por escrito hecha por la ley 153 de 1887, en sus artículos 91 a 93, en relación con el artículo 1,767 del C. C., no significa exclusión de toda otra prueba. Esas disposiciones excluyen la prueba testimonial meramente, en su caso. No tratándose de declaraciones de testigos en el presente, pues, como se ha visto, las pruebas del arreglo son muy otras, no se ve porqué las disposiciones que acaban de citarse se traigan a cuento por el recurrente para corroborar su acusación sobre error de apreciación de pruebas que formula en la segunda parte de su alegato.

Como se dijo, esta segunda parte versa sobre tal error, que queda aquí rechazado. De él deriva violación —como se dijo ya también— de los artículos 1,609, 1,546 y 1,930 del C. C., la que consiguientemente queda negada también en lo tocante a ese cargo.

La primera parte del alegato de casación versa sobre violación directa de esas mismas disposiciones por los conceptos expresados aquí ya, cargo que, por lo dicho, no es admisible tampoco.

Si la falta de entrega de parte de lo vendido quedó subsanada en su día con la transacción antedicha, a lo cual ofrecía camino y oportunidad el artículo 1,889 del C. C., no se ve cómo de esa misma falta después de desaparecida así, legalmente hablando, se pretenda al cabo de los años hacer base o argumento para despojar de la calidad de mora legal a la ulterior falta del pago del precio.

Sucede hoy y sucedía ya al iniciarse el presente juicio, que no se estaba ni está ante una falta del vendedor ante la cual la falta del comprador no tenga la calidad de mora; en otras palabras, que ya éste no podía ni puede válidamente invocar en su defensa el artículo 1,609 del C. C. en el concepto de que ha pretendido escudarse con él.

Y como, por otra parte, el artículo 1,546 en general para los contratos bilaterales y el 1,930 en especial para el de compraventa, confieren o reconocen al contratante vendedor el derecho de optar por la resolución del contrato cuando el otro contratante (el comprador) falta a las obligaciones de su cargo, no pueden reputarse violadas estas disposiciones ni aquélla (el art. 1,609) por una sentencia que, al hallar que el comprador incurrió en falta al pago del precio, y que no hay ya falta del vendedor que la excuse, se abstiene de negar que el comprador está en mora y acuede a declarar la resolución pedida por el vendedor con el consiguiente pleno derecho.

Se observa que ninguno de los puntos restantes materia del fallo recurrido, como son los tocantes a frutos, mejoras, etc., ha sido material del presente recurso, el que se ha concretado a la resolución misma, en la forma y por los conceptos que aquí quedan analizados.

De lo dicho se desprende que el Tribunal no incurrió en el error de apreciación

de pruebas ni en la violación de disposiciones legales sustantivas que el recurrente le atribuye.

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, resuelve: **No se infirma** la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el presente pleito con fecha veintinueve de mayo de mil novecientos treinta y cuatro.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese y cópiese.

Eduardo Zuleta Angel, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha. Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

REIVINDICACION

De conformidad con la ley 149 de 1888, modificada en parte por los artículos 5º a 7º de la 50 de 1894, la venta de ejidos de los municipios requería la aprobación del gobernador del Departamento, previos los informes del personero municipal y del prefecto de la provincia. La falta de esa aprobación genera en los contratos de venta de esos bienes, no una simple nulidad relativa subsanable por transcurso de tiempo, sino la inexistencia misma del contrato.

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

(Magistrado ponente, Dr. Eduardo Zuleta Angel)

I

HECHOS

1º—Por escritura pública número 118 de 24 de febrero de 1903 otorgada ante el notario primero de Tunja, el señor personero municipal de Tunja, autorizado por el Concejo Municipal, manifestó que daba en venta real y enajenación perpetua al señor Isaac Páez, como rematador que fue del inmueble a que se refiere la escritura en cuestión, "la calle y el ejido del Puente de Abril", comprendidos dentro de los linderos señalados en el propio instrumento público.

2º—Por escritura número 1,536 de 26 de diciembre de 1903, el señor Isaac Páez declaró que el lote a que se refiere la escritura mencionada en el punto anterior había sido rematado por él, pero por cuenta, en cuanto a la mitad de lo rematado, del señor Jacinto Molano Rojas, quien había pagado la mitad del precio, por lo cual, en la misma escritura, el expresado compareciente hizo constar que pertenecía a Molano Rojas "la mitad de dicho lote, según convenio y por partición hecha por el ingeniero don Macario Palomino, del lado occidental y contiguo a la casa del señor Molano" y deslindado como se expresa en el propio instrumento.

3º—Por escritura número 1,128 de 1931 el señor Isaac Páez le vendió a Ramón Bernal Azula la otra mitad del inmueble que había adquirido por la primera de las escrituras citadas.

4º—Los mencionados compradores, Molano y Bernal Azula, demandaron, ante el juez del circuito de Tunja, el 7 de febrero de 1933, al Municipio de Tunja, para que se condenara a éste a restituir a los demandantes, por partes iguales, el terreno de que se ha hablado y a responder a los mismos demandantes de los deterioros que, por hecho o culpa del Municipio, hubiera sufrido el lote, así como los frutos naturales y civiles que el Municipio hubiere percibido del lote y lo que los verdaderos propietarios hubieran podido percibir con mediana inteligencia y actividad.

II

SENTENCIA ACUSADA

El Tribunal Superior de Tunja, en sentencia de 2 de agosto de 1934, absolvió al Municipio de Tunja de los cargos de la demanda, fundándose en que se trataba de una acción reivindicatoria y que no estaba probado que los demandantes fueran dueños del inmueble que perseguían.

III

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Contra la expresada sentencia recurrió, por medio de apoderado, el demandante. Los cargos formulados contra la sentencia pueden sintetizarse así:

1º—Si bien es cierto que el Tribunal interpretó y aplicó bien la ley "en cuanto a lo que de calles y vías públicas comprendía el predio vendido, no ocurre lo mismo en cuanto a lo que formara o constituyera los terrenos de ejidos, porque éstos sí eran propiedad municipal enajenable", y si se pretermitieron algunas formalidades en la enajenación de esa pretermisión sólo se deduce una nulidad relativa, por lo cual el Tribunal, "al hacer la declaración total de nulidad, extendió el fallo a más de lo que debía cobijar y por ello la sentencia también es violatoria de la ley sustantiva". La nulidad reconocida por el Tribunal y alegada por la parte demandada —dice el recurrente— es de dos aspectos: absoluta en cuanto quepa a las calles públicas y relativa en cuanto pudiera hacer referencia a los ejidos".

2º—Violación, por aplicación indebida e interpretación errónea del artículo 15 de la ley 95 de 1890, en cuanto el Tribunal declaró la nulidad absoluta, habiendo sido alegada ésta por el Municipio de Tunja, que no podía alegarla porque había celebrado el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba.

3º—Violación, por indebida interpretación, de los textos legales sobre la reivindicación, al considerar el Tribunal que se trataba de una acción reivindicatoria, cuando realmente se trataba de una acción de entrega contra el vendedor y tradente.

4º—Considera el recurrente que hubo también violación por indebida aplicación de los artículos 2,525 y 2,526 del C. C. en cuanto el Tribunal se fundó en ellos para considerar que estaba prescrita la acción subsidiaria sobre reembolso del precio pagado.

IV

EXAMEN DE LOS FUNDAMENTOS ADUCIDOS

NUMERO 1

Con respecto al primero de los fundamentos de casación arriba enumerados, la Corte considera:

Lo que el Tribunal dijo concretamente, en relación con los ejidos, para llegar a la conclusión de que no podía prosperar la acción reivindicatoria con respecto a éstos, por no haberse llenado los cuatro requisitos necesarios en concepto del Tribunal, para que ella prosperara, fue lo siguiente: "Como se ha demostrado anteriormente, la zona constitutiva de la calle no puede ser materia de reivindicación, y como se ignora qué porción integraba la calle y cuál el ejido, en el supuesto de que la cabida de éste fuera reivindicable, falta la determinación o singularización del mismo. **No está por demás notar que para la venta de lo que constituya el ejido, no está acreditado que se llenaran las formalidades** que se requerían, de acuerdo con los artículos 244 a 247 de la ley 149 de 1888, vigentes cuando se efectuó el remate. En concepto de la Corte, para que hubiera podido prosperar la acción concerniente a los ejidos —ya se considere la acción como reivindicatoria o ya se la considere como de entrega de la cosa vendida— se necesitaba que el demandante hubiera demostrado que, de conformidad con los artículos 244 a 247 de la ley 149 de 1888, modificada en parte por los artículos 5 a 7 de la 50 de 1894, la venta de tales ejidos se había llevado a cabo con la aprobación del gobernador del departamento, previos los informes del personero municipal y el prefecto de la provincia. Como esto no se demostró, la acción no podía prosperar y no hubo, por consiguiente, por parte del Tribunal, violación de la ley sustantiva al llegar a esa misma conclusión fundándose, como se fundó, entre otras cosas, en que no se había acreditado que hubieran llenado los contratantes las formalidades requeridas por las leyes citadas. Y era indispensable, tanto para una acción reivindicatoria, como para una de entrega, la comprobación de la aprobación del gobernador del departamento a la venta, porque la falta de tal aprobación no acarrearía, como lo sostiene el recurrente, una simple nulidad relativa, que habría quedado saneada por el solo transcurso del lapso a que se refiere el artículo 1,750 del C. C., sino que implicaría la inexistencia del contrato, por las siguientes razones:

a) Porque aquí no se trata de una cuestión de capacidad civil, que pudiera dar origen a una simple nulidad relativa, sino de una cuestión de derecho público sobre la **competencia** de los funcionarios públicos que debían intervenir en la venta, materia en que la regla es que la falta de competencia del funcionario que celebró el contrato implica **inexistencia de éste**, tal la de un contrato celebrado por el Poder Ejecutivo que,

necesitando la aprobación del Congreso, no la obtiene.

b) Porque las nulidades relativas están establecidas para la protección de los intereses particulares o privados, y la regla general y legal que prescribe la aprobación por parte del respectivo gobernador de los proyectos de enajenación de bienes inmuebles de los municipios, es una regla de orden público, que obedece a consideraciones de interés general y no a consideraciones individuales.

c) Porque la tutela administrativa establecida por las citadas leyes y por otras análogas no puede equipararse a la tutela de derecho privado para los efectos de las nulidades derivadas de la inobservancia de sus reglas, ya que la tutela de derecho privado se ejerce exclusivamente en interés del menor, a tiempo que la tutela administrativa se ejerce no solamente en interés del Municipio, como persona jurídica, sino en interés de los habitantes del Municipio y, sobre todo, en interés de la Nación. La tutela administrativa tiene una triple razón de ser: la defensa de la autoridad nacional contra las autoridades municipales, para evitar que éstas invadan el campo de acción del Estado; la defensa de los administrados contra la posible ignorancia o incompetencia de los funcionarios municipales, y la defensa de los municipios mismos contra la posible inercia y el posible despilfarro de sus autoridades.

d) Porque la aprobación exigida por la citada ley 50 de 1894 no tiene por objeto habilitar a un incapaz sino que tiene por objeto asegurar que la venta del inmueble no se oponga a los intereses municipales, ni a los nacionales ni a los intereses generales de los habitantes del municipio. El gobernador tiene una misión de colaboración verdadera, tan esencial para el acto jurídico como la del funcionario que otorga la escritura.

e) Porque si bien es cierto que, conforme al C. C., las personas jurídicas son relativamente incapaces y están asimiladas, en cuanto a la nulidad de sus actos y contratos, a las personas que están bajo tutela o curaduría, y, si bien es cierto también que, conforme a una ley posterior, la nación, los departamentos y los municipios, son personas jurídicas, no es menos cierto, por una parte, que aquí no se trata, como antes se dijo, de una cuestión de capacidad, sino de una cuestión de competencia de los funcionarios públicos, regulada por el derecho público en atención a razones de interés general, y, por otra parte, que esa ley posterior, al decir de la nación, de los departamentos y de los municipios, que son personas jurídicas, no les quitó ni les podía quitar su carácter de personas jurídicas de derecho público, sujetas ante todo a las normas del Derecho constitucional y del administrativo, entre las cuales figuran las concernientes a la capacidad de los diversos funcionarios, reglas que son de orden público y cuya inobservancia tiene consecuencias sociales harto más importantes y trascendentales que la inobservancia de las relativas a la incapacidad de los menores;

f) Que la doctrina consagrada en los países en donde existen disposiciones iguales a las leyes antes citadas y en donde la ciencia del derecho administrativo ha alcanzado su mayor perfección, es la de la inexistencia, en estos casos, del acto o contrato. "Sucede frecuentemente —dice Jèze— que la ley prescribe la aprobación por una autoridad pública nacional, de ciertos contratos de los municipios. La deliberación del Concejo Municipal que decide el contrato deberá, en esos casos, ser enviada a esa autoridad pública nacional, para obtener su aprobación... Faltando la aprobación de la autoridad nacional, en el caso de que ella sea necesaria de acuerdo con la ley, el contrato no existe. No hay, pues, situación contractual. Las relaciones jurídicas que puedan existir entre el Municipio y el candidato contratante no son de naturaleza contractual. Son otros regímenes jurídicos los que pueden aplicarse (teoría del enriquecimiento sin causa, de la responsabilidad del Municipio por el hecho de sus agentes, etc.).

NUMERO 2

Con respecto a la segunda de las causales aducidas, la Corte considera:

1º—Que cuando la nulidad aparece de manifiesto en el acto o contrato —como en el caso del contrato que se estudia, por lo que a la venta de la calle se refiere— tal nulidad debe ser declarada de oficio por el Juez, haya sido o no alegada por las partes y bien sea que la parte que la alega tuviera o no derecho para hacerlo, pues la sanción de la nulidad absoluta obedece a razones de interés general y tiene por objeto asegurar el respeto de disposiciones de orden público, por lo cual el texto legal que señala las condiciones en que ellas deben ser declaradas debe ser interpretado con la mayor amplitud posible. Cuando en el acto o contrato no aparece de manifiesto, no puede ser declarada por el Juez, haya sido alegada por una de

las partes, si esa parte que la alega no tiene interés en ello o ha ejecutado el acto o celebrado el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Pero cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato, el Juez no podría abstenerse de declararla por el hecho de haber sido alegada por quien ejecutó el acto o celebró el contrato, pues sería ésta una peregrina manera de sanear las nulidades absolutas: bastaría para ello que quien celebró el contrato a sabiendas del vicio alegara la nulidad para que quedara en firme.

2ª—Que, en lo concerniente a la venta de ejidos, no hubo, como ya se explicó, declaración de nulidad absoluta, en la sentencia del Tribunal, pues éste, según lo expuesto arriba, se limitó a decidir que no podía prosperar la reivindicación en cuanto a los ejidos, por dos motivos: por estar absolutamente indeterminados y por no haberse demostrado que la venta se hizo con intervención de los funcionarios que debían intervenir al tenor de las leyes citadas.

NUMERO 3

Con respecto al tercero de los fundamentos aducidos, la Corte considera:

1ª—Que los hechos marcados en la demanda con los números 3, 4, 5 y 6, no dejan duda de que sí se trata, como lo dijo el Tribunal, de una acción reivindicatoria, y no de una acción de entrega contra el vendedor, pues la obligación de éste había sido cumplida, como se desprende del hecho 4 de la demanda.

2ª—Que tratándose, como se trata, de un contrato que, en parte es absolutamente nulo y en parte no está demostrado que tenga existencia, lo mismo da —para concluír como concluyó el Tribunal— que se trate de una acción reivindicatoria o que se trate de una acción de entrega contra el vendedor: ni la una ni la otra pueden prosperar sobre la base de un contrato o proyecto de contrato como el que se ha analizado.

NUMERO 4

Por lo que respecta al cuarto de los fundamentos aducidos, basta observar que el Tribunal, para rechazar la acción subsidiaria, se fundó en varios motivos, a saber: que no había constancia alguna de que el rematador hubiera pagado el precio; que no se puede repetir lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita, y que la acción estaba prescrita al tenor de los artículos 2,526 y 2,525. El recurrente sólo ataca esta última razón expuesta por el Tribunal. Las otras dos subsisten y son más que suficientes para sustentar el fallo en esta parte.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no infirma el fallo acusado, dictado por el Tribunal de Tunja.

Se condena en costas al recurrente.

Notifíquese, publíquese, cópiese y devuélvase.

Eduardo Zuleta Angel, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha. Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

ACCION REIVINDICATORIA

La inspección ocular como prueba para identificar un fundo. Si bien es cierto que la inspección ocular es el medio más adecuado para establecer la identidad de un predio, no es el único. Ni en el Código Judicial anterior, ni en el vigente estableció el legislador que la prueba única o pertinente para la identificación de un fundo fuera la de inspección ocular, ni la jurisprudencia jamás ha establecido tal cosa, sino todo lo contrario. La acción de deslinde no es indispensable como cuestión previa para que se pueda establecer y pueda prosperar un juicio de dominio, pues hay muchos medios probatorios para establecer la identidad de una finca para la acción reivindicatoria.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, agosto veintiuno de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón)

Guillermo Gutiérrez Vélez demandó en juicio de reivindicación a Hermenegildo Arias, para que se declare que es de la exclusiva propiedad del actor el siguiente lote de terreno perteneciente a la hacienda de "El Paraíso", en jurisdicción del municipio de El Cerrito: por el norte, con la quebrada de la recompensa, por el oriente con la montaña alta; por el sur, con los rastrojos de "El Paraíso", en jurisdicción del municipio de maíz de la misma hacienda, y como consecuencia de esa declaración para que se condene al demandado a restituírle dicho lote con todos sus accesorios y frutos naturales y civiles desde la contestación de la demanda.

En sentencia de fecha quince de noviembre de mil novecientos treinta y uno, dictada por el Juez 3º del Circuito de Buga fue desatada la litis, favorablemente a las pretensiones del actor. El demandado apeló de ese fallo y el Tribunal Superior de Buga, en sentencia de veintitrés de febrero del año próximo pasado revocó el fallo del inferior y absolvió al demandado de los cargos de la demanda. Hubo un voto disidente expresado por uno de los magistrados en el respectivo salvamento.

El demandante interpuso recurso de casación contra esa sentencia, recurso que ha sido fundamentado y llevado por el doctor Eduardo Serna. La parte no recurrente no hizo ninguna gestión ante la Corte.

Los fundamentos de la demanda son, en síntesis, los siguientes: El demandante se presentó al juicio como dueño de la finca o predio denominado "El Paraíso" y asevera que el demandado se ha apoderado de un lote de terreno de una extensión más o menos de cuarenta fanegadas, de los terrenos vecinos de "El Paraíso", que está delimitado así: por el oriente, la sierra alta o cordillera Central; por el occidente, los terrenos del caserío de Santa Elena, de los cuales está separado por una chamba en dirección norte sur, desde la quebrada de La Honda, hasta cerca del río Cerrito y con finca de Carlos Sánchez; por el sur, en toda su extensión, con la hacienda de "Piedechinche", limitada por el río Cerrito, desde su nacimiento en la cordillera Central, hasta un punto abajo de la cerca de piedra que divide el mangón del medio; de este punto del río en su ribera derecha, parte de un cerco a encontrar el nacimiento de la zanja o chamba del Agrazal, continúa sirviendo de lindero este zanjón y al terminar éste sigue una línea recta en la misma dirección, hasta encontrar la chamba que por el occidente sirve de lindero con el caserío Santa Helena; y por el norte, la quebrada denominada La Honda, que limita con la hacienda de El Castillo y comienza el lindero en la cordillera Central desde donde nace una quebrada llamada La Recompensa; ésta, aguas abajo, hasta encontrar un cerco de piedra que está construído entre ella y una cañada seca. Continúa de límite esta cañada hasta su unión con la quebrada de La Honda, y por último, esta quebrada, aguas abajo, hasta encontrar la chamba que limita este terreno al occidente con terrenos de Santa Helena y sigue hasta la quebrada Seca a limitar con terrenos de los herederos de Nicolás García, hoy Salvador Jaramillo, encerrando el antiguo camino y la antigua portada de entrada del caserío de Santa Helena a la hacienda de "El Paraíso".

El demandado observó en la contestación de la demanda que los linderos norte, sur y occidente de la hacienda de "El Paraíso" aparecen perfectamente delimitados por cercas, chambas y quebradas, lo que no ocurre en concepto del demandado, con el lindero oriental de "El Paraíso". El demandado sostiene en el fondo, que el lote cuya reivindicación se demanda no se halla comprendido

dentro de los linderos de "El Paraíso", sino que es adyacente a "El Paraíso".

Para determinar el lindero oriental de la hacienda de "El Paraíso", se practicó en primera instancia una inspección ocular, pero la prueba no fue producida de una manera completa, y en esa prueba principalmente fundó su sentencia el juez de primera instancia. El Tribunal no halló pertinente el proceder del juez y sentó como doctrina, en la sentencia recurrida, que en casos como el presente, la identificación por peritos es la única manera de precisar el extremo oriental de "El Paraíso" y como para el Tribunal la prueba de inspección ocular no se completó ni se produjo debidamente, concluyó con la absolución del demandado.

Este modo de ver las cosas por parte de la mayoría del Tribunal fue combatido así por el magistrado disidente: "Si para efectos de concluír que el lote que se trata de reivindicar, queda comprendido dentro de los linderos de la finca de "El Paraíso", es indispensable saber cuál es la sierra alta; no es difícil señalarla a partir de que el extremo norte del lindero oriental es el nacimiento de la quebrada de "La Recompensa" y su extremo sur, el nacimiento del río Cerrito. Mejor dicho, conociendo los extremos orientales de los linderos norte y sur, la sierra alta que sirve de lindero oriental no puede ser otra que la sierra o cadena de montaña que úna esos dos puntos terminales".

Por seis motivos acusa el recurrente la sentencia. El quinto de ellos, que estudiará en seguida la Corte, dice así en lo pertinente: "La dicha inspección ocular adolece de defectos que le arrebatan mucho de su valor probatorio, pero ello no autorizaba al Tribunal legalmente para una absolución... porque hay muchas pruebas que establecen el hecho evidente de que el lote que se reivindica sí hace parte integrante de la hacienda "El Paraíso", pruebas que se han debido tener en cuenta, porque en ninguna parte la ley ordena que sea la inspección ocular la única prueba aceptable para establecer ese hecho de la identidad. Dejó el sentenciador de estimar en absoluto las declaraciones rendidas por los testigos, tanto de la parte actora como de la demandada, ni estimó los títulos de una y otra parte, ni estimó otras diligencias, todo lo cual queda estudiado en los cargos anteriores. Todas esas declaraciones testimoniales, unidas a la pruebas que resultan de los títulos y de la misma inspección ocular, comprueban plenamente que el terreno que se reivindica sí está situado dentro de propiedad del demandante, por lo que incurrió el Tribunal en errores de hecho evidentes y en errores de derecho que lo indujeron a violar las siguientes disposiciones legales: a) los artículos 651, 727 y 733 del C. J. derogado, vigente cuando esas pruebas se practicaron, y 593, 594, 705, 723, 721 y 730 del C. J. actual, tanto porque no estimó como prueba la inspección ocular, como porque consideró que ésta es la única prueba aceptable cuando se trata de la identificación de un punto; b) Los artículos 697 y 702, porque no estimó como plena prueba para determinar la identificación del fundo, las varias declaraciones contestes de los testigos de una y otra parte; c) Los artículos 630, 631, 632 del mismo código y los 1,758, 1,759 y 1,765 del C. C., porque no les dio valor de plena prueba, a los varios títulos escriturarios de una y otra parte, y porque consideró que esta prueba, como la de testigos, no era hábil para comprobar la identidad de un fundo".

De la lectura atenta de la sentencia se deduce que el Tribunal fallador enfocó el asunto a la luz de la inspección ocular practicada en primera instancia y dedujo que siendo la inspección el modo de identificar un predio, el de "El Paraíso" no había quedado identificado por cuanto la prueba de inspección ocular no se produjo debida y completamente. Lo anterior no deja lugar a la menor duda si se lee el salvamento de voto en el cual el magistrado disidente observa que fuéra de la inspección ocular existen otras pruebas aportadas al proceso y por eso expresa el siguiente concepto: "Ya dije al principio que otras pruebas aportadas al juicio corroboran la comprobación que los títulos exhibidos arrojan respecto del carácter de dueño que el señor Gutiérrez Vélez tiene sobre el lote controvertido, porque contesto y categóricamente, dando razón satisfactoria de su dicho, Rafael Ayalde E., Luis E. y Daniel Echeverri, testigos contra los cuales no se ha hecho valer tacha legal alguna, aseveran que la finca del demandado Arias está dentro de la hacienda de "El Paraíso".

Como cuestión primordial debe estudiarse si la inspección ocular es el único medio probatorio para establecer la identidad de un predio. A este respecto observa la Corte, que si bien es cierto que la inspección ocular es el medio más adecuado para conseguir ese efecto, no es, sin embargo, el único, por las siguientes razones: Porque cuando el legislador ha querido establecer una sola o única prueba para comprobar un hecho o establecer un derecho, lo ha dicho o expresado de

una manera categórica, como también ha expresado que ciertas pruebas no sirven para comprobar un hecho. Así, para comprobar la venta de bienes raíces y servidumbres y la de una sucesión hereditaria, se necesita la escritura pública, y esa clase de ventas no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se haya otorgado la escritura pública, artículo 1,857 del C. C. La prueba testimonial juega gran papel en los debates judiciales, y sin embargo no es admisible la prueba de testigos respecto de los actos o contratos que contengan la entrega o promesa de una cosa que valga más de quinientos pesos (art. 91 de la ley 153 de 1887), y por eso al tenor de lo dispuesto por el artículo 1767 del C. C., no se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito.

Sea, pues, por el concepto positivo, pruebas preestablecidas por la ley para comprobar un hecho, sea por el concepto negativo, pruebas no admisibles para demostrar un hecho, el legislador ha establecido un criterio taxativo en esta materia, de modo que cuando no existe ni el extremo positivo, ni el negativo, de que se acaba de hacer mérito, rige la regla general, o sea que dentro de la tarifa legal de pruebas pueden las partes presentar las que crean pertinentes a la defensa de sus derechos y demostración de sus pretensiones, teniendo en cuenta, sí, que a veces la ley marca el criterio, como en el artículo que inicia el tratado de peritos. Y esas pruebas deben entonces producirse y estimarse según la ley.

Tál es el principio general y el fundamento sobre la teoría de las pruebas reconocido por el artículo 593 del C. J.

Ni en el Código Judicial anterior, ni en el vigente estableció el legislador que la prueba única o pertinente para la identificación de un fundo fuera la de la inspección ocular, ni la jurisprudencia jamás ha establecido tal cosa, sino todo lo contrario. Por eso en sentencia de 30 de abril de mil novecientos treinta y uno, publicada en el número 1,879 de la GACETA JUDICIAL, dijo la Corte que el lote de terreno que es objeto de una reivindicación puede identificarse con declaraciones de testigos, cuando falta el dictamen pericial.

El punto por lo demás no es nuevo, y el principio que acaba de sentarse ha sido siempre acogido por la doctrina.

Sentado lo anterior, se tiene que, como el actor presentó otras pruebas tendientes a la identificación del lote que reivindica, pruebas que no fueron debidamente apreciadas por el Tribunal fallador, el motivo de casación que se estudia es fundado y entonces procede dictar la sentencia de instancia.

La titulación del predio de "El Paraíso" es completa y así salta a la vista, no sólo de la sentencia acusada sino de la lectura del proceso. La primera escritura que figura en autos es la número 75 del siete de febrero de mil ochocientos ochenta y nueve, otorgada ante el Notario de Cali y sin solución de continuidad la última es la número 1,644 de 23 de noviembre de 1929 otorgada también ante el Notario de Cali. En todas esas escrituras se reproducen y fijan los mismos linderos y todas dicen que el lindero oriental de la hacienda de "El Paraíso" es la sierra alta o cordillera Central que la separa de los terrenos del valle de Chinche; de esas escrituras se ve y se desprende, sin lugar a duda, que el lindero sur del predio mencionado es el río Cerrito, desde su nacimiento en la cordillera Central, y el lindero norte la quebrada denominada La Honda, que comienza el lindero en la cordillera Central, desde donde nace la quebrada llamada "La Recompensa". Aceptados por el demandado, en la contestación de la demanda, los linderos norte y sur, es claro, como lo dice el salvamento de voto y como se desprende natural y lógicamente, que el lindero oriental de la finca de "El Paraíso" no es otro sino la línea que une los puntos norte y sur, señalado uno por el río Cerrito desde su nacimiento en la cordillera, y el otro por la quebrada La Honda, en la cordillera Central, donde nace la quebrada llamada "La Recompensa".

Los testigos Rafael Ayalde E., Luis E. Echeverri G. y Daniel Echeverri G., fojas 114 v. a 117 del cuaderno principal, declaran en síntesis que por el conocimiento que tienen de la hacienda de "El Paraíso", cuyos linderos señalan, saben y les consta que el lote que se reivindica en este juicio, está situado dentro de los límites de la hacienda de "El Paraíso", a unas 30 o 35 cuadras de la casa de la hacienda. Pero hay más, Fernando Díaz, testigo citado por el demandado Arias, declara que las fincas llamadas Palo Blanco y La Recompensa, se encuentran en terrenos de la hacienda de "El Paraíso", que el declarante considera como baldíos, por no haber sido deslindadas. De los otros declarantes presentados por Arias, unos dicen que no les consta que sean baldíos esos terrenos y otros declaran que no conocen las líneas precisas que separan esas fincas de las que pertenecen al demandado.

Es, pues, indudable para la Corte que el lote cuya reivindicación se demanda se halla dentro de los linderos de "El Paraíso", y la alegación de que ese lote está en terrenos baldíos no puede prosperar, por lo siguiente: Primero, porque está claramente establecido que la hacienda de "El Paraíso" limita por el oriente con la cordillera Central que la separa de los terrenos del valle de Chinche que aparecen en autos como de propiedad particular, y así se desprende de la escritura 71 de 18 de agosto de 1922 ante el Notario de Buga; segundo, porque aquí no se trata de un juicio sobre baldíos, en que la nación tendría que ser parte; y tercero, porque las escrituras números 76 y 77 de 30 de julio de 1924, de la notaría de Buga, escrituras presentadas por el mismo demandado Arias, fijan como límite oriental de la finca que se reivindica, la montaña alta, y ya se vio que esa montaña es el lindero oriental de la hacienda de "El Paraíso".

El juicio de deslinde tiene por objeto la fijación de la raya que separa dos propiedades, pero esa acción no es indispensable como cuestión previa para que se pueda entablar y pueda prosperar un juicio de dominio, puesto que, como ya quedó expresado, hay muchos medios probatorios para establecer la identidad de una finca que es base de la acción reivindicatoria. Pero hay más; establecido que la sierra alta es el lindero oriental de "El Paraíso", y establecido que el lote de Arias está al occidente de dicho límite oriental, es claro que está demostrado que tal lote se halla dentro de los linderos de la hacienda mencionada.

Es pertinente ahora estudiar los títulos aducidos por ambas partes: el demandante ha presentado como título de propiedad las escrituras públicas ya mencionadas, con las cuales comprueba su derecho de dominio sobre la finca de "El Paraíso", al tenor de los artículos 1759, 1857 del C. C. y 630 del C. J., escrituras que por otra parte no han sido objetadas por el demandado, puesto que su defensa ha consistido en afirmar que su lote no está dentro de los linderos de "El Paraíso". Las declaraciones aducidas por la parte actora reúnen las circunstancias de que trata el artículo 697 del C. J. y hacen por lo tanto plena prueba; la alinderación de los terrenos de El Chinche, es por lo menos un índice que corrobora el dicho de los testigos en cuanto éstos aseveran que el lote que se reivindica está dentro de la hacienda de "El Paraíso", y otro indicio es también el hecho de que el actor y sus antecesores en el dominio de "El Paraíso" hayan poseído quieta y pacíficamente ese fundo hasta hace unos cuatro o cinco años, que lo ocupó Arias.

Este no ha presentado ningún título de dominio sobre el terreno de que se dice dueño, sino unas escrituras públicas, las 76 y 77 ya mencionadas, de las cuales aparece que lo que adquirió fueron unas mejoras, en terrenos baldíos de la nación. Si se tratara de un juicio con la nación podría servir ese título para acreditar el carácter de Arias como colono, caso de que se comprobara que el terreno donde están las mejoras es baldío, pero como no se trata de eso, sino de un litigio entre dos particulares y el actor ha presentado las pruebas de su dominio, es claro que con tal título, Arias no puede desvirtuar los que han sido aducidos por el demandante y tampoco puede triunfar en sus pretensiones con las sentencias que aduce, que se reducen a un amparo de posesión, en un juicio donde se discute un hecho, donde se mantiene el statu quo, pero donde no se pueden ventilar cuestiones de dominio.

Finalmente, las demás pruebas presentadas por el demandado y que la Corte ha estudiado a espacio, no demuestran tampoco su carácter de dueño del predio que se le demanda en reivindicación, porque, por una parte, ya se vio que ese predio no está en terrenos baldíos y por la otra, de las escrituras 76 y 77, aparece muy claramente que el demandado Arias y su causahabiente han hecho cultivos en un terreno que, según ellos mismos, es baldío, de modo que las declaraciones aducidas por Arias no pueden infirmar lo aceptado y dicho por el mismo Arias.

Establecido que la hacienda de "El Paraíso" es un cuerpo cierto, que el dueño de él es el actor, que no está en posesión del lote que le reivindica a Arias y que éste no ha comprobado, sobre ese lote, un mejor derecho que el actor, le compete a éste la acción reivindicatoria de que trata el artículo 946 del C. C. y que debe prosperar, en virtud de lo probado, la acción que ha intentado.

Las excepciones propuestas por el demandado ya quedaron estudiadas en el cuerpo de este fallo, y por lo que ya se dijo no pueden prosperar.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia recurrida, dictada en este juicio por el Tribunal Superior del distrito judicial de Buga, el 26 de febrero de 1934, y en su lugar resuelve: Confírmase la sentencia de primera instancia dictada en este mismo juicio por el juzgado 3º del Circuito de Buga el 15 de noviembre de 1931, con la siguiente adición:

el demandado tiene derecho a que el demandante le abone las mejoras útiles, hechas por él en el terreno, antes de la contestación de la demanda. Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese, devuélvase el expediente al Tribunal de su origen e insértese este fallo en la GACETA JUDICIAL.

Eduardo Zuleta Angel, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno Jaramillo, Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha. Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

CAMBIO DE RADICACION DE UN SUMARIO

El concepto de la Corte debe basarse en la solicitud formulada al Gobierno por "el interesado". Esta calidad tiene que interpretarse en sentido legal, v. gr., de parte del procesado, el ofendido, el acusador particular, los defensores o el Ministerio público. La solicitud sobre cambio de radicación no es una acción popular. El solo parentesco no autoriza el pedimento.

ACUERDO NUMERO 16

En Bogotá, a cuatro de septiembre de mil novecientos treinta y cinco, reunidos en Sala de acuerdo los señores Magistrados doctores Pedro Alejo Rodríguez, José Antonio Montalvo y Salvador Iglesias, el primero de los nombrados presentó para su consideración el siguiente proyecto de acuerdo, el cual fue aprobado y que a la letra dice:

"Con el fin de que se emita el concepto de que trata el artículo 39 del Código Judicial, en relación con el 8º de la ley 50 de 1933, remite a la Corte el Ministerio de Gobierno una petición del señor Miguel Sarquis, ciudadano libanés, residente en Neiva, sobre cambio de radicación del sumario que en averiguación de la muerte de su hijo Amín Sarquis cursa en el Juzgado superior de ese distrito.

Se queja el señor Sarquis de la actuación del Juzgado Superior de Neiva en cuanto decretó la libertad incondicional de los sindicados detenidos por el funcionario de instrución enviado por el gobierno a investigar los hecho relativos a la muerte de Amín Sarquis.

Y exhibe varias declaraciones tendientes a demostrar que los sindicados y amigos de éstos hostilizan y han amenazado al peticionario y a sus familiares por motivo de las investigaciones y diligencias practicadas en averiguación de la muerte de su hijo, levantando tribuna pública para tratar de inclinar los ánimos del lugar en su contra; que el corregidor de San Antonio puso obstáculos a algunos testigos citados por Miguel A. Rujana, nieto del solicitante Sarquis, para declarar acerca de una reyerta que quisieron provocarle; y, en fin, que en Neiva, en donde se mira con desvío a los sirios y en especial se le tenía mala voluntad a Amín Sarquis, se halla dividida la opinión en dos bandos respecto de las causas de su muerte.

Del memorial elevado por el señor Miguel Sarquis al Ministerio de Gobierno, se transcriben los siguientes apartes:

"El artículo 66 de la ley 169 de 1896 autoriza al Gobierno para ordenar, de acuerdo con la Corte Suprema, la traslación de procesos, 'para la recta administración de justicia', y como esto es lo que se pide en el caso de que se trata, que se administre justicia, juzgo pertinente esta solicitud, pues aun cuando aquella disposición parece conceder ese derecho sólo a los sindicados, evidente es que la administración de justicia no sólo se debe obtener en relación con éstos, sino también respecto de la sociedad, la cual tiene derecho de castigar a quienes hayan violado las normas legales, a quienes hayan menoscabado su propia existencia, y más cuando se trata de crímenes que han revestido una gravedad máxima, como la encierra el crimen perpetrado en la persona de mi hijo.

Como padre de la víctima, y de consiguiente perjudicado por el delito, creo tener derecho de hacer esta solicitud, además, por el solo interés del resarcimiento moral con el castigo de los delincuentes, quienes si se les dejara impunes continuarían su obra de exterminio, quizás sin otro motivo que no ser nosotros de nacionalidad colombiana. Y cuando, como en este caso, la traslación de procesos se efectúa para la buena administración de justicia, la misma sociedad, por medio de su representante, hace la solicitud del caso, como al efecto lo reconoce la Corte Suprema de Justicia, cuando al número 2051

del Tomo II dice: 'Los Agentes del ministerio público pueden solicitar que se radiquen en otro lugar los negocios criminales que cursan en los juzgados en que aquéllos intervienen, pues ellos están interesados en la recta administración de justicia'.

"Y que para casos como el de que se trata no se requiere prueba sustentatoria de la solicitud, lo enseña la misma Corte al Nº 3317, f. 51, Tomo I, que dice: 'El cambio de jurisdicción a que se refiere el artículo 66 de la ley 169 de 1896, en asuntos de la competencia de los juzgados superiores, no obedece ya a una necesidad indispensable para la recta administración de justicia, sino también a la simple conveniencia para la misma, conveniencia cuya demostración no está sujeta a tarifa legal de pruebas'.

"Y que cualquier interesado pueda pedir la radicación de asuntos criminales en otro distrito, lo está diciendo la misma Corte Suprema, cuando, al Nº 3323 del Tomo I advierte: 'Para que pueda ordenarse la radicación en otro juzgado de una causa criminal no es necesario que se oiga al sindicado o procesado, ni que éste sea quien pide el cambio'. Y en doctrina posterior —Nº 3325 ídem— anota la Corte que 'al gobierno le está permitido ordenar el cambio de jurisdicción de un proceso criminal en todos los casos en que, mediante concepto de la Corte Suprema de Justicia, lo estime necesario en favor de la administración de justicia'.

"Invoco ante Usía, señor Ministro, y ante la honorable Corte Suprema de Justicia, estas sabias doctrinas, de profunda moralidad y sostenedoras del imperio de la justicia, en apoyo de mi solicitud.

"Si conforme al artículo 9º de la ley 56 de 1914 le basta al sindicado alegar enfermedad o mal clima para obtener la traslación del proceso a otro juzgado, cómo no ha de atenderse al clamor de la sociedad ofendida con la comisión de crímenes atroces, como lo es el de que se hizo víctima a mi hijo, cuando con ello no se busca otro fin que el restablecimiento del equilibrio social quebrantado por el delito? Y cómo no se ha de atender a mi voz, a la voz de un padre que aún contempla a su hijo fracturado el cráneo y desfigurado el rostro, por los aleves golpes de sus verdugos, y ante las esperanzas ya perdidas de que bajo una buena administración de justicia en el lugar de los hechos nefandos, se les impusiera el condigno castigo a los victimarios, sino que antes bien se les dé el pase de inocentes y se decida en medio de la investigación, verdad sabida y buena fe guardada, que no hay elemento probatorio alguno para llamarlos a juicio? No es posible esto, señor Ministro: la voz de la moral, la voz de la justicia y el derecho, la voz de la sociedad, se unen a la mía para pedir jueces amparadores de esa misma moral, de esa misma justicia y de esa misma sociedad".

Sin entrar a considerar las circunstancias de fondo que aduce el señor Sarquis, y no obstante los antecedentes citados en los párrafos que acaban de transcribirse, estima la Sala que por ahora no es procedente emitir concepto en relación con el cambio de radicación por él solicitado.

Dice el artículo 39 de la ley 105 de 1931:

"El Gobierno, de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia, puede disponer que los procesados o sindicados por delitos de la competencia del Juez superior de distrito judicial sean juzgados en otro distrito judicial distinto de aquel en donde se cometió el delito, medida que se tomará cuando se estime conveniente para la recta administración de justicia.

Esta medida puede tomarla también el Gobierno cuando el sindicado o procesado padezca de enfermedad grave, debidamente comprobada, que exija cambio de residencia.

La Corte, en uno y otro caso, basa su concepto en los comprobantes que se presenten con la respectiva solicitud dirigida al gobierno por el interesado.

. . . . . ."

Como se ve, tanto en el caso en que la medida se solicite por enfermedad del sindicado, como en pro de la recta administración de justicia, la Corte debe basar su concepto en las pruebas presentadas al Gobierno por el interesado.

Esta calidad de interesado tiene que interpretarse necesariamente en un sentido legal, v. gr., en tratándose de las personas o partes que intervienen en los procesos criminales, que no son otras que los procesados, el propio ofendido, el acusador particular, los defensores y el ministerio público.

La interpretación contraria conduciría a darle a la solicitud sobre cambio de radicación, el carácter de acción popular, lo que no está de acuerdo con la letra, ni con el espíritu de la ley.

Nuestra legislación establece que por denuncia de una persona cualquiera y por delitos que deban averiguarse y penarse de oficio, se inicie y lleve a cabo la investigación correspondiente; pero de ahí en adelante, ni aun el mismo autor del denuncio tiene intervención en el procedimiento, mientras no se constituya acusador particular.

Y puesto que en el caso actual el señor Miguel Sarquis no presenta la prueba de ha-

berse apersonado en el proceso referente a la muerte de su hijo Amín Sarquis, es decir, de tener allí la calidad legal de "interesado", carece de personería para pedir cambio de radicación, y la Corte por ende no se halla obligada a emitir el concepto que se le solicita.

El solo parentesco no autoriza esta clase de pedimentos, así por el sentido netamente legal que, según atrás se dijo, procede dar a la palabra interesado de que se vale el código, como porque en esa vía sería imposible fijar un límite entre las personas a quienes pudiera aceptarse la solicitud.

Por las consideraciones que preceden, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, se abstiene de conceptuar acerca de la solicitud de cambio de radicación elevada al Gobierno por el señor Miguel Sarquis.

Comuníquese al señor Ministro de Gobierno, cópiese en el libro correspondiente, y publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Para constancia, se firma este acuerdo por los Magistrados que integran la Sala de Casación en lo Criminal de la Corte Suprema de Justicia, y por el suscrito secretario.

Pedro Alejo Rodríguez, José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias. Alberto Mala B., Secretario.

HOMICIDIO EJECUTADO INMEDIATAMENTE DESPUES DE RECIBIR OFENSAS GRAVES

Debe considerarse el homicidio que contempla el proceso simplemente voluntario, como un caso de los menos graves, dentro de los posibles que consideró el legislador, que, a juicio del juez, deben estimarse dentro del artículo 587 en su inciso 1º del Código Penal. Por consiguiente, la sanción debe ser la del artículo 602 que aplicó el Juez Superior y no la del 600 que señaló la sentencia recurrida, por lo cual es casable. No es aplicable el artículo 604 del C. P., porque si ese artículo trata del homicidio atenuado simplemente voluntario resultante de una provocación por ofensa, injuria o deshonra grave irrogada al homicida o a alguno o alguna de las personas expresadas en el artículo 587, ha de efectuarse en el ACTO MISMO en que se recibe la provocación. La expresión en el ACTO MISMO indica simultaneidad y es distinta de la expresión INMEDIATAMENTE ANTES que emplea el artículo 587, lo que implica cierto espacio de tiempo, es decir, que el homicidio se verifica después. El homicidio ejecutado "inmediatamente después de haber recibido ofensas graves", como respondió el Jurado, implícitamente colocó al responsable no sólo en el caso del inciso 1º del artículo 587 del Código Penal, sino también en el artículo 602 del mismo, pues las ofensas calificadas de graves por el Jurado atenúan el homicidio simplemente voluntario que se sancione entonces con una pena menor.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, septiembre diez de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias)

En la causa abierta por el delito de homicidio contra Felipe López Acosta, el señor Juez 1º Superior de Santa Rosa de Viterbo sometió a la decisión del Jurado calificador la siguiente cuestión:

"El acusado Felipe López Acosta, natural de Paipa, es responsable de haberle dado muerte, voluntaria e intencionalmente, a Luis Molano, a consecuencia de una herida causada con proyectil de arma de fuego de pequeño calibre, hecho ocurrido en las primeras horas de la noche del veintiséis de julio de mil novecientos treinta y tres, en el centro de la población de Paipa?"

Por unanimidad dio el Jurado la contestación siguiente:

"Sí, inmediatamente después de haber recibido ofensas graves".

Consideró el juez que el veredicto armonizaba con lo demostrado en el proceso y, estimando aplicables los artículos 587, numeral 1º, y 602, inciso 2º del Código Penal, condenó a López Acosta, como único responsable del homicidio cometido en la persona de Luis Molano, calificada la delincuencia en grado ínfimo, a sufrir en el Penal de Tunja la pena de tres años de reclusión y las accesorias consiguientes.

La referida sentencia, que fue pronunciada el veintidós de septiembre de mil novecientos treinta y cuatro, por apelación otorgada al defensor del procesado, subió a la

revisión del Tribunal Superior de ese Distrito judicial, y éste, considerando que el homicidio de que se viene haciendo mérito, revestía todos los caracteres de homicidio simplemente voluntario, no de los menos graves, la reformó en el sentido de aplicar únicamente el artículo 600 del Código Penal e hizo subir, por consiguiente, la pena privativa de la libertad que debe sufrir López Acosta, a seis años de presidio, según se ve del fallo de fecha veinticinco de enero del presente año.

Contra dicha sentencia interpuso el defensor del reo recurso de casación, el que funda en la primera causal del artículo 3º de la ley 118 de 1931, o sea en que la sentencia es violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ésta o por indebida aplicación de la misma, y para sostener su tesis, expresa:

"La sentencia del juez **a quo** se halla ajustada a la verdad de los hechos, no así la del Tribunal, según vamos a verlo. Los testigos, Ernesto La Rotta, folio 7, y Sergio Díaz, folio 74, afirman sin vacilar, con plena nitidez, que fue evidente que Luis Molano, sin motivo ninguno, sin que López Acosta lo hubiese ofendido, le dijo que era 'un hijo de puta'. Esta ofensa es de las más brutales, de las feroces que un hombre puede irrogar a otro. El estado psicológico que se forma en el ofendido de justo dolor y de cólera, por asociación de sentimientos afectivos, lleva casi a la inhibición de las facultades mentales. Es una ofensa de carácter doble en cuanto al vejamen que lleva en sí: ofensa al hombre en la persona de la madre —el sér más querido— y ofensa al hombre en sí mismo, quien ve su patrimonio moral, más valioso que el material, herido en lo hondo—. Si Luis Molano y López eran amigos y además tenían nexos de familia, concuñados, y entre ellos no existía ningún antecedente (folios 61 y 61 v., tres declaraciones para comprobar esto) de odio, se ve claro que fue la ofensa y sólo la ofensa de Molano contra López lo que hizo disparar a éste. Esa situación del hombre mordido por la más cruel de las ofensas, ha llevado a varios jurados a declarar hechos semejantes como cometidos los homicidios en el caso de legítima defensa del honor. Por otro aspecto, el tiempo transcurrido entre la ofensa y el disparo, no fue largo; fue de instantes, y por eso bien ha podido aplicarse el artículo 604 del C. Penal, ya que en pocos momentos no es posible que un hombre se serene y asuma el control de todas sus facultades. No es lo humano, señor Magistrado, que el hombre así ofendido vea en el momento de la ofensa o instantes después, en cuadro mental, a la autora de sus días en la situación de una meretriz, tratada así por el injusto ofensor, y se vea él mismo ante todas las personas con el más repugnante de los baldones: encima de la injuria, la situación de cobardía? Necesariamente tiene que sufrir un choc moral, que le inhibe sus facultades y le produce un intenso dolor, que lo hace montar en cólera e insensiblemente, automáticamente, va a la tragedia. La reacción de López fue casi instantánea; sólo necesitó del tiempo requerido para ver clara la magnitud de la ofensa; socialmente, sería más grave, penalmente hablando, la reacción pasado mucho tiempo, que la que se opera transcurridos breves instantes a partir de la ofensa, porque puede afirmarse que la ofensa inmediatamente anterior (en este caso puede decirse que fue en el acto) tiene cuerpo, casi se toca, se palpa, las palabras todavía hieren los oídos del ofendido y repercuten con su timbre de inmundicia. Ese estado mental producido por la ofensa es el que toma en cuenta el Legislador, unas veces para eximir de pena y otras para atenuarla. No resisto al deseo de transcribir la cita que hace Irureta Goyena del profesor Mecachi, en la página 290 de su tratado 'El delito de Homicidio': 'Intenso dolor, por consiguiente, como causa de excusa, puede derivarse de la ofensa a un sentimiento (en este caso al filial), a una persona o cosa que nos es querida, **aún después que el hecho se haya de largo tiempo consumado** (acorde con lo que he afirmado anteriormente), y aun cuando no nos hallemos ya en la actualidad del acto o de la amenaza del mal, que ella supone'."

Concluyo pidiendo "que se case la sentencia en el sentido, bien de aplicar el artículo 604 del C. P., o dejando la pena tal como la determinó el Juez del conocimiento".

El señor Procurador General de la Nación, después de plantear la cuestión, expresa su concepto en la siguiente forma:

"Por regla general, todo delito tiene un móvil, una causa cualquiera; porque los hombres no delinquen por el mero placer de hacer el mal. Y, especialmente, los delitos de sangre obedecen a reacciones producidas por ofensas, agresiones, violencias u otro motivo semejante, suficientemente grave para provocar el rechazo inmediato y airado de la ofensa o la agresión. Por eso el artículo 587 del Código de las penas reputa como simplemente voluntario el homicidio que en tales casos se comete, y el 600 lo castiga con seis a doce años de presidio. Verdad que es injuria grave el dictado aquel de 'hijo de

puta'; pero muy raro será no encontrarlo en los procesos criminales como causa generadora de los homicidios, especialmente entre las gentes incultas que van al delito llevadas por la chicha y otros licores de calidad inferior. Si el empleo de esa frase hubiera de atenuar el homicidio cometido en razón de ella, tendríamos que modificar el artículo 587, numeral 1º, y reemplazarlo por otro que estableciera la excepción, y de esta suerte la mayoría de los homicidios se convertirían en atenuados. El veredicto del Jurado no hizo otra cosa sino colocar claramente el caso de López dentro del artículo 587, y el Juez ha debido dictar sentencia en conformidad; pero en vista del inciso 2º del artículo 602, y formándose un juicio errado de las cosas, pues no hay razón para considerar el homicidio como de los menos graves, impuso la pena que allí se señala. Pero el Tribunal, atendidas las razones que expone en su sentencia, reformó ese juicio y aplicó el artículo 600. Tenemos, pues, que la sentencia recurrida no interpretó ni aplicó indebidamente la ley penal, sino que, al contrario, la puso en su verdadero lugar. Por lo expuesto, soy de concepto que debe mantenerse firme la aludida sentencia".

La Corte, para resolver, considera:

En la población de Paipa, al entrar la noche del 26 de julio de 1933, Felipe López Acosta se encontraba con varios amigos tomando licor en una tienda de la casa de Cayetano Fonseca. Se hallaba allí, entre los contertulios, Irene Farfán, esposa o compañera de Luis Molano, la que de pronto principió a llorar sin causa alguna conocida. Molano, que en esos momentos se presentó, creyó que el llanto de aquélla se debía a alguna ofensa, y airado preguntó por la persona que tal hubiera hecho, y no obstante que la misma Irene y la cantinera le contestaran que nadie la había ultrajado, expresó que quería entenderse con el más macho, y dirigiéndose a López Acosta le dijo que era un hijo de puta. A eso, éste nada contestó, pero volviéndose hacia Ernesto La Rotta se expresó así: "Oiga que éste dice que quiere entenderse con el más macho y me dice que soy un asesino" y después de esto, pasados algunos minutos, se sintió una detonación de arma de fuego, y varios de los que allí se hallaban vieron en seguida que Luis Molano se encontraba herido de muerte, y al pie de él, armado de revólver, a Felipe López Acosta.

Alcanzó a declarar el ofendido, ante el funcionario de instrucción, que fue Felipe López Acosta el que, sin haber tenido ninguna discusión con él, lo hirió con un revólver; y al día siguiente del suceso falleció a consecuencia de la herida mortal que recibiera, según así resulta establecido por los conceptos médicos rendidos, el último con base en la autopsia del cadáver.

Como se expresó al principio, el Jurado que intervino en la calificación de los hechos, por unanimidad dio su veredicto afirmando que Felipe López Acosta era responsable de haber dado muerte, voluntaria e intencionalmente, a Luis Molano, hecho que cometió inmediatamente después de haber recibido ofensas graves.

Por lo tanto, como ese veredicto no ha sido tachado de injusticia notoria y la única causal de casación propuesta es la de violación de la ley penal, es incuestionable que el caso en que colocó el Jurado el homicidio de que se trata debe ser la base fundamental para decidir sobre la aplicación del derecho, sirviendo las demostraciones del proceso para interpretar dicho veredicto, si ello fuere necesario.

Pero en el presente caso no hay para qué interpretar el veredicto del Jurado, ya que dice que Felipe López Acosta sí es responsable de la muerte de Luis Molano, pero "inmediatamente después de haber recibido ofensas graves". Esta respuesta coloca el caso en el inciso 1º del artículo 587 del Código Penal, que a la letra dice:

"El homicidio se reputa simplemente voluntario cuando se comete mediando alguna de las circunstancias siguientes: 1ª Por una provocación, ofensa, agresión, violencia, ultraje, injuria o deshonra grave, que inmediatamente antes del homicidio se haga al propio homicida, o a su padre o madre, abuelo o abuela, hijo o hija, nieto o nieta, marido o mujer, hermano o hermana, suegro o suegra, yerno o nuera, cuñado o cuñada, entenado o entenada, padrastro o madrastra, o persona a quien se acompañe. En este caso se comprende no sólo el que mata a virtud de la provocación, sino el que por ella promueve riña o pelea, de que resulte la muerte del ofensor; ..."

El Tribunal, en la sentencia recurrida, estimó que la responsabilidad de Felipe López Acosta revistió todos los caracteres del homicidio simplemente voluntario, no de los menos graves, y por ello reformó la sentencia del Juez Superior en el sentido de declarar violado el artículo 600 del Código Penal y no el 602 que fue considerado por el Juez Superior como el aplicable, por ser, en su concepto, el homicidio simplemente voluntario en cuestión un caso de los menos graves que pueden caber en el artículo 587 del Có-

digo Penal entre los contemplados en el numeral 1º De consiguiente, la cuestión se reduce a saber si el Tribunal hizo indebida aplicación de la ley penal cuando declaró violado el artículo 600 del Código en vez del 602, inciso 2º, por ser éste uno de los casos menos graves entre los que pueden ocurrir en el inciso 1º del artículo 587, y que, junto con los definidos en los numerales 1º, 2º, 4º, 5º y 7º, constituyen homicidios atenuados entre la especie del homicidio simplemente voluntario.

Es indudable que es injuria grave el dicterio "hijo de puta" que el occiso lanzó contra Felipe López Acosta, y que esta expresión menoscaba el patrimonio moral de cualquier agredido de los que enumera el artículo 587 en su inciso 1º; y no se puede conceptuar como lo hace el Sr. Procurador que entre las gentes incultas y embriagadas pierda tal improperio su significación sustancial y su sentido contra la ética.

El hecho de que la expresión injuriosa, calificada por el Jurado como ofensa grave, hubiese sido proferida por Molano contra López Acosta en un ambiente de trago y no en estado normal de ambos, que permite una reacción normal, no le quita a esa expresión su carácter de injuria grave, porque la misma excitación alcohólica nivela, por decirlo así, la reacción, y susceptibiliza el ánimo, aun entre gentes incultas, que usando un lenguaje soez pueden en otras circunstancias comúnmente usar expresiones canallas pero en un ánimo distinto en el cual, por una paradoja, la expresión hiriente pierde su significado injurioso y típicamente agresivo.

De lo dicho se deduce que debe considerarse este homicidio simplemente voluntario como un caso de los menos graves, dentro de los posibles que consideró el Legislador, que a juicio del Juez, deben estimarse dentro del artículo 587 en su inciso 1º Por consiguiente, la sanción ha de ser la del artículo 602 que aplicó el Juez Superior, y no la del artículo 600, que señaló la sentencia recurrida; por todo lo cual es casable esta sentencia, por mala aplicación de la ley.

El defensor ha pretendido también que la sanción aplicable es la del artículo 604 del Código Penal, pero debe observarse que si el citado artículo trata del homicidio atenuado simplemente voluntario resultante de una provocación por ofensa, injuria o deshonra grave irrogada al homicida o alguno o a alguna de las personas expresadas en el artículo 587, ha de efectuarse en el acto mismo en que se recibe la provocación. La expresión en el acto mismo, indica simultaneidad, y es distinta de la expresión inmediatamente antes que emplea el artículo 587, lo que implica cierto espacio de tiempo, es decir, que el homicidio se verifica después. El veredicto del Jurado, que es la base de toda sentencia en causas de la naturaleza de la que se estudia, empleó la expresión inmediatamente después de haber recibido ofensas graves. No hay, pues, fundamento para considerar que el caso cabe en el artículo 604, y ya se vio además que la mala aplicación de la ley dependió de no considerar el homicidio como atenuado, entre los simplemente voluntarios, por lo cual la sentencia recurrida lo sancionó con el artículo 600, en vez del 602 en su inciso 2º, que es, en concepto de la Sala, el que cuadra al caso en una recta aplicación de la ley.

A lo dicho a este respecto conviene agregar que el veredicto, al resolver que Felipe López Acosta dio muerte a Luis Molano, "inmediatamente después de haber recibido ofensas graves", implícitamente colocó al responsable no sólo en el caso del inciso 1º del artículo 587 del Código Penal, sino también en el artículo 602 del mismo, pues las ofensas calificadas de graves por el Jurado, atenúan el homicidio simplemente voluntario que se sanciona entonces con una pena menor. Y la razón es clara: es que el caso, por la calidad de las ofensas, es de los menos graves entre los contemplados en el inciso 1º del artículo 587. Por ello prospera la causal 1ª alegada, porque el Tribunal hizo una mala aplicación de la ley, sobre una responsabilidad atenuada por el mismo veredicto del Jurado.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley y en desacuerdo con el señor Procurador General de la Nación, invalida la sentencia del Tribunal del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo de veinticinco de enero de mil novecientos treinta y cinco, y en su lugar condena a Felipe López Acosta, mayor de edad y natural de Paipa, como único responsable del homicidio de Luis Molano, calificando su delincuencia en tercer grado, y dando para ello aplicación a los artículos 324 de la ley 57 de 1887, 75 de la ley 100 de 1892, 42, 85, 87, 117, 120 a 124 y 602 del Código Penal, a sufrir las siguientes penas: tres años de reclusión en el establecimiento de castigo que el Gobierno determine; a la pérdida de todo empleo y de toda pensión proveniente del Tesoro Na-

cional; a la pérdida por tiempo indefinido de los derechos políticos; al pago de las costas procesales exigibles y a la pérdida del arma con que cometió el delito. Al reo se le abonará como parte cumplida de la pena todo el tiempo que haya estado sufriendo detención preventiva por este delito.

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

Pedro Alejo Rodríguez, José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Alberto Mallo E., Srio. en ppd.

MULTA IMPUESTA COMO CONSECUENCIA DE UNA PENA CORPORAL

La suspensión de penas de multas, o de arresto o prisión que no excedan de dos meses (ley 83 de 1915, art. 22), tiene cabida cuando la multa es pena única o accesoria de una de las corporales suspensibles de que habla la ley. Lo que se suspende en estos casos es la ejecución de la sentencia; pero sería ilógica la interpretación consistente en aplicar la condena en una parte y en la otra hacerla cesar.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, septiembre veintisiete de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez)

Llamado a juicio de responsabilidad por el Tribunal Superior de Medellín, seguido por los trámites ordinarios, el doctor Benjamín Trespalacios, por haber tomado para sí, cuando desempeñaba el cargo de Juez 1º del circuito de Sopetrán, la suma de 1,551.00 pesos, perteneciente a varios depósitos de juicios que cursaban en la oficina, fue luego condenado por el mismo Tribunal, en sentencia de 22 de marzo del año próximo pasado, a sufrir seis meses de reclusión con las accesorias consiguientes, y al pago de las siguientes multas: una de $ 20.00 como pena subsidiaria de la pérdida del empleo de juez de circuito; otra de $ 50.00 y otra de $ 1,551.00, igual esta última al valor de la cantidad apropiada.

Apelada la sentencia, la Corte, en fallo de 10 de julio del mismo año, la reformó y condenó al doctor Trespalacios, de conformidad con el artículo 836 del Código Penal, a sufrir seis meses de reclusión y a pagar la multa de $ 1,551.00, equivalente a la suma de que dispuso, en su condición indicada de Juez de circuito.

Devueltos los autos al Tribunal de origen, al notificarle al responsable la providencia de esa corporación en que ordenaba cumplir lo dispuesto por la Corte, dirigió allí el memorial que en lo concerniente dice:

"Refiriéndome al juicio sobre responsabilidad, en mi carácter de Juez 1º del Circuito de Sopetrán, que se me siguiera ante ese honorable Tribunal, por atribuírseme el delito de abuso de confianza, juicio que fue fallado en segunda instancia por la honorable Corte Suprema de Justicia, debo deciros que entre las varias penas que se me impusieron figura la de una multa de mil quinientos cincuenta y un pesos oro ($ 1,551.00), en favor del tesoro nacional.

Dada la circunstancia de que en el mismo proceso hay constancia de mi buena conducta anterior al hecho por que se me juzgó, y de no ser reincidente en ningún sentido, de acuerdo con lo que dispone el artículo 22 de la ley 83 de 1915, pido a ese honorable Tribunal ordene la suspensión de la pena de multa aludida, toda vez que dicha disposición abarca toda clase de cuantías, pues no hace distinción, y disponga sea archivado el proceso, con la limitación de que trata el inciso 2º del artículo citado. Y como consecuencia de todo, disponer que no cabe la conversión en arresto ni el cobro por medio de la jurisdicción coactiva.

Dignaos, pues, acceder a mi solicitud por ser escrictamente legal".

El Tribunal negó lo pedido en el anterior escrito, de la siguiente manera, en auto de 4 de marzo último:

"Benjamín Trespalacios pide, con apoyo en lo dispuesto por el artículo 22, ley 83 de 1915, que se suspenda la ejecución de la pena de multa de mil quinientos cincuenta y un pesos ($ 1,551.00) a que fue condenado, entre otras penas (una corporal de reclu-

sión y varias anexas incorporales), en este Tribunal y la Corte Suprema, por el delito de abuso de confianza que perpetró como Juez 1º del Circuito de Sopetrán.

No puede concederse lo solicitado, porque la gracia que Trespalacios invoca no tiene cabida cuando la pena de multa es consecuencia de una pena corporal. Dicha suspensión sólo ocurre en los casos en que la multa es pena única y principal, porque parece indudable que el legislador no quiso favorecer sino a ciertos condenados por delitos leves que se castiguen con mera multa o con arresto o prisión que no exceda de dos meses.

Y así, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, se niega lo pedido por Benjamín Trespalacios".

Notificado de esta providencia el doctor Trespalacios, interpuso contra ella recurso de apelación para ante la Corte.

Concedido que le fue, y surtidos en esta Sala los trámites de regla, se pasa a resolver sobre el recurso propuesto.

El artículo 22 de la ley 83 de 1915 invocado por el recurrente en su favor, dice así:

"En los casos de condenación judicial a las penas de multa, o de arresto y prisión que no excedan de dos meses, el juez puede ordenar que se suspenda la ejecución de la pena si el procesado no hubiere incurrido antes en otra condenación y comprobare plenamente haber observado siempre buena conducta.

Si en el transcurso de cinco años el favorecido con esta gracia incurriere en una nueva condenación, se hará efectiva la primera pena y, si fuere el caso, se tendrá en cuenta para las agravaciones a que da lugar la reincidencia".

De los términos de esta disposición se ve que sólo puede aplicarse cuando la multa que se ha impuesto es pena única, o accesoria de una corporal suspensible, v. gr., de arresto o prisión que no excedan de dos meses. En presencia de estas penas, que, como es natural, no corresponden sino a la comisión de delitos en sí mismos leves, es cuando cabe la gracia, que no es otra cosa, del artículo 22 de la ley en cuestión.

Muy otro es, por cierto, el caso del doctor Trespalacios, a quien se procesó por apropiación de parte de los dineros que manejaba en su calidad de Juez 1º del Circuito de Sopetrán, pertenecientes a depósitos de algunos de los juicios que cursaban en la oficina, considerándose que incurrió así en el delito que define el Código Penal como abuso de confianza y en las sanciones especiales consiguientes a él.

Por este hecho, la Corte condenó al doctor Trespalacios, aplicando el artículo 836 del Código Penal, a sufrir la pena corporal de seis meses de reclusión y a una multa de $ 1.551.00, equivalente a la suma apropiada. Cometió, pues, el doctor Trespalacios un delito al cual corresponde una sanción especial determinada en el Código de las penas, y en su caso no cabe, en manera alguna, la aplicación del artículo 22 de la ley 83 de 1915, que invoca.

En opinión de la Corte, lo que la ley ha querido con el beneficio de que se viene tratando, es que se suspenda la ejecución de la sentencia, en los casos de aplicación de las penas indicadas, como medida preventiva que evite nuevas transgresiones de la ley por el procesado; pero sería ilógica una interpretación en el sentido de aplicar en parte la sentencia, y en parte hacerla cesar.

Lo expuesto es suficiente para concluir que es legal el auto del Tribunal Superior de Medellín recurrido por el doctor Trespalacios, en virtud del cual se le negó la suspensión de la pena de multa a que fue condenado, y que, en consecuencia, debe confirmarse.

En tal virtud, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el parecer del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la providencia apelada de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Pedro Alejo Rodríguez, José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Alberto Malo B., Srio. en ppd.

PROCESO MILITAR

Respecto de procesos militares constituye causal de nulidad, al tenor del numeral 3o. del artículo 11 de la ley 84 de 1931, el hecho de no haberse notificado al reo y a su defensor el auto en que se señala día para la decisión de la causa. Si las ofensas dirigidas por un militar a su superior son gravemente difamatorias, resulta claro que el hecho se sale de la esfera de las faltas meramente disciplinarias. No corresponde a la Corte estudiar si un fallo del Consejo de Guerra está fundado en las pruebas o si carece de fundamentos jurídicos, por prohibírselo el artículo 112 de la ley 84 de 1931. Conforme al ordinal 4o. del artículo 111 de esta ley, no está erigido en causal de nulidad el hecho de que un Consejo de Guerra haya apreciado de manera injurídica las pruebas del proceso, sino el hecho de que en el trámite mismo del juicio se hayan negado los funcionarios o tribunales militares a producir o aceptar pruebas pedidas por el procesado o su defensor. Halla la Corte que hay nulidad en el juicio por error en la denominación genérica del delito, como que se trata, no de un delito de INSUBORDINACION, por cuanto no hubo orden que fuese desobedecida, sino de ATAQUE A SUPERIORES (artículo 111, ley 84 citada). Para decretar el arresto provisional de un militar se requiere que el hecho tenga pena señalada de presidio o reclusión.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, diez de septiembre de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo)

Conoce la Corte en segunda instancia del juicio militar seguido contra el sargento 1º Carlos Elvar Bravo, por el delito de insubordinación y desobediencia de que tratan especialmente los artículos 175 y 176 de la ley 84 de 1931, llamada "De Justicia Militar".

Para mejor fundar el fallo se divide en diferentes capítulos o apartes la materia.

El hecho

El 7 de abril del corriente año llegó al cuartel (Batallón de Infantería "Sucre" Nº 2), el sargento 1º Carlos Elvar Bravo, quien desde la noche anterior se hallaba por la calle, libre del servicio y en deplorable estado de embriaguez. Sus superiores del batallón habían tenido que despachar varias comisiones para hacerlo regresar al cuartel y cuando entró a éste comenzó a proferir improperios y vocablos soeces contra alguno o algunos de sus compañeros.

Como se hallara en esa actitud escandalosa y en uno de los corredores, el oficial de guardia, Teniente Carlos A. Palacio, ordenó que lo trajeran a la guardia; y como los "números" de la guardia o soldados enviados al efecto se demoraran, el sargento 2º Villamil resolvió ir a buscarlo y le ordenó "que fuera a la guardia donde el Teniente Palacio", según declara el mismo Villamil. Bravo compareció inmediatamente al cuerpo de guardia. Acerca de lo que sucedió entre el sargento Bravo y el oficial de servicio, Teniente Palacio, obran en el proceso tres declaraciones que, en lo pertinente, dicen:

El soldado Leovigildo Garzón (fl. 13):

"...se presentó mi sargento Vilamil y ordenó a Bravo que fuera a la guardia que mi Teniente Palacio lo necesitaba, orden que atendió Bravo y ya una vez en presencia de mi Teniente le solicitó permiso para hablarle, lo que no aceptó mi teniente y ordenó que lo metieran al dormitorio de la guardia y que lo amarraran. El sargento Bravo se encolerizó e intentó tirarle y gritó y lo ultrajó y trató mal diciéndole: 'Costeño pendejo, bolsón, que no fuera guache, que le disparara, que lo matara, que le siguiera consejo de guerra aun cuando fuera mañana; que si era macho que no lo maniara y que se entendieran los dos', y continuaba repitiéndole ultrajes de palabra. En seguida lo amarramos acostado en un catre..."

El sargento 2º Luis Felipe Villamil (folio 15):

"...yo salí personalmente y ordené a Bravo que fuera a la guardia, donde el Teniente Palacio, cosa que hizo inmediatamente presentándose ante mi Teniente Palacio, cuadrándosele y pidiéndole permiso para hablar, a lo cual mi teniente no accedió y ordenó cogerlo y entrarlo al dormitorio de la guardia; en este momento Bravo se lanzó en insultos contra mi Teniente Palacio, diciéndole: 'Oiga, no abuse de su autoridad, usted es un teniente infeliz, marica de los que se corren cuando se presenta algún peligro, y suélteme para ver que tan macho es usted conmigo; usted es un teniente hijo de puta, costeño marica, guebón'. En seguida la guardia lo amarró en un catre y se le

tapó la boca con un pañuelo y allí permaneció hasta las once, en que mi Comandante Pinzón ordenó que fuera conducido al calabozo".

El cabo 2º Alfonso Guerra (fl. 15 v. y 16): "...se presentó Bravo ante mi teniente y le manifestó que para qué lo necesitaba; a otro momento Bravo comenzó a insultar a mi Teniente Palacio diciéndole: 'Este teniente hijo de puta, guebón', y continuó insultándolo; mi teniente entonces ordenó: 'métanlo a la guardia; Bravo continuó insultándolo en la misma forma y agregó: 'Costeño hijo de puta, usted es un guebón que no sabe llevar las estrellas que tiene'; mi teniente Palacio sólo contestaba: 'Oído la guardia, pongan cuidado a lo que me dice'. Mi Teniente Palacio manifestó a Bravo que ahí no le hablaba porque estaba embriagado, a lo cual Bravo contestó que eso se lo sostenía allí o en cualquier otra parte. Mi teniente al ver que Bravo estaba haciendo fuerza ordenó que lo amarraran; Bravo dijo a mi teniente que lo hiciera soltar para que viera quién era él, para que se entendieran los dos. Ya amarrado, Bravo manifestó a mi teniente: 'Que pidiera el traslado o la renuncia, porque cuando él estuviera libre no duraría un ápice".

El oficial de servicio sabía el triste estado de embriaguez en que se hallaba su subalterno, como que el mismo oficial había despachado comisiones con el fin de traerlo al cuartel, la noche anterior, para evitar que continuase dando escándalo por las calles. Las escenas descritas por algunos declarantes del proceso revelan que el sargento Bravo era víctima de una gran agitación y que su estado de alcoholismo agudo lo había privado del juicio.

Prueba de que el señor oficial de servicio se daba cuenta del estado casi inconsciente del sargento Bravo es la circunstancia de no haberle otorgado el permiso que éste solicitaba para hablarle cuando compareció ante aquél.

Tal consideración permite pensar que quizá hubiese sido más prudente por parte del oficial de servicio dar la orden de encerrar a Bravo en el dormitorio, y aun en el calabozo, sin necesidad de hacerlo comparecer antes a su presencia ya que el estado de embriaguez del sargento y su comportamiento en los instantes anteriores indicaban como muy probable que el hombre se presentase en actitud agresiva o insolente y, en todo caso, estúpida.

Pero el hecho es que el señor oficial de servicio dispuso que Bravo se le presentara, quizá para cerciorarse más directamente de sus circunstancias, y que fue entonces cuando ocurrió la escena motivo y materia del proceso militar.

El procedimiento

Sobre el parte rendido el 7 de april por el oficial de servicio al comando de la unidad, éste dispuso, con fecha 8 de abril, nombrar funcionario instructor para que levantase un expediente sobre los hechos denunciados en aquel parte; se adelantó la investigación, y por auto fechado el 14 de mayo dictó el comando auto de proceder contra el sargento Bravo, por "delito de insubordinación que define y castiga el Libro III, Título IV, Capítulo II, Artículo 75 (sic) de la Ley 84 de 1931 sobre justicia militar".

Surtidos los trámites del juicio se llegó a la celebración de un consejo de guerra al cual se le presentó el siguiente interrogatorio:

"¿El acusado Carlos Elvar Bravo es responsable, sí o nó, conforme al auto de proceder de fecha 14 de mayo de 1935, por el hecho de haber desobedecido órdenes militares superiores, profiriendo ofensas e insultos contra oficiales y por haber resistido el cumplimiento de las órdenes impartidas, hechos estos que el mencionado auto de proceder considera incluídos en el Libro III, Título IV, Capítulo II, Artículo 75 de la Ley 84 de 1931, sobre justicia militar?"

Dos de los oficiales del Consejo de Guerra contestaron: "no es responsable" y los tres oficiales restantes contestaron: "sí es responsable con atenuantes".

Con fecha 14 de junio dictó el Consejo de Guerra, con el comando, sentencia contra el procesado, en que se le condena a sufrir la pena de tres años de prisión militar, señalada por el artículo 175 de la ley 84 de 1931.

Concepto del señor Procurador General de la Nación

Venido el expediente a la Corte, de conformidad con lo que disponen los artículos 25 (numeral 7º), 28, 112, 113 y concordantes de la ley 84 de 1931, se pasó en traslado a la Procuraduría, la cual emitió su opinión por medio de vista fechada el 2 del mes de agosto y en la cual, después de transcribir la sentencia condenatoria, dice el señor procurador:

"A vosotros os es prohibido variar la calificación hecha por el Consejo de Guerra respecto de la culpabilidad o inocencia del acusado (artículo 112, ley 84 de 1931 sobre justicia militar). De suerte que por este as-

pecto no quedaría más camino que confirmar el fallo consultado. Pero debe examinarse previamente si en el procedimiento se ha incurrido en alguna irregularidad que lo vicie de nulidad conforme al artículo III ibídem, y sea necesario reponerlo en todo o en parte.

"En el proceso observo estas anomalías:

"La sentencia se notificó a las partes, pero quien hizo la notificación, es decir, el secretario, no firmó las respectivas diligencias, lo que equivale a no haberse hecho tal notificación (folio 47 vuelto). A esto debe agregarse que el defensor doctor Atuesta, en esa misma notificación, interpuso recurso de nulidad sobre el cual no se resolvió cosa alguna.

"Las irregularidades apuntadas podrían subsanarse, aun con perjuicio del acusado, por la demora consiguiente. Pero existe otra que constituye causal de nulidad al tenor del artículo últimamente citado. En efecto: al folio 27 vuelto figura un auto en el cual se señala día para la decisión de la causa, y ese auto no se notificó al reo ni a su defensor, pues no puede tenerse como tal notificación esta deficiente diligencia:

"Bogotá, junio 4 de 1935.—En la fecha notifiqué el auto anterior...' Y aun cuando están allí las firmas del reo y del defensor, brilla por su ausencia la del respectivo secretario! Esta diligencia es incapaz, legalmente, de producir efecto jurídico.

"Por lo expuesto, y si no estoy equivocado, conceptúo que debéis anular el proceso desde el auto del folio 27 inclusive, o mejor dicho, desde su notificación irregular".

En el procedimiento ordinario es causal de nulidad la apuntada por el señor Procurador si la parte no notificada dejare de concurrir a la práctica de la diligencia; y sólo a solicitud de parte podrá declararse la existencia de tal nulidad (numeral 5º del artículo 264, ley 57 de 1887). Pero respecto de procesos militares dispone el artículo 11 de la ley 84 de 1931 (numeral 3º), que: "Da lugar a recurso de nulidad:... No haberse notificado al reo y a su defensor el auto en que se señala día para la decisión de la causa". Como la ley no pone aquí restricción alguna, es nulo el procedimiento cuando se ha incurrido en tal irregularidad. Y ello ocurre en el presente caso porque, como lo observó y apuntó el señor Procurador, hay una diligencia de notificación del auto que señala día para efectuar el juicio o reunión del Consejo de Guerra y tal diligencia aparece firmada por los interesados pero no está autorizada por el secretario, lo que quiere decir que no se hizo formalmente la notificación.

Podría la Sala limitarse a ordenar la reposición de lo actuado a fin de que se reúna nuevamente el Consejo de Guerra; pero las razones expuestas por el defensor imponen un examen completo de los problemas suscitados por este proceso.

El alegato del defensor

El doctor Gustavo Atuesta, defensor del sargento procesado, dejando como en segundo plano la nulidad formal que el señor Procurador General de la Nación halló en el proceso, plantea el problema de la nulidad sustancial o de fondo.

Y al efecto propone tres causales o motivos, así:

1ª Adolece el proceso de nulidad por incompetencia de jurisdicción, pues la falta en que incurrió el sargento Bravo fue únicamente disciplinaria y ha debido acarrearle un castigo disciplinario también e impuesto por el correspondiente superior, no por un Consejo de Guerra ni mediante los trámites de un juicio en que se han venido a aplicar las sanciones que el Código Militar impone por verdaderos delitos, no por simples faltas disciplinarias;

2ª No se recibieron las pruebas conducentes y pedidas en tiempo, pues a tanto equivale el no haberlas tenido en cuenta el Consejo de Guerra, "acogiendo seguramente la tesis que al respecto sentó el señor fiscal de la causa, tesis que consta en una exposición escrita, visible en el proceso; y

3ª Por cuanto ha habido errónea aplicación de la pena legal".

Procede la Corte a examinar por separado cada una de las causales de nulidad por el abogado defensor.

Primera. Incompetencia de jurisdicción.

Sostiene el señor defensor que el hecho imputado al sargento Carlos Elvar Bravo no alcanza a revestir caracteres delictuosos suficientes para haber surtido todo un proceso militar acerca de él, por haber aplicado graves sanciones estatuídas por el Código Militar para los delitos de mayor entidad. Y estima que se trata de una simple falta de carácter disciplinario, de aquellas que deben castigarse también disciplinariamente, según los términos del decreto número 865 de 1911, que aprueba el "Reglamento de castigos disciplinarios y de reclamos", expedido por el ministerio de guerra.

Dice el Reglamento en el aparte marcado con el número 2:

"Las faltas militares que se deben casti-

gar disciplinariamente son las que siguen:...

"g) La ofensa al superior o al que tiene un grado o puesto superior en el servicio, cuando esta ofensa no haya sido difamatoria o cuando no se haya cometido por medio de impresos, dibujos, etc...

l) La ebriedad en el servicio o fuera de él..."

Estas son las disposiciones que el señor defensor sostiene han debido aplicársele al sargento Bravo, con carácter de disciplinarias y por el superior respectivo, sin más actuación ni juicio militar.

Por las transcripciones que arriba se hicieron de los testimonios pertinentes se ve que las ofensas irrogadas por el sargento procesado al oficial de servicio que en los momentos de proferirlas era el superior con destino o puesto de mando sobre él, fueron ofensas difamatorias y gravemente difamatorias. El señor defensor cumple con su deber al tratar de disminuír o desvanecer la gravedad del episodio. Pero es innegable que los hechos ejecutados por el procesado son gravemente lesivos de la disciplina y de las costumbres militares.

Si las ofensas que un inferior lanza contra su superior militar se reputan apenas como falta disciplinaria siempre que no hayan sido difamatorias; y si las ofensas del sargento procesado contra su superior fueron gravemente difamatorias, resulta claro que el hecho salió de la esfera de las faltas meramente disciplinarias. Por consiguiente, en su aspecto formal constituía un hecho delictuoso que las autoridades militares debían investigar y juzgar militarmente. No fue, por lo tanto, incompetente el tribunal militar. Los irrespetos, desacatos e insultos del sargento Bravo contra su superior constituyen un hecho punible, penado como verdadero delito militar como se dirá al estudiar la 3ª causal de nulidad alegada.

En cuanto a la ebriedad que, según el Reglamento aprobado por decreto, sí es una de las faltas que se castigan disciplinariamente, bien hubiera podido penarse en algunas de las formas o por medio de las sanciones que aquel decreto estatuye.

Segunda. **"No recibir las pruebas conducentes, pedidas o presentadas en tiempo".**

Como arriba se expresó, el señor defensor considera que equivale a "no recibir las pruebas" el hecho de no proferir el fallo de acuerdo con ellas. Y estima que el Consejo de guerra prohijó en este caso los conceptos del fiscal militar de la causa.

No corresponde a la Corte estudiar si un fallo del Consejo de Guerra está fundado en las pruebas o si carece de fundamentos jurídicos, puesto que la ley prohibe a la Corte "variar la calificación hecha por los consejos de guerra respecto de la culpabilidad o inocencia del acusado" (artículo 112 de la ley 84 de 1931).

Esta Sala estima que el ordinal 4º del artículo 111 de la ley sobre justicia militar no erige en causal de nulidad el hecho de que un Consejo de Guerra haya apreciado de manera injurídica las pruebas del proceso, sino el hecho de que en el trámite mismo del juicio se hayan negado los funcionarios o tribunales militares a producir o aceptar las pruebas que el procesado o su defensor soliciten. Se trata, pues, de una falta formal que acarrea nulidad y esa falta formal no ocurrió en el caso que actualmente estudia la Corte.

Tercera. **"Errónea aplicación de la pena legal".**

No obstante desechar la Corte la tesis de que en el presente caso se trata de una simple falta disciplinaria y de haber desechado, en consecuencia, la causal de nulidad denominada "incompetencia de jurisdicción", la argumentación expuesta por el señor abogado ha sugerido a la Corte otro aspecto interesante del juicio, que gracias a haber alegado el defensor la causal que se examina, puede la Sala entrar a estudiar.

Dos problemas suscita el hecho de que trata este proceso militar: primero, si el procesado es responsable del hecho que se le imputa, y segundo, si la calificación jurídica del delito es la que le corresponde, para deducir de ahí si la ley penal ha sido recta o erróneamente aplicada.

Ya se dijo que lo primero, o sea lo relativo a la responsabilidad, no es punto sobre el cual incumba a la Corte fallar, porque esto es privativo del Consejo de Guerra, tribunal que tiene notable analogía con el jurado, por la manera como se escoge el personal que ha de integrarlo, por las solemnidades que preceden y acompañan al acto de su reunión, por la forma en que el comandante, como juez de derecho que preside, interroga al tribunal militar, por la amplitud que éste tiene para apreciar en conciencia los hechos y para dictar soberanamente el fallo. De ahí que la ley haga intocable el veredicto pronunciado por el Consejo de Guerra "respecto de la culpabilidad o inocencia del acusado".

Queda, pues, por examinar el segundo punto, o sea el referente a la aplicación de la ley penal, para saber si ha habido error tal que cause nulidad.

De acuerdo con lo dispuesto en el Capítulo VIII de la ley 84 de 1931 sobre justicia

militar, el único recurso que puede interponerse contra las sentencias dictadas por los consejos de guerra ordinarios o superiores, es el de nulidad por alguna de las causales de que trata el artículo III de esta misma ley. Y el artículo 112 dice:

"En estos casos la Corte resolverá como tribunal de derecho en cuanto a la aplicación de la pena, siéndole prohibido variar la calificación hecha por los consejos de guerra respecto de la culpabilidad o inocencia del acusado".

Al sargento Carlos Elvar Bravo se le ha enjuiciado y sentenciado por el delito de insubordinación; y los tribunales militares le han aplicado concretamente el artículo 175 del Código de Justicia Militar.

Corresponde a la Corte examinar si es errónea o acertada la aplicación de dicho artículo.

El artículo 175 del Código de Justicia Militar enumera los diferentes casos de insubordinación. Cada uno de sus numerales contempla una forma o modo de insubordinación, pero en todos ellos se observa esta nota común: el atentado contra la autoridad del superior. El numeral segundo prevee el caso de que los inferiores hagan violencia sobre el superior para impedirle a éste que imparta una orden del servicio o que ejecute una orden recibida; el numeral tercero se refiere al hecho de que los inferiores traten de obligar al superior, violentamente, a dar una orden del servicio o a dejarla sin efecto; el numeral quinto habla de los inferiores "que hicieren alarde en cualquier forma de la resistencia a obedecer"; el numeral sexto considera insubordinados a "los militares que indujeren o incitaren a otros a la insubordinación"; y el numeral cuarto plantea el caso de los inferiores que se rebelan "contra la fuerza comandada por el superior o llamada en su auxilio".

El caso de autos parece que los tribunales militares han estimado que encaja en el ordinal 1º de dicho artículo 175, que es del tenor siguiente:

"1º Los militares que desobedecieren las órdenes de sus superiores, irrespetando, desacatando o insultando a los mismos, o provocando a otros militares a la desobediencia".

Aparte de que se trataba de un sujeto deplorablemente ebrio, que no sabía lo que estaba haciendo, parece claro que el superior, o sea el oficial de servicio, no le dio ninguna orden que dicho sujeto o sea el sargento Bravo, debiera ejecutar. Se ve que al darse cuenta el oficial de servicio del estado de embriaguez en que el sargento se hallaba, dio orden a otros individuos de tropa o "números" de la guardia para que condujeran, amarrado, al sargento Bravo, al dormitorio. En estas circunstancias no puede en rigor afirmarse que las vociferaciones lanzadas por el soldado ebrio contra el superior que ordenaba a otros llevarlo amarrado al dormitorio, constituyan rigurosa y propiamente un caso de insubordinación. Si los individuos de tropa que recibieron la orden de llevar amarrado al sargento Bravo hubiesen dejado de cumplirla, se habrían hecho reos no de insubordinación, pero sí de desobediencia, que es un delito diferente (artículo 176 de la ley 84 de 1931); y si la desobediencia de los que recibieron la orden hubiera sido no simplemente pasiva, sino en forma de resistencia a obedecer, entonces sí se habría caracterizado el delito militar de insubordinación.

Las notas constitutivas de este delito son: a) Que el inferior deje de cumplir la orden dada por el superior a dicho inferior; b) Que la desobediencia se acompañe de alarde en cualquier forma, o de fuerza, amenazas o coacción, o de cualquiera otro medio violento contra el superior; o que vaya acompañada de irrespetos, desacatos o insultos contra el mismo superior que ha dado la orden. El tenor mismo de la disposición aplicada al procesado está haciendo ver que no es el irrespeto, insulto o desacato lo que constituye el delito, sino la desobediencia a las órdenes de los superiores acompañada de irrespetos, desacatos o insultos.

En los hechos de que da cuenta este proceso hace falta uno de los dos caracteres apuntados como esenciales: hubo irrespeto, desacato o insulto del inferior hacia el superior que había dado una orden; pero tal orden no le había sido dada al sujeto que cometió los desacatos o irrespetos, aun cuando sí era referente a él, que es cosa distinta.

Los hechos ejecutados por el sargento Bravo son gravemente lesivos de la disciplina y de las costumbres militares. Pero esto no autoriza para cambiarles la denominación jurídica que les corresponde.

Los irrespetos, desacatos e insultos del sargento Bravo contra su superior constituyen un hecho punible, no ya una falta simplemente disciplinaria, susceptible de un castigo también disciplinario, puesto que las ofensas fueron graves y difamatorias (aparte g) del artículo o punto segundo del precitado Reglamento); ese hecho está penado como un verdadero delito militar por el artículo 180 del Código de la materia, que dice:

"El militar que ponga mano a una arma ofensiva, o ejecute actos o demostraciones

con tendencia a ofender a un superior en empleo o mando, será castigado por este solo hecho con la pena de seis a dieciocho meses de prisión militar".

Es entendido que la pena fijada por este artículo debe reducirse en la proporción establecida por el artículo 182, ordinal 1º.

El delito de insubordinación y aun el de simple desobediencia son materia del Capítulo 2º, Título 4º del Libro III del Código de Justicia Militar; y el delito de agresiones o ultrajes contra los superiores militares, de que trata, entre otros, el artículo 180 arriba copiado, es materia del Capítulo 3º perteneciente a los mismos título y libro.

Esto induce a pensar que ha habido error en la aplicación de la pena por error en la denominación genérica del delito, error este último en que se incurrió desde el llamamiento a juicio hasta la sentencia condenatoria.

Como se aplicó la pena de 3 a 6 años de prisión militar prescrita por el Art. 175 para el delito de insubordinación; y la que ha debido imponerse es la de seis a dieciocho meses de prisión militar por el delito de ataque a superiores, al tenor del artículo 180, en relación con el 182, lo actuado en este proceso adolece de una causal de nulidad no meramente formal o de procedimiento, sino sustancial o de fondo, y es la contemplada por el ordinal 6º del artículo 3º del Código de Justicia Militar, disposición que dice así:

"Da lugar a recurso de nulidad... 6º Hacer una errónea aplicación de la pena legal".

El artículo 112 dice que: "en estos casos la Corte resolverá como tribunal de derecho en cuanto a la aplicación de la pena, siéndole prohibido variar la calificación hecha por el Consejo de Guerra respecto de la culpabilidad o inocencia del acusado".

Podría la Corte reformar la sentencia de primera instancia, en el sentido de variar la pena para imponer la que es jurídicamente aplicable, o sea la de los artículos 180 y 182 del Código de Justicia Militar, siempre que el delito por el cual se llamó a juicio y sobre el cual resolvió el Consejo de Guerra y se dictó sentencia condenatoria, insubordinación, y el delito por el cual ha debido llamarse a juicio, ataque a superiores, estuvieran comprendidos dentro de un mismo género. Pero como están definidos y castigados por diferentes capítulos del Código, sería contra las normas fundamentales del procedimiento aplicar la pena por concepto del delito de ataque a un superior, siendo así que el juicio se abrió y se ha surtido en concepto de tratarse de un delito de insubordinación. Condenar por un delito distinto de aquel porque se ha llamado a juicio sería mermar el derecho de defensa; el procesado ha aducido los argumentos que le son favorables para defenderse del delito de insubordinación; no podría sentenciársele por el delito de ataque a un superior sin oír previamente sus descargos sobre ese cargo concreto.

Esta causal de nulidad sustancial, "errónea aplicación de la pena legal", lleva, pues, implícita la necesidad de reponer el proceso por la irregularidad, que en el derecho común es también causal de nulidad, consistente en el error en cuanto a la denominación genérica del delito.

Detención preventiva

De acuerdo con el artículo 57, ley 84 de 1931, "de Justicia Militar", la entidad que ordena la instrucción de un sumario por delito militar determinará si debe arrestarse provisionalmente al sindicado, si obrare la prueba legal del hecho y la imputabilidad y "siempre que tal hecho tenga señalada pena de presidio o reclusión por más de seis meses".

En el caso de este proceso queda dicho que la pena imponible, si al procesado se le declarase en definitiva responsable, sería la de que tratan los artículos 180 y 182 del Código respectivo, pena que es la de prisión militar, de suerte que por este aspecto debe cesar la prisión preventiva del sindicado.

Pero aun antes y prescindiendo de esto fallo de la Corte, tampoco era el caso de arrestar provisionalmente al sindicado, puesto que el proceso calificaba el hecho como insubordinación y por este delito sólo podría haberse impuesto pena de prisión militar, como en efecto la impuso la sentencia, y para decretar el arresto provisional se requiere que el hecho tenga señalada pena de presidio o reclusión, como lo dice el artículo 57 ya citado.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema, por medio de su Sala de Casación en lo Criminal, oído el parecer del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara nulo lo actuado en el proceso militar seguido contra el sargento Carlos Elvar Bravo, desde el auto de proceder (fechado el 14 de mayo de 1935, folio 21) inclusive, en adelante y ordena que se reponga el procedimiento, a fin de que el juicio se abra no por el delito de insubordinación sino por el de ataque a

un superior, de que trata el artículo 3º, Título IV, Libro III de la ley 84 de 1931.

El arresto o detención provisional del sindicado se hará cesar inmediatamente.

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

Pedro Alejo Rodríguez, José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias.—Alberto Malo Baños, Srio. en ppdad.

REPUBLICA DE COLOMBIA BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

RAPTO

La naturaleza del delito de rapto, o sea la mera sustracción violenta de una persona para hacerle daño, no cambia por razón de las condiciones de la persona raptada. En tratándose de mujeres públicas, lo que la ley castiga con menor pena son los simples ultrajes contra el pudor.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, octubre cuatro de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez)

En la noche del 4 de marzo de 1930 se presentaron a la casa de Julio León y de su esposa, situada en el punto llamado "Corralitos", jurisdicción del Municipio de Aspasica, en el Departamento Norte de Santander, Félix Castilla y Heriberto Franco, y dando las buenas noches a Julio León, que se hallaba en la puerta de la sala, pasaron seguidamente a la cocina de la casa, en busca de la muchacha Nicomedes Ascanio, por quien Félix Castilla se hallaba interesado en amores. Allí Castilla manifestó a la muchacha que tenía que irse inmediatamente con él, por las buenas o por las malas, y mostrándole un revólver le decía que estaba resuelto a matar a todos los que le hicieran oposición. La muchacha huyó hacia las habitaciones interiores, pero Castilla se introdujo hasta ellas, en donde la tomó de un brazo y a viva fuerza la arrastró hasta sacarla de la casa y conducirla a una talanquera distante de ésta unos diez metros. En este lugar se hallaba en espera Heriberto Franco, y allí Castilla obligó a la Ascanio a que se montara en un caballo que le tenía preparado y en seguida emprendieron la fuga.

Cuenta Julio León, dueño de la casa y esposo de una hermana de Nicomedes, que verificado el rapto se dirigió a donde su suegro, José Ascanio, a noticiarlo de lo sucedido, lo que motivó el que inmediatamente se dedicaran ellos a perseguir a los fugitivos, junto con el corregidor Eusebio Bayona, Miguel y Juan Ascanio, hermanos de la raptada y dos hombres más de apellido León, hasta encontrarlos en la casa llamada "Colón", de propiedad de Pedro García.

Varios testigos refieren que Miguel Ascanio, al dar alcance a los fugitivos, llamó a Félix Castilla diciéndole que no iba en actitud de pelea y que si su hermana Nicomedes quería casarse, irían todos a Aspasica a tratar el asunto con el alcalde. Pero entonces Félix, soltó las riendas de la bestia en que iba la muchacha, dio unos pasos hacia adelante y le dijo a Miguel: "Tú no tienes que intervenir en esto", y disparando en seguida su revólver hirió de muerte a Miguel Ascanio, quien se desplomó definitivamente. Al mismo tiempo Heriberto Franco, compañero de Castilla, disparó también sobre el grupo formado por el corregidor Bayona, por los Ascanios y por los hermanos León.

A consecuencia de la actitud de Castilla y de Franco, resultaron heridos, además, Juan Ascanio y Lázaro León.

Adelantada la investigación de los sucesos anteriormente narrados, el Juez Superior de Cúcuta, en providencia de 31 de mayo de 1933, llamó a Félix Castilla y a Heriberto Franco a responder en juicio criminal en la siguiente forma:

"1º Que hay lugar a seguimiento de juicio criminal con intervención del jurado a cargo de Félix Castilla y Heriberto Franco, por el delito de rapto cometido en Nicomedes Ascanio, mujer soltera y mayor de edad cuando el delito, ocurrido en la noche del 4 de marzo de 1930, estando la raptada en casa de Julio León, fracción de "Corralitos", Municipio de Aspasica, y que el Código Penal define y castiga en su Libro III, Título 1º, Capítulo 82;

2º Que igualmente hay lugar a seguimiento de juicio criminal por los mismos trámites en que interviene el jurado, a cargo de dichos Félix Castilla y Heriberto Franco, por homicidio en la persona de Miguel As-

canio, sucedido cerca al punto de "Colón", de la misma vecindad de Aspasica, en la noche del 4 de marzo de 1930, delito que el Código Penal define y castiga en su Libro III, Título y Capítulo primeros;

3º Que hay igualmente lugar a seguimiento de juicio criminal por los mismos trámites en que interviene el jurado, a cargo del referido Félix Castilla por heridas causadas en Lázaro León, estando en los mismos puntos, hora y fecha anotados en el segundo numeral y que el Código de las penas define y castiga en su Libro III, Título 1º, Capítulo 6º; y

4º Que hay igualmente lugar a seguimiento de juicio criminal por los mismos trámites aludidos, a cargo de los mismos Félix Castilla y Heriberto Franco, por heridas en Juan Ascanio, donde y cuando queda dicho en el punto anterior, delito que el Código Penal define y castiga en su Libro III, Título 1º, Capítulo 6º.

Pásese a Castilla al lugar que ahora le corresponde por motivo de esta providencia y requiérasele designe un defensor que lo asista en el curso de este juicio, si no quiere o no puede defenderse personalmente.

Como Heriberto Franco se halla ausente, cúmplanse con él los emplazamientos mandados en el Libro III, Título 10º, Capítulo 6º del Código Judicial.

Como no hubiera podido obtenerse la comparecencia de Heriberto Franco, el juicio siguió únicamente contra Castilla, y el Juzgado de Cúcuta presentó a la consideración del jurado, reunido el 23 de abril de 1934, las siguientes cuestiones:

1ª El acusado Félix Castilla es responsable, sí o nó, de haber llevado a Nicomedes Ascanio, mujer soltera y mayor de edad, contra su voluntad, de una parte a otra, con violencia material, amenazándola e intimidándola de una manera suficiente para impedirle la resistencia, todo lo cual realizó dicho Castilla en asocio de otro individuo, en la noche del 4 de marzo de 1930, estando la raptada en casa de Julio León, fracción de "Corralitos", Municipio de Aspasica, y en la ejecución de este hecho procedió el acusado voluntariamente, con intención de abusar de la raptada o para hacerle algún daño?"

El jurado contestó: "Sí".

2ª ¿El acusado Félix Castilla es responsable de haber producido la muerte de Miguel Ascanio, en asocio de otra persona, a consecuencia de disparos de revólver con que fue herido estando cerca al punto de "Colón", vecindario de Aspasica, en la noche del 4 de marzo de 1930, y en la ejecución de este hecho procedió dicho Castilla voluntariamente y con intención de matar a Miguel Ascanio?"

A esta pregunta el jurado contestó: "Nó".

"3ª ¿El acusado Félix Castilla es responsable de haber inferido una herida con instrumento cortante y punzante a Lázaro León, que le produjo veinticinco días de impedimento para trabajar como antes y en la ejecución de este hecho ocurrido donde y cuando queda dicho en la segunda pregunta, procedió Castilla voluntariamente y con intención de herir a Lázaro León?"

El jurado contestó: "Sí".

"4ª ¿El acusado Félix Castilla es responsable de haber inferido heridas con instrumento cortante y punzante y proyectil de revólver a Juan Ascanio, en asocio de otra persona, las cuales le produjeron de diez a doce días de impedimento para trabajar como antes y en la ejecución de este hecho ocurrido donde y cuando queda dicho en la segunda pregunta, procedió Castilla voluntariamente y con intención de herir a Juan Ascanio?"

El jurado contestó: "Sí".

En desarrollo de este veredicto el Juez Superior de Cúcuta dictó sentencia el 4 de mayo de 1934, por medio de la cual condenó a Félix Castilla, como autor responsable del delito de rapto en la mujer Nicomedes Ascanio, a las siguientes penas: La de siete años y medio de presidio y las accesorias correspondientes, calificando la delincuencia en grado medio.

Con respecto al homicidio de Miguel Ascanio y a las heridas en Lázaro León y Juan Ascanio, el Juzgado absolvió. Lo primero, en fuerza de la respuesta negativa del jurado; y lo segundo, por tratarse de heridas en la categoría de simplemente voluntarias.

Sin embargo, subido el asunto en apelación al Tribunal Superior de Pamplona, éste observó que el veredicto del jurado en cuanto a la contestación que dio a la segunda pregunta del cuestionario, pecaba contra lo establecido en autos, pues de las declaraciones de varios testigos se desprende en lógica rigurosa, que Castilla fue uno de los autores del homicidio de Miguel Ascanio, tanto más cuanto algunos de tales declarantes sostienen que Miguel Ascanio cayó herido por razón de los disparos de Castilla; y, en consecuencia, con fecha 1º de agosto de 1934, el Tribunal revocó la sentencia apelada y en su lugar declaró notoriamente injusto el veredicto del jurado en lo concerniente al homicidio de Miguel Ascanio, ordenando que el Juzgado del conocimiento convocara otro jurado para someterle nue-

vamente a su consideración la cuestión segunda.

Reunido el nuevo jurado, el 20 de septiembre de 1934, contestó a la cuestión propuesta sobre el homicidio de Miguel Ascanio, así:

"Sí es responsable".

En estas condiciones el Juzgado Superior de Cúcuta dictó su sentencia de 24 de septiembre de 1934 y condenó a Félix Castilla, por los delitos de homicidio y rapto, con fundamento en los artículos 600, 676 y 679 del Código Penal, aplicando también lo dispuesto en los artículos 42, 73, 85 y 739 del mismo Código, a sufrir la pena de dieciséis años, seis meses de presidio, más las accesorias de rigor. En este fallo la calificación de la responsabilidad de Castilla se hizo también en el segundo grado.

Félix Castilla apeló de nuevo contra este proveído para ante el Tribunal Superior.

El juzgador de segunda instancia, considerando que no era el caso de apreciar algunos hechos como circunstancias agravantes, estimó la delincuencia como de grado mínimo, y en tal virtud, con fecha 4 de diciembre de 1934, reformó la sentencia apelada en el sentido de reducir a doce años de presidio y sus accesorias, la pena corporal que debe sufrir Félix Castilla por los delitos de rapto y homicidio.

Seis años por el rapto de Nicomedes Ascanio, perpetrado en compañía de Heriberto Franco, y seis años por el homicidio simplemente voluntario en la persona de Miguel Ascanio.

Contra esta sentencia del Tribunal de Pamplona interpuso recurso de casación el señor Guillermo García, en su calidad de defensor de Castilla, como también éste.

Los autos han llegado a esta Sala en virtud de haberse concedido el recurso interpuesto. La tramitación legal que corresponde se ha surtido en la Corte en toda su extensión. Toca, pues, proceder a estudiar los argumentos presentados en pro y en contra de la sentencia del Tribunal de Pamplona, y resolver lo que es pertinente.

El recurrente alega las causales de casación que se contienen en los numerales 1º, 2º, 3º, 4º y 5º del artículo 3º de la ley 118 de 1931, así:

a) Ser la sentencia violatoria de la ley penal por indebida aplicación;

b) Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse dictado sobre un juicio afectado de nulidad;

c) Haberse cometido error en la apreciación del cuerpo del delito de rapto;

d) No estar la sentencia en consonancia con el auto de proceder;

e) Ser violatoria la sentencia de la ley penal por haberse dictado sobre un veredicto notoriamente injusto.

Para resolver se considera:

No obstante esta enumeración de causales, de una y otra clase, anticipa la Sala que en los alegatos de fundamento del recurso los puntos de vista que en ellos se pretende hacer valer, se involucran unos con otros; y puede decirse que todo se limita allí a discutir las modalidades del rapto de que fue víctima Nicomedes Ascanio de parte de Félix Castilla, ya que en relación con el homicidio de Miguel Ascanio poco menos que nada es lo que se discute.

En cuanto a la naturaleza del rapto de la Ascanio, se afirma que a Félix Castilla se le llamó a juicio por el delito de rapto sin que en pasaje alguno del auto respectivo se determinara el móvil que más tarde se quiso señalar en el cuestionario sometido al jurado, cuando se dijo para "abusar de la raptada o para hacerle algún daño"; y que así el cuerpo del delito por el cual se llamó a juicio a Castilla es absolutamente distinto del cuerpo del delito sobre el cual respondió el jurado y se dictó luégo sentencia. En otros términos, que el juez de la causa al formular el interrogatorio, inquirió o buscó una respuesta sobre un delito distinto al delito por el cual se llamó a juicio a Félix Castilla.

A lo anterior se observa que basta leer el auto de proceder del Juzgado para llegar al convencimiento de que dicha pieza y el interrogatorio que se sometió a la decisión del jurado, estuvieron en un todo conformes. En efecto, el auto de proceder dice:

"Refiere este informativo que en la noche del 4 de marzo de 1930 fue sorprendida la habitación de Julio León... por Félix Castilla y Heriberto Franco, quienes allí fueron, movido aquél por ardiente deseo amoroso por la mujer Nicomedes Ascanio, y éste acaso determinado únicamente por su amistad con Castilla. Lo cierto es que de manera violenta y valiéndose de amenazas logró Castilla sacar a la Ascanio y llevársela de a caballo en junta con Franco. El enamorado penetró a la casa de León y revólver en mano le dijo a Nicomedes que tenía que ser suya por las buenas o por las malas, y a la fuerza bruta —refiere la mujer— la sacó hasta una talanquera, a unos diez metros de distancia, en donde esperaba Franco y en donde la hizo montar por las malas en un caballo, saliendo luégo en fuga".

Y la cuestión propuesta reza como sigue:

"¿El acusado Félix Castilla es responsable, sí o nó, de haber llevado a Nicomedes Ascanio, mujer soltera y mayor de edad, contra su voluntad de una parte a otra, con violencia material, amenazándola e intimidándola de una manera suficiente para impedirle la resistencia, todo lo cual realizó dicho Castilla en asocio de otro individuo, en la noche del 4 de marzo de 1930, estando la raptada en casa de Julio León, fracción de "Corralitos", Municipio de Aspasica, y en la ejecución de este hecho procedió el acusado voluntariamente, con intención de abusar de la raptada o para hacerle algún daño?".

Nótese que se pregunta al final "si con intención de abusar de la raptada o para hacerle algún daño", y que no se preguntó si "para abusar" de la mujer, como afirma el señor recurrente.

No hay, pues, lugar a sostener que en el auto de proceder no se señaló el móvil que guió a Castilla para cometer el delito de rapto contra Nicomedes Ascanio.

Y respecto de la tacha sobre notoria injusticia del veredicto por rapto, en ningún caso puede aceptarse, ya que sin ella quiere hacerse consistir en la falta de prueba de que Castilla sacó de su casa a la Ascanio, tal hecho está suficientemente demostrado en los autos; y si se pretende que la injusticia radica en la clase de rapto que el jurado aceptó en su veredicto, a más de que ese no puede ser propiamente un reparo de injusticia notoria, el cargo queda descartado en fuerza de los razonamientos que acaban de expresarse con relación a la naturaleza del rapto.

Sobre estos y otros particulares de los alegatos, el señor Procurador se expresa así:

"A pesar de esta separación de causales, los argumentos del recurrente no se refieren a cada una de ellas de una manera ordenada, sino que en forma global aluden a todas, enlazándolas con mayor o menor precisión. De suerte que para estudiar y contestar esos argumentos es preciso destacar los principales puntos de la exposición.

"Dice el señor recurrente que a Castilla se le llamó a juicio por el delito de rapto sin que en parte alguna del auto respectivo se determinara el móvil que más tarde se quiso señalar así: 'para abusar de ella o para hacerle algún daño'. Y agrega: el cuerpo del delito por el cual se llamó a juicio a Castilla es absolutamente distinto al cuerpo del delito sobre el cual respondió el jurado y se dictó la sentencia. Es decir, que el Juez Superior, al formular el interrogatorio, inquirió o buscó una respuesta sobre un delito específicamente distinto al delito por el cual se llamó a juicio a Castilla. Esto y el desarrollo de la misma tesis, puede refutarse así:

En la parte del auto de proceder que se dejó transcrita, se dice que Castilla, movido por ardiente deseo amoroso por la mujer Nicomedes Ascanio, de manera violenta y valiéndose de amenazas logró sacarla de la casa en que estaba y llevársela sobre un caballo. Que el enamorado penetró a la morada de León y revólver en mano le dijo a la mujer que tenía que ser suya por las buenas o por las malas, y a la fuerza bruta la sacó hasta una talanquera, la montó en un caballo y huyó con ella, etc., etc.

¿Se quiere un caso más clásico de rapto de fuerza, en los tiempos antiguos o en los actuales? Escriche al hablar de rapto dice, entre otras cosas, lo siguiente:

"Hay dos especies de rapto: rapto de fuerza y rapto de seducción; el primero es el que se ejecuta con violencia contra la voluntad de la persona robada; y el segundo es el que se hace sin resistencia de la persona robada... el rapto de fuerza es un crimen contra la persona y su familia y el de seducción no se hace en realidad sino contra los padres, marido o tutor de la seducida".

Teniendo en cuenta lo expuesto, cómo puede sostenerse que en el auto de proceder no se señaló el móvil que guió a Castilla para cometer semejante atropello? Y hay que tener en cuenta que al Jurado no se le preguntó si el acusado había procedido de esa manera "para abusar" de la mujer, sino simplemente con intención de abusar de la raptada, diferencia importantísima, porque la intención, fenómeno psicológico, no puede conocerse sino por actos externos o por palabras que la indiquen. Serás mía, de grado o por fuerza, dijo Castilla; y es claro que con ese propósito se llevó por la fuerza a la Ascanio.

De suerte que al Tribunal de conciencia se le presentó por el Juez una cuestión enteramente de acuerdo con el auto de enjuiciamiento, y la sentencia se dictó de conformidad con el veredicto afirmativo y con el cargo deducido en la oportunidad correspondiente, teniendo en cuenta la disposición del artículo 676, del Código de las penas, primero del Capítulo 8º, sobre raptos y fuerzas y violencias, porque en ese artículo encaja sin esfuerzo el procedimiento de Castilla.

Lo dicho hasta ahora sirve también para demostrar que el veredicto del jurado no fue injusto, pues él se basó en las comprobacio-

nes de la investigación, extractadas en el auto de enjuiciamiento.

Es arbitrario y aun falto de caridad sostener, para negar el delito o restarle gravedad, que la Ascanio es una mujer pública. Los testigos que se citan para demostrar el hecho no dicen tal cosa y aun uno de ellos no puede siquiera dar la filiación de la muchacha. Todos convinen en que la Ascanio es una mujer de vida alegre, porque la han visto bailar, cantar y tocar en diversiones y juergas, pero que una mujer sea alegre y despreocupada, especialmente si pertenece al pueblo, no quiere decir que sea pública o ramera, de aquellas que comercian con su cuerpo, vilmente entregadas al vicio de la lascivia por el mezquino interés.

Las primeras intenciones de Castilla respecto de la Ascanio fueron honradas, y por eso seguramente el hermano Miguel al darles alcance la noche del rapto habló de matrimonio. Castilla dice que por un periódico de Ocaña supo que Nicomedes estaba para casarse con Pablo Ascanio, todo lo cual significa que no se trataba de una prostituta, porque respecto de tales hembras no hay lugar a mencionar el sagrado vínculo. Por una mujer pública, ni los familiares de ella ni menos un representante de la autoridad se ponen en campaña para dar caza de noche y a caballo, a quien la rapta o finge raptarla. Eso es inverosímil porque conduciría al ridículo. De suerte que si a la Ascanio no puede considerársela como una meretriz, todo lo expuesto sobre el punto por el señor recurrente hay que tenerlo como inútil o sin fundamento.

Respecto al reparo de que en el auto de proceder no se habló del móvil u objeto del rapto y de que al jurado sí se le interrogó sobre ello, debe agregarse aquí que en dicho auto se lee lo siguiente: "a efecto de que los enjuiciados puedan defenderse ante los jueces de conciencia de los cargos que aquí se les hacen". Y ya se ha visto que entre esos cargos figuraba muy claro el de que Castilla raptó con violencia a la muchacha para poderla gozar, es decir, para abusar de ella.

Cuanto a la declaración de injusticia notoria del veredicto del primer jurado, respecto del homicidio en Miguel Ascanio, hecha por el Tribunal en uso de plena facultad, ella está sustentada ampliamente en la larga y razonada providencia que la decretó (folios 404 a 409), sin que la desvirtúe en manera alguna la circunstancia de que al cadáver de Ascanio se le hubiera encontrado una cuchilla en la mano derecha. Y no debe olvidarse que Castilla y Heriberto Franco fueron enjuiciados como coautores.

Al señor apoderado se le presenta esta duda:

"Si la sentencia por rapto, dictada contra Castilla, en virtu del veredicto del primer jurado, fue revocada por el superior totalmente y si en el nuevo jurado no se propuso la cuestión por rapto, entonces en virtud de cuál veredicto se castiga a Castilla por rapto; por el primero que aceptó el delito y el Tribunal revocó la sentencia, o por el segundo, en el que no se propuso la cuestión?"

No vale la pena la perplejidad del señor apoderado.

Al primer jurado se le presentó el cuestionario por rapto y lo resolvió afirmativamente; el Juez **a quo**, en cumplimiento de su deber, dictó sentencia condenatoria por ese delito; pero como en ese mismo fallo el propio Juez acogía otra resolución del jurado en forma negativa sobre homicidio, negativa que el Tribunal estimó injusta, éste revocó la providencia del inferior, pero dejando en pie, en toda su fuerza, lo resuelto por el jurado en relación con el rapto. Ahora bien: como al segundo jurado, según lo dispuesto por el Tribunal, sólo le correspondía decidir sobre el homicidio y esta decisión fue en forma afirmativa, el Juez estaba obligado a sentenciar de nuevo, aplicando al rapto el primer veredicto y al homicidio el segundo. La primera sentencia era apenas un proyecto, que el Tribunal podía confirmar o revocar; y si la revocó fue con el objeto clarísimo de que una vez resuelto el punto del homicidio por el nuevo jurado, el Juez de la causa sentenciara lo procedente.

Creo haber refutado los puntos salientes del alegato del señor apoderado y como él dice al terminar que la sabiduría de la Corte habrá de decir la palabra que restablezca la verdad y por lo mismo la estricta justicia, yo espero que esa palabra consista en declarar que debe mantenerse firme la sentencia recurrida".

Si en cuanto al homicidio de Miguel Ascanio, lo poco o nada que se objeta por el recurrente queda refutado con amplitud en la vista del señor Procurador que acaba de transcribirse; si los reparos sobre la naturaleza del rapto de la Ascanio no tienen fundamento, según atrás se vio; si los veredictos del jurado en manera alguna pueden reputarse de notoriamente injustos; si en el proceso no se ha incurrido en causales de nulidad; si las disposiciones penales en el rapto y en el homicidio simplemente voluntario son las que tuvo en cuenta el Tribunal, y si la delincuencia de Castilla fue calificada en grado ínfimo, lo que ya no ad-

mite más atenuación, de ningún modo es casable la sentencia recurrida.

Para terminar, es procedente trascribir el siguiente pasaje del alegato con el cual se fundamenta el recurso ante la Corte:

"Sometido al jurado de calificación un cuestionario violatorio de la ley, puesto que se preguntó a los jueces de hecho si Castilla había cometido un delito por el cual no se le había llamado a juicio, el veredicto recaído a ese cuestionario es notoriamente injusto, puesto que carece de materia. Aparte de que está superabundantemente comprobado que Nicomedes Ascanio es una mujer pública, conocida como tal según se desprende de los testimonios de Celestino Bayona (f. 268); José María Ortiz (f. 258); Pedro Durán (f. 269); Ramón Rodríguez (f. 320) y Manuel E. Trigos (f. 323). Y siendo la Ascanio una mujer pública, hecho que no podía pasar inadvertido para el Juez y el Tribunal sentenciadores, ya que no hay prueba alguna que desvirtúe lo demostrado irrecusablemente, tal condición ha debido ser tenida en cuenta, si no en el auto de proceder porque tal prueba se produjo posteriormente, sí en la sentencia, puesto que la ley penal establece con claridad meridiana y con justicia inegable, una diferencia sustancial entre la violencia ejercida sobre una mujer honesta y la fuerza o violencia ejercida sobre una mujer pública conocida como tal. Ahora bien: en mi modesto sentir, la circunstancia de que una mujer sea honesta o sea pública, para los efectos de averiguar la responsabilidad de un sindicado, no constituye parte del cuerpo del delito sino que es una atenuante o una agravante, según el caso. En sí mismo el delito de "rapto de fuerza" sobre una persona no tiene otros elementos constitutivos que los siguientes: a) la finalidad perseguida de abusar de otra persona o de hacerle algún daño y b) el hecho o hechos que constituyen la violencia material que determine contra la voluntad de la ofendida el que ésta sea trasladada de una parte a otra. La hora en que se verifique el delito; las circunstancias de lugar; el escándalo mayor producido o el que tal delito se cometa por más de una persona, todos esos son factores que, agregados a la condición particular de la misma mujer, ofendida, constituyen agravantes o atenuantes que colocan al infractor dentro de uno u otro grado de responsabilidad por el aspecto de la pena.

Y no es posible sostener que el Juez sea libre para desechar pruebas, que como la de que la Ascanio es una mujer pública y conocida como tal, cambian fundamental y favorablemente la cuantía de la pena".

En el supuesto de que estuviese comprobado el hecho —que no lo está— de que la Ascanio fuera una mujer pública, la aseveración de que el rapto en este caso tenga características especiales que impliquen variaciones en el modo de llamar a juicio y de plantear las preguntas al jurado, es improcedente, desde luego que la ley penal al sancionar el rapto, o sea la mera sustracción violenta de una persona de una parte a otra para hacerle daño, no establece en el delito mismo especificaciones que dependan de la condición de la persona sustraída. Lo que el Código sanciona en menor escala cuando se trata de mujeres públicas, son los simples ultrajes contra el pudor, que es bien distinto.

Y si, como también lo asevera el recurrente, la clase de mujer pública en la raptada lo que significa es una circunstancia atenuante, debe recordarse que al reo se le impuso por el Tribunal la pena en tercer grado, que es el mínimo de la graduación establecida por el Código.

A mérito de lo expuesto, al Corte Suprema, la Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el parecer del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia dictada por el Tribunal de Pamplona con fecha 4 de diciembre de 1934 en contra de Félix Castilla.

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

Pedro Alejo Rodríguez, José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias.—Alberto Malo B., Srio. en ppdad.

HOMICIDIO

En un homicidio simplemente voluntario, en que la pasión de los celos fue la causa determinante del delito, según el veredicto del Jurado, el sexo femenino de la víctima no puede estimarse específicamente como circunstancia agravante.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, octubre diez y ocho de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez)

A la pena de nueve años de presidio y a las accesorias de rigor fue condenado Daniel Wilches por el Juez 2º Superior del Distrito Judicial de San Gil (Socorro), en sentencia de 7 de julio de 1934, como responsable del delito de homicidio simplemente voluntario consumado en la persona de Guadalupe Santamaría, hecha la calificación de la delincuencia en grado medio, habida consideración de ser mujer la víctima del delito cometido por Wilches, y de aparecer, por otra parte, que el reo era persona de buena conducta anterior. El Juez consideró aplicable a este caso el artículo 600 del Código Penal.

La cuestión sometida al Jurado fue la siguiente:

"El acusado Daniel Wilches es responsable de haber dado muerte voluntariamente a Guadalupe Santamaría, por medio de una herida causada con proyectil de arma de fuego (revólver), situada a nivel del sexto espacio intercostal izquierdo, que siguió una trayectoria de arriba hacia abajo y de izquierda a derecha, hiriendo a su paso dos paredes del estómago y alojándose en el hígado, hecho ejecutado como a las siete de la noche del día quince de junio de mil novecientos treinta y dos, en la casa de habitación de la víctima, situada en el barrio de 'La Plazuela' de la población de Suaita?"

Tal cuestionario fue contestado así:

"Sí, pero dominado por la pasión de los celos".

En apelación de la sentencia pasó el expediente al Tribunal del Distrito Judicial, en donde fue confirmada en todas sus partes, con fecha 12 de septiembre de 1934.

Contra el fallo de segunda instancia, interpuso el procesado Wilches recurso de casación, y para sustentarlo alegó ante el Tribunal, lo siguiente:

"La causal que sirve de fundamento al recurso, es la señalada en el primer ordinal del artículo 3º de la ley 118 de 1931, a saber:

Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ésta o por indebida aplicación de la misma.

Alego y sostengo la causal invocada, así:

El Tribunal Superior de San Gil calificó el hecho en segundo grado, y para esto se apoyó en la última parte del artículo 123 del C. P., por cuanto mediaba la agravación del sexo de la señora Santamaría, la muerta. De consiguiente, aceptó la pena impuesta por el Juez Superior, que fue la de nueve años de presidio, con aplicación del artículo 600 ibídem, el cual trae para el homicidio simplemente voluntario, la pena de seis a doce años. Todo esto se deduce de los términos de la sentencia del honorable Tribunal, confirmatoria de la del Juez.

Pues bien: la sentencia que recurro es violatoria de la ley penal por mala interpretación o por indebida aplicación, porque de las palabras precisas del artículo 123 citado, se llega al convencimiento pleno de que para calificar un delito en segundo grado, se necesita que medien circunstancias atenuantes y agravantes, es decir, pluralidad de unas y de otras, pues no basta una sola agravante, para poder hacer la calificación en grado medio.

Sobre el particular existen varias sentencias de la Corte Suprema de Justicia, según las cuales, no habiendo sino una circunstancia agravante, como en el caso de que me ocupo, la calificación de la delincuencia debe hacerse en tercer grado".

Ante la Corte el negocio, el señor Procurador se expresa como sigue:

"Se funda el recurrente en que se le aplicó el segundo grado por la circunstancia agravante del sexo femenino de la víctima, siendo así que de las palabras precisas del artículo 123 del Código Penal se llega al convencimiento pleno de que para calificar un delito en segundo grado se necesita que medien circunstancias agravantes y atenuantes, es decir, pluralidad de unas y de otras, pues no basta una sola agravante para poder hacer la calificación en grado medio. Cita al respecto alguna jurisprudencia de la honorable Corte.

Dice que se ha violado el artículo 123 y agrega que los casos dudosos deben resolverse por interpretación benigna.

Este despacho ha creído y sigue creyendo que basta una sola circunstancia agravante para que haya lugar a calificar la delincuencia en segundo grado. Hace pocos días opinó de esta manera:

'La lectura medianamente atenta del artículo 123, convence sin dificultad que al redactarlo, el legislador estimó suficiente la concurrencia de una sola circunstancia agravante para que se pudiera señalar el segundo grado, así como para no poder fijar el primero, basta la existencia de una sola atenuante y la presencia de una agravante impone la calificación ínfima o menor. Es que las reglas de la gramática en este caso, hacen sugerir una pequeña duda al que lee rápidamente. Esta tesis la sostuvo ampliamente la Procuraduría en otro tiempo y parece que la honorable Corte la acogió y volvió atrás en la jurisprudencia que tenía sentada al respecto. Y es mucho más sostenible el punto cuando se trata de una agravante de importancia...'

Por lo expuesto conceptúo que debe mantenerse firme la sentencia recurrida".

Surtidos los trámites de regla, la Sala pasa a resolver, previas las consideraciones que son pertinentes.

El artículo 123 del Código Penal dice:

"Si hubiere circunstancias agravantes y ninguna atenuante, la calificación del delito se hará en primer grado; si hubiere circunstancias atenuantes y ninguna agravante, la calificación se hará en tercer grado; y si concurrieren al mismo tiempo circunstancias atenuantes y agravantes, la calificación se hará en segundo grado".

Pero es que el caso presente no se refiere al problema de graduación del delito por confrontación de circunstancias agravantes y atenuantes.

El Tribunal acoge la tesis del Juzgado Superior del Socorro en el sentido de estimar como circunstancia agravante y única la de ser mujer la víctima del delito consumado por Wilches.

Y esta apreciación no la comparte la Corte. Porque precisamente, tratándose, como se trató, de un drama pasional, en que de acuerdo con el veredicto del Jurado, Wilches, de modo simplemente voluntario, mató a Guadalupe Santamaría, dominado por la pasión de los celos, el sexo de la víctima, lejos de constituír una circunstancia agravante, es una modalidad que se confunde con el delito mismo, tal como se apreció por el Tribunal para castigarlo al tenor del artículo 600 del Código Penal.

Así las cosas, desapareciendo la única circunstancia agravante de que habla la sentencia recurrida, y desde luego que allí se contempla la atenuante de la buena conducta anterior del procesado, hay en realidad indebida aplicación del artículo 123 del Código Penal, y de consiguiente el fallo del Tribunal debe infirmarse por la causal primera del artículo 3º de la ley 118 de 1931, invocada por el recurrente.

Toca a la Corte, pues, dictar el fallo que debe reemplazar al del Tribunal, según lo dispuesto en el artículo 4º de la ley mencionada.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, oído el parecer del señor Procurador, y administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, invalida la sentencia de doce (12) de septiembre de mil novecientos treinta y cuatro (1934), proferida por el Tribunal Superior de San Gil, por la cual se impone a Daniel Wilches la pena de nueve años de presidio, y en su lugar condena al mismo Daniel Wilches a sufrir la pena de seis (6) años de presidio, que cumplirá en la penitenciaría que el gobierno designe, computándose como parte cumplida de esta pena el tiempo que el procesado haya permanecido en detención o prisión preventiva.

Condénase, además, a Daniel Wilches a la pérdida de todo empleo público y de toda pensión, a la privación de los derechos políticos, a la pérdida, por vía de multa, a favor del Estado, del arma con que cometió el delito, y al pago de las costas procesales.

Por el juzgado de origen se dará cumplimiento al artículo 16 del decreto número 944 de 1934, para los fines de la anotación de la sentencia en lo relativo a la privación de los derechos políticos, en el censo electoral permanente del domicilio del reo.

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

Pedro Alejo Rodríguez, José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Alberto Malo B. Srio. en ppd.

HOMICIDIO PREMEDITADO CON CIRCUNSTANCIAS DE ASESINATO

No presume la ley penal que todos los homicidios premeditados sean asesinatos; lo que ella dice es que un homicidio premeditado en el cual concurren ciertas circunstancias inequívocas de la premeditación, y que además revelan la sangre fría, la preparación de un plan anterior o la sevicia, son asesinatos. No debe confundirse la apreciación de la prueba del cuerpo del delito con la modalidad como asesinato; la primera se refiere al delito mismo en su existencia, y la segunda a las circunstancias dentro de las cuales se cometió el hecho delictuoso. La cuestión referente a injusticia notoria del veredicto no puede alegarse en casación sino cuando ella fue debatida en las instancias del juicio.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, octubre dieciocho de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias)

El treinta de junio de mil novecientos treinta y cuatro, el Juez 1º Superior de Santa Marta dictó sentencia condenatoria contra José del Carmen Herrera y Ana Dolores Santana de Contreras, a quienes se seguía causa por el delito de homicidio perpetrado en la persona de Angel Contreras Sepúlveda.

De esta sentencia apelaron los encausados para ante el Tribunal Superior de Santa Marta.

Tramitada la apelación, el citado Tribunal, por sentencia de cinco de noviembre de mil novecientos treinta y cuatro, reformó la de primera instancia en cuanto a la pena impuesta a Ana Dolores Santana, confirmándola en lo demás, o sea en cuanto a la sanción penal impuesta a José del Carmen Herrera.

En oportunidad los reos interpusieron en sendos escritos recursos de casación que les fue concedido por auto de once de diciembre de mil novecientos treinta y cuatro.

Hállase concluída la tramitación del recurso interpuesto y es procedente, de consiguiente, entrar a analizar las causales invocadas por cada uno de los recurrentes, para lo cual la Corte tiene en cuenta las consideraciones que siguen:

1º—LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, en la sentencia que es materia del recurso, y que reformó, como queda dicho, la de primera instancia, procedió a verificar, de acuerdo con el artículo 163 de la ley 40 de 1907, si el juicio adolecía de nulidad, si el veredicto del Jurado era notoriamente injusto y si la ley penal había sido rectamente aplicada. Para ello hizo el análisis correspondiente de estos tres puntos, análisis que se transcribe en seguida, tanto porque él contiene una relación ajustada a los hechos materia del proceso, como porque las conclusiones a que llegó el Tribunal en su parte resolutiva son las que motivan el recurso de casación interpuesto por los reos. Reza así la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta:

"En la causa contra José del Carmen Herrera y Ana Dolores Santana de Contreras, por homicidio en la persona de Angel Contreras Sepúlveda, el Juez Primero Superior dictó la sentencia de treinta de julio del año en curso, cuya parte resolutiva dice:

'Los Jueces de conciencia, en la apreciación de pruebas, tienen una amplitud soberana por mandato legal, y como en el presente caso no se advierte que se haya cometido injusticia notoria, el Juzgado Primero Superior, conforme con lo resuelto por el Jurado, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, condena a José del Carmen Herrera a sufrir, en la cárcel que determine el Gobierno, la pena de veinte años de presidio, como lo ordena el artículo 598 del Código Penal, en armonía con el acto legislativo número 3 de 1910, artículo transitorio B, y a las subsiguientes de que habla el artículo 42 y los 85 y 86 del mismo código. Y a Ana Dolores Santana a la pena de diez y seis años, ocho meses de presidio en la cárcel que determine el Gobierno, como lo ordena el artículo 27 del Código Penal, en armonía con el 618 del mismo código, y a la subsiguientes de que hablan los artículos 85 y 86 de dicho Código Penal'.

"De la citada sentencia apelaron los reos y sus defensores, por lo cual cursa el proceso en este Tribunal, con el objeto de que aquí se cumpla con lo dispuesto por el artículo 163 de la ley 40 de 1907, a saber, para que se declare si el juicio adolece de nuli-

dad, si el veredicto del Jurado es notoriamente injusto y si la ley penal ha sido rectamente aplicada.

"Cumplida aquí la única tramitación que señala el artículo 326 de la ley 57 de 1887, o sea el traslado a las partes para que aleguen, se pasa a decidir seguidamente.

"José del Carmen Herrera tenía veintiún años, natural de Ocaña, vecino de Río de Oro y agricultor; Ana Dolores Santana tenía veintiocho años, natural y vecina del mismo Municipio, casada legítimamente con la víctima y de oficios domésticos.

"Las sumarias se iniciaron de oficio por el alcalde del expresado lugar, el siete de agosto de 1931, y perfeccionadas en lo posible, el Juez a quo halló mérito suficiente para abrir causa a los sindicados, lo que llevó a efecto en auto de siete de octubre de 1933, que fue consentido por éstos.

"Celebrado el juicio el veintiséis de julio último, el Jurado contestó afirmativamente ambos pliegos de cargos sometidos a su consideración, en relación con el autor principal, es decir, decidió que José del Carmen Herrera es responsable de haber dado muerte voluntaria y violentamente a Angel Contreras Sepúlveda, por medio de un disparo de escopeta 'cuyos proyectiles penetraron sobre el cuello y ambos maxilares, produciéndole cuatro heridas en el tendón del cuello, destrozando la vena arteria, y dos heridas más sobre el labio inferior'; ese hecho fue ejecutado con premeditación, sobreseguro y sorprendiendo a la víctima indefensa y desapercibida.

"En relación con Ana Dolores Santana, el Jurado contestó el pliego único que se le sometió a su estudio, diciendo que ella era responsable de ese hecho, como cómplice, complicidad que fue antecedente y subsiguiente y en la cual obró con premeditación.

"Como no se observa nulidad alguna en el proceso, entra el Tribunal a decidir si el veredicto es o no injusto, y siéndolo, la ley penal ha sido rectamente aplicada.

"En primer lugar, cómo se desarrollaron los hechos?

"De las diferentes pruebas que existen en el proceso, aparece: Que entre José del Carmen Herrera y Angel Contreras Sepúlveda, hacía algún tiempo que existía enemistad por diferencia en un negocio de tierras; que, según dicires, no comprobados, entre Ana Dolores Santana, esposa legítima de Contreras, y José del Carmen Herrera existían relaciones ilícitas; que éste trabajaba en un campo de Agustín Santana, padre de Ana Dolores, situado en el caserío de Soledad, comprensión de Río de Oro; que como a las cinco de la tarde del seis de agosto de 1931, después de dejar el trabajo, se dirigió Herrera a la citada casa de Agustín Santana, donde a poco rato llegó también Ana Dolores, con quien tuvo una conversación en secreto; que un poco después se presentó Angel Contreras con un saco de papas, y llamando a Ana Dolores, se encaminaron a su casa; que Herrera, cogiendo una escopeta que tenía guardada en la casa de Agustín Santana, siguió detrás de los esposos Contreras-Santana, y diez minutos después se sintió una detonación; que después de la expresada detonación, fue visto Herrera por algunos, con la escopeta en la mano, y que a poca distancia yacía muerto Contreras; que la madre de Ana Dolores, acompañada de Efraín Santana, su hijo, y de Valentín Quintero, compañero de trabajo de Herrera, presentes todos en la casa de Agustín Santana cuando sonó el disparo, presumiendo la citada señora que algo grave había pasado por la enemistad existente entre su yerno y Herrera, se dirigió a la casa de Ana Dolores, y al ver a José del Carmen Herrera que subía con la escopeta en la mano, le preguntó que si le había dado muerte a Angel Contreras, y Herrera le respondió que allí estaba, que fuera a verlo.

"Aparece, además, que después de la muerte dada a Contreras, Herrera conversó también en reserva, en la propia casa de Ana Dolores, y le dio a guardar la escopeta que llevaba; que cuando se presentó la policía enviada de Río de Oro, en la mañana del siete de agosto, hallaron a Ana Dolores Santana y a José del Carmen Herrera en una casa cercana de la propia de aquélla y en donde estaba el cadáver; que allí también estuvieron conversando, según dice la dueña de dicha casa, sin que nadie se diera cuenta de la conversación; que la policía, ignorante del autor del suceso, invitó a Herrera para que fuera a la casa donde estaba el cadáver y le ayudase a transportarlo a Río de Oro; que al llegar a la dicha casa, Agustín Santana los excitó a que amarraran a Herrera, por ser el autor del crimen, y para que le exigieran, además, la entrega de la escopeta con que se ejecutó el delito, y que si su hija Ana Dolores se negaba a la entrega, la llevaran también presa a Río de Oro; que aunque Herrera y Ana Dolores se inculpaban mutuamente la ocultación de aquella arma, en vista de una severa actitud de los agentes de la policía, se dirigieron todos a una hoyada cerca de la casa, por donde pasa una quebrada, y sacándola de entre unas piedras, Ana Dolores la entregó a la policía; que esa escopeta fue reconocida más tarde por am-

bos, como la misma que tenía Herrera guardada en casa de Agustín Santana, como la misma que tenía Herrera en la mano cuando sonó el disparo que acabó con la vida de Contreras y como la misma que Herrera dio a guardar a Ana Dolores Santana, esposa del muerto.

"Ana Dolores Santana quiso disculpar el ocultamiento de la escopeta, manifestando que era de su hermana Silvia, y con ello quería evitar su pérdida por el probable decomiso; empero, está demostrado que ya esa arma pertenecía a Herrera, porque Silvia Santana se la había dado en venta a aquél, muchos días antes. Quiso también disculparse Ana Dolores por su estada en la casa vecina de la señora Hermógenes Chinchilla, en donde también conversó con Herrera, en vez de permanecer en su propia casa con sus nueve hijos y donde permanecía aún el cadáver de su esposo, diciendo que se había ido a ocultar allí de su hermano Efraín, que la amenazaba con un cuchillo; empero, Efraín Santana niega en absoluto ese hecho.

"Como se ve, si no hay en esta causa una prueba directa de la responsabilidad de los acusados, sí existen indicios muy graves para concluír que fue José del Carmen Herrera el autor de esa muerte, en la cual cooperó la esposa legítima de la víctima, Ana Dolores Santana. Y como en estos casos es precisamente cuando el Jurado ejerce más eficazmente sus delicadas atribuciones y cuando goza de soberanía absoluta, su decisión en el caso que se estudia no peca de injusticia notoria.

"En segundo lugar, véase ahora si la pena impuesta a los reos está de acuerdo con la ley penal.

"El Juez a quo impuso a José del Carmen Herrera la pena de veinte años fijos de presidio como autor principal del delito que se estudia, y como ésa es la pena que se impone a los asesinos por el acto legislativo número 3 de 1910, artículo transitorio B, en relación con el 3º de la ley 54 de 1918, el Tribunal nada tiene que observar.

"En cuanto a la pena que le ha sido impuesta a la cómplice Ana Dolores Santana que fue la de diez y seis años ocho meses de presidio, se dice en la sentencia que dicha pena se ha señalado de acuerdo con los artículos 27 y 618 del C. Penal. El primero de estos artículos determina que los cómplices son castigados con las dos terceras partes de la pena impuesta por la ley a los autores; y el 618 establece que en los casos no previstos especialmente, el parricidio se castigará con las penas que corresponderían si se tratase de simple homicidio, aumentada en una cuarta parte más.

"Como se ve, parece que en relación con Ana Dolores Santana el Juez a quo considera que se ha cometido un parricidio, por haber cooperado a darle muerte a su legítimo esposo. Para el Tribunal, sin lugar a duda, se trata de un homicidio premeditado, con caracteres de asesinato, y Ana Dolores Santana cooperó, fue cómplice en ese hecho ejecutado por José del Carmen Herrera. Consecuencialmente, la pena que corresponde a la Santana son las dos terceras partes de la de veinte años que se impone al autor principal, o sean trece años, cuatro meses de presidio. Pero aún aceptando, en contra de la del Código, la teoría del Juez a quo, que para el Tribunal es racional, la pena de Ana Dolores Santana siempre será de trece años cuatro meses de presidio, porque siendo ella cómplice de un parricidio, y mereciendo éste también, según el artículo 115 ibídem, veinte años fijos de presidio, al cómplice le corresponden las dos terceras partes de esa pena.

"Por todo lo expuesto, el Tribunal, de acuerdo en parte con el concepto del señor Fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, reforma la sentencia apelada y condena a Ana Dolores Santana, como cómplice de asesinato en esta causa, a sufrir la pena de trece años cuatro meses de presidio, de acuerdo con el artículo 27 del C. Penal, y se confirma en todo lo demás".

2º—LAS CAUSALES DEL RECURSO DE CASACION

Ana Dolores Santana invocó la causal 1ª del artículo 3º de la ley 118 de 1931, y José del Carmen Herrera y su defensor, aunque no las puntualizan con la cita de los incisos de la ley, señalan la siguiente: 1º Ser la sentencia violatoria de la ley penal; 2º Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental porque se dictó sobre un juicio nulo; 3º Ser la sentencia violatoria de la ley, por cuanto hubo error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito; 4º Ser violatoria de la ley penal, por cuanto el veredicto está viciado de injusticia notoria; y 5º Como causa comprensiva, ser violatoria de la Constitución, ya que en el juicio no se llenaron las formalidades de la ley para condenar una persona.

La sentencia recurrida considera dos cla-

sea de responsabilidad: la referente a José del Carmen Herrera como autor principal del homicidio; y la de Ana Dolores Santana, como cómplice de ese hecho. Siguiendo este orden, que es el lógico, la Sala procede al estudio de las causales alegadas por el reo principal.

PRIMERA CAUSAL

Al interponer el recurso José del Carmen Herrera y su defensor dijeron lo siguiente: "1ª Es violatoria de la ley penal. La ley penal presume la voluntad y malicia en todos los delitos. La ley penal presume que los delitos de homicidio son premeditados; pero la ley penal no presume que todos los delitos perpetrados sean asesinatos. Al admitirse ese extremo por el Tribunal y aplicar la pena correspondiente a la ley penal, se viola la ley penal por su aplicación por exceso".

El señor Procurador en su vista conceptúa que no ha habido indebida aplicación de la ley, o lo que es lo mismo, violación de la ley penal "por su aplicación por exceso", caso que viene a quedar dentro del segundo término del inciso primero del artículo 3º de la ley 118 de 1931, y al efecto razona así: "La ley penal no presume que todos los delitos perpetrados sean asesinatos; pero esa misma ley ordena que cuando un homicidio premeditado se comete con alguna o algunas de las circunstancias que señala el artículo 586, se castigue con la pena que corresponde al asesinato".

En el caso de José del Carmen Herrera, conforme al auto de proceder, y de acuerdo con lo expuesto por el artículo 47 de la ley 169 de 1896 y por el artículo 79 de la ley 100 de 1892, el Jurado absolvió los interrogatorios propuestos, por tratarse de un delito de homicidio afirmativamente, tanto el primero como el segundo cuestionario.

Esos cuestionarios y sus correspondientes respuestas o veredictos, son del tenor siguiente:

"El acusado José del Carmen Herrera es responsable de haberle dado muerte voluntaria y violentamente a Angel Contreras Sepúlveda, por medio de un disparo de arma de fuego (escopeta) que le penetró sobre el cuello y maxilares inferior y superior, produciéndole cuatro heridas en el tendón del cuello, cuyos proyectiles no salieron, y que le interesaron la vena arteria, y dos más sobre el labio inferior que lo atravesaron, causándole la muerte al referido Angel Contreras Sepúlveda, instantáneamente; hecho que tuvo lugar el día seis de agosto de mil novecientos treinta y uno, entre las cuatro y seis de la tarde de dicho día, en el punto denominado Soledad, de la jurisdicción del municipio de Río de Oro, y en este hecho hubo premeditación de parte del acusado?"

El Jurado resolvió:

"Sí, salvando el voto dos Jurados".

Segunda cuestión:

"El acusado José del Carmen Herrera ha cometido el hecho que se menciona en la cuestión primera con asechanza previa, sobreseguro, con traición o alevosía, sorprendiendo a su víctima indefensa o desapercibida?"

El Jurado resolvió:

"Sí, salvando el voto dos Jurados".

En el segundo cuestionario se hallan puntualizadas las circunstancias relativas a asechanza, sobreseguro, alevosía, indefensión y desapercebimiento de la víctima. Estas circunstancias, una vez que el veredicto fue afirmativo, clasifican el hecho punible de que es responsable José del Carmen Herrera, conforme el primer cuestionario, en el asesinato.

Nuestro Código Penal presume que el homicidio es premeditado siempre que no se pruebe o resulte que pertenece a otra de las clases reconocidas por la ley (art. 585 del Código Penal); y según el artículo 586 de nuestro mismo Código Penal, el homicidio premeditado toma la denominación de asesinato cuando en su ejecución se revelan una o más de las nueve circunstancias determinadas en el mismo artículo, circunstancias reveladoras de la premeditación por las características propias de cada una de esas circunstancias, lo que agrava el hecho, y hace que la intensidad de la premeditación, o sea la intensidad del ánimo y malicia delictuosos, acarreen como sanción la máxima de las penas, que antes era la de muerte, según el artículo 29 de la Constitución, y que ahora, abolida la pena capital por el artículo 3º del Acto Legislativo reformatorio de la Constitución, se castiga con veinte años de presidio. (Art. 20, disposiciones transitorias del Acto Legislativo número 3 de 1910).

El artículo 597 del Código Penal, cuando regía la pena de muerte, establecía, para el asesinato, dicha pena en los casos más graves, señalando la ley como más graves (art. 597), los definidos en los ocho primeros números del artículo 586 y como menos graves el numeral 9º del mismo artículo, o sea en el caso de ocurrir el asesinato en riña provocada por el occiso, pero en la cual el homicida, aceptándola, hubiese procedido con asechanza, alevosía, traición, espionaje, o cual-

quiera otra de las circunstancias específicamente determinadas en el artículo 586 del Código Penal.

No presume la ley penal que todos los homicidios premeditados sean asesinatos, que es el fundamento de la tesis alegada en esta primera causal. Lo que la ley dice es que un homicidio premeditado en el cual concurren ciertas circunstancias inequívocas de la premeditación, y que además revelan la sangre fría, la preparación de un plan anterior o la sevicia, son asesinatos. En tal evento, no sólo se castiga la voluntad y malicia inherente a toda violación de la ley, sino también la intensidad revelada inequívocamente por actos que superan, o traspasan, por decirlo así, los medios adecuados de causar la muerte, y que se manifiestan de un modo inequívoco y claro en las circunstancias que el legislador considera como más graves en el homicidio.

De lo anterior se concluye que no es admisible la causal invocada, pues no ve la Corte que haya habido una indebida aplicación de la ley penal, y tampoco que sea la sentencia violatoria de la misma ley penal.

El veredicto del Jurado clasificó el homicidio perpetrado por Herrera en la persona de Angel Contreras Sepúlveda, entre los casos de un homicidio premeditado con características que le individualizan como asesinato; por consiguiente, la sentencia le sancionó con la pena que jurídicamente le corresponde.

SEGUNDA CAUSAL

Alégase por la segunda causal:

a) "La sentencia admitió un juicio nulo por cuanto el llamamiento a juicio de la señora Ana Dolores Santana, por complicidad, sin permitir con ello que los Jurados estudiaran su participación como autora, está contra la ley y es un error en la denominación genérica del delito, por cuanto no hay delito de complicidad de homicidio, sino delito de homicidio simplemente, aunque el grado de responsabilidad que se deduzca sea simplemente de complicidad. Hubo, pues, esa nulidad, y por ella debe casarse la sentencia".

El motivo específico alegado es el del inciso 2º del artículo 3º de la ley 118 de 1931, o sea el de la violación de la ley procedimental cuando la sentencia se ha dictado en juicio viciado de nulidad sustancial. No encuentra la Sala tal vicio de procedimiento. En efecto, en el auto de proceder la parte resolutiva abre causa criminal a José del Carmen Herrera y Ana Dolores Santana, por el delito de homicidio en la persona de Angel Contreras Sepúlveda, y aun cuando es cierto que llama al primero como autor para responder en juicio y a la segunda como cómplice, los enjuicia a ambos formulando el cargo con la denominación que da el Código Penal en el respectivo Capítulo y en el correspondiente Título, y así, cita el auto el Libro III, Título 1º, Capítulo 1º, que es el que corresponde a la denominación genérica del delito de homicidio. Otra cosa sucedería si hubiese llamado a juicio por el delito de complicidad, como lo alegan los recurrentes, delito que no existe en la clasificación legal, sino que es un modo de cooperar en el hecho delictuoso, actividad punible según el grado de su cooperación, que la ley define pero para efectos de la sanción con relación al delito en que ha habido esa cooperación.

De otro lado, como apunta el señor Procurador, "al Jurado se le formuló la respectiva pregunta en los términos de la ley, conforme al auto de proceder". Y el Jurado respondió afirmativamente. No se incurrió, pues, en equivocación relativa a la denominación genérica del delito, que sería la base de esta causal de nulidad. (Inciso 7º, art 264, ley 57 de 1887).

TERCERA CAUSAL

Fundamentan así esta causal los recurrentes:

"La sentencia es violatoria de la ley por cuanto hay error manifiesto en la apreciación de la prueba con relación al delito de asesinato. El Tribunal ha deducido que por cuanto hay indicios del delito de homicidio eso es suficiente para condenar por asesinato, todo lo cual no puede ser sino obra de falsa apreciación de las pruebas, pues no hay ni una sola que conduzca a la conclusión de que se trata de un asesinato, y todo lo contrario, tanto la Constitución Nacional como la ley penal y los principios indican que toda duda debe ser interpretada benignamente, y aquí el Tribunal a falta de pruebas, resolvió admitir que había asesinato, en donde a lo sumo podía haber, si se admiten los extremos peligrosos para mi defendido, un delito de homicidio premeditado. Alegó el Tribunal la amplitud de los Jurados para apreciar las pruebas, pero esa apreciación del Jurado debe ser sobre las pruebas y no cuando no hay pruebas. El Jurado puede apreciar pruebas; es así que no hay pruebas de ninguna especie con relación a la circunstancia de asesinato; luego el Jurado no

debe hacer apreciaciones sobre esas circunstancias, de las cuales no hay pruebas".

La causal alegada es la tercera reconocida por la ley, o sea la de haber habido error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito.

El artículo 1512 del Código de Procedimiento reza: "La existencia del cuerpo del delito es el fundamento de todo juicio criminal". Este mismo artículo define lo que se entiende por cuerpo del delito, expresando que es un hecho criminoso y punible, según la ley.

El cuerpo del delito en el caso estudiado, el de la muerte de Angel Contreras Sepúlveda, es un homicidio. Este hecho está acreditado por una serie de graves indicios, es decir, por hechos que fueron materia del debate y cuya apreciación se sometió al Jurado.

La comprobación del cuerpo del delito se produce de acuerdo con el artículo 157 de la ley 40 de 1907, con toda clase de pruebas, hasta con la prueba indicial, siempre que los indicios sean necesarios, o vehementes, que produzcan, dice la ley, el pleno convencimiento de la perpetración del hecho. La muerte de Contreras Sepúlveda está acreditada suficientemente en el proceso por el propio levantamiento del cadáver, que muestra tal muerte de modo violento y que ella es imputable a José del Carmen Herrera, porque existe una serie de indicios, analizados en la sentencia y apreciados por el Jurado, por manera que existe un homicidio.

Pero hay más: en el segundo interrogatorio, sometido a la consideración del Jurado, éste apreció que el hecho había sido ejecutado con asechanza, con traición y alevosía y estando indefensa la víctima. Esta modalidad, apreciada por el Jurado, no destruye ni significa que no existiese el delito. El confirmarlo como un delito de homicidio, el Jurado con base en las pruebas lo apreció así y apreció también, en el segundo cuestionario, con base en las mismas pruebas, que su modalidad era la de asesinato.

El señor Procurador dice al respecto:

"El Juez de la causa, los Magistrados del Tribunal y los miembros del Jurado adquirieron la convicción de que la muerte de Contreras había sido el resultado de un asesinato. ¿Por qué? Pues por esto: un hombre que tiene relaciones ilícitas con una mujer casada; que conversa con ella en secreto pocos momentos antes de llegar el esposo que es obstáculo en sus relaciones adúlteras; que sigue detrás de éste llevando una escopeta en la mano; con la circunstancia de que Contreras va cargado con un saco de papas, imposibilitado por consiguiente para la defensa y desapercibido o ignorando que lo amenazaba un peligro, y que diez minutos después de haber emprendido camino dispara el arma sobre ese esposo desventurado, podrá pensarse que tal hombre no mató a mansalva, con alevosía y sobreseguro, sino que en duelo o en acometida leal hizo desaparecer al que se interponía entre él y la mujer codiciada? Pero si esos graves indicios no bastaran para la convicción, tenemos el proveniente del testimonio de Arcadio Chinchilla, a quien el reo refirió la manera como había acabado con la vida de Contreras, testimonio que sostuvo Chinchilla en un careo. Y si a todo esto se agrega que el veredicto del Jurado sanea la deficiencia de las pruebas, tendremos que esta tercera alegación es infundada".

No debe, pues, confundirse la apreciación de la prueba del cuerpo del delito, evidente en este proceso y de la cual resulta un homicidio, con la modalidad como asesinato, cosas completamente distintas; pues la primera se refiere al delito mismo en su existencia, y la segunda a las circunstancias dentro de las cuales se cometió el hecho delictuoso, circunstancias, modalidades que también apreció el Jurado porque se le sometieron a su consideración, y sobre cuya respuesta afirmativa se basa la sentencia.

Por lo expuesto se llega a la conclusión de que tampoco la causal analizada permite casar la sentencia.

CUARTA CAUSAL

Consiste ésta en sostener que la sentencia fue dictada sobre un veredicto viciado de injusticia notoria. Es, pues, la causal 5ª de las consagradas en la ley.

Aparte de las consideraciones anteriores cabe observar que la señalada causal 5ª no puede alegarse cuando la cuestión de un veredicto viciado de injusticia notoria, sino cuando esta cuestión ha sido debatida previamente en las instancias. Materia de debate fue la injusticia notoria en la sentencia. La planteó el defensor al Tribunal en el escrito que presentó en la segunda instancia, y el Tribunal analizó el proceso a este respecto al dictar su fallo en cumplimiento al artículo 163 de la ley 40 de 1907.

Hay injusticia notoria cuando las resoluciones del Jurado son contrarias a la evidencia. (Art. 50, ley 169 de 1896).

El Jurado tiene un amplio radio para apreciar los hechos que se le someten: juzga su conciencia: lo esencial es que existan hechos comprobados.

Los indicios en esta causa son varios y graves. El Jurado puede apreciarlos, puede rechazarlos o tenerlos en cuenta para dar su veredicto, y éste no será injusto siempre que existan hechos en el proceso, o que aparezcan en los debates, si por esos hechos llega a una conclusión que no esté reñida con ellos. Está probado por varias declaraciones que Angel Contreras Sepúlveda se encaminó a su casa con un saco de papas a la espalda; que junto con él iba su mujer, Ana Dolores; que ésta conversó momentos antes en secreto con el reo; que Herrera cogió una escopeta en la casa de Agustín Santana; que siguió detrás de los esposos Contreras-Santana; que diez minutos después se oyó una detonación; que a Herrera le vieron con la escopeta en la mano y a poca distancia de donde yacía muerto Contreras; que la escopeta estuvo oculta después y que sobre esta ocultación se inculparon mutuamente Herrera y Ana Dolores; que luégo, en virtud de la actitud de la policía, se dirigieron todos a una hoyada cerca de la casa, y sacándola de entre unas piedras, Ana Dolores entrególa a la policía; que tal escopeta fue reconocida más tarde como la misma que tenía Herrera en la casa de Agustín Santana, como la misma que tenía Herrera en la mano cuando sonó el disparo y como la misma que dio Herrera a guardar a Santana. Y además, existe el testimonio, a que hace referencia el Procurador en su vista, de Arcadio Chinchilla, a quien el reo refirió la manera como había acabado con la vida de Contreras, cargo que Chinchilla sostuvo en careo. Sobre todos estos hechos se apoyó el veredicto del Jurado, y sobre otros más analizó la sentencia recurrida al confrontar este punto de la injusticia notoria.

LA VIOLACION CONSTITUCIONAL

A este respecto alegan los recurrentes que la Constitución exige que se llenen todas las formalidades de la ley para condenar a una persona; el Tribunal no las ha llenado porque, aun cuando apreció las pruebas en contra, no apreció las que favorecen al reo, lo cual es contrario a la Constitución, porque no se llena la formalidad de estudiar el pro y el contra de las cosas, y porque la Corte ha pronunciado varios fallos en los cuales admite que esa violación da lugar a que prospere la casación, por lo cual se pide que se tenga como incluída esta alegación de violación constitucional en las causales alegadas antes.

El artículo 26 de la Constitución establece la garantía del juzgamiento conforme a las leyes preexistentes al acto imputado ante Tribunal competente, y observándose la plenitud de las formas de cada juicio. Hánse cumplido todas las formalidades que la ley establece en una causa de homicidio y se han aplicado las leyes preexistentes, y por Tribunal competente. No hay razón, pues, para hacer la alegación traída. De otro lado, el principio general de la garantía constitucional informa el espíritu y la letra de la ley 118 de 1931 en cada una de las causales invocadas que señala como motivos de la casación, en busca precisamente del cumplimiento de la garantía constitucional del artículo 26, o sea del imparimiento de la justicia en cada caso.

Ana Dolores Santana fue condenada como cómplice de José del Carmen Herrera.

Esta condena la basó el Juez Superior en el veredicto del Jurado. El cuestionario correspondiente formulado de conformidad con el auto de proceder, reza así:

"La acusada Ana Dolores Santana es responsable de haber cooperado premeditadamente con José del Carmen Herrera a la ejecución de la muerte de Angel Contreras Sepúlveda, a sabiendas de que éste era su esposo, por las relaciones ilícitas que se asegura mantenía con el victimario, antes de la ejecución del delito. Complicidad que efectuó tanto antes como después de haber sido muerto el referido Angel Contreras; hecho que tuvo lugar el día seis de agosto de mil novecientos treinta y uno, entre las cuatro y seis de la tarde de ese día, en el punto denominado 'Soledad', de la jurisdicción del municipio de Río de Oro?"

El Jurado resolvió este cuestionario, por mayoría de votos, afirmativamente.

La sentencia de primera instancia sancionó este caso de complicidad con la pena de dieciséis años ocho meses de presidio, dándole aplicación al artículo 27 del Código Penal, en armonía con el 618 del mismo Código. En la segunda instancia, el Tribunal redujo esa pena a la de trece años cuatro meses de presidio, porque estimó que de acuerdo con el artículo 27 del Código Penal, le correspondían las dos terceras partes de la pena impuesta al autor principal, que es la determinada por el artículo 598, y porque, además, el artículo 615 del mismo Código Penal señala hoy día para el parricidio veinte años fijos de presidio.

El artículo aplicado al autor principal es el 598, que fija para el asesinato, en los casos más graves, veinte años de presidio. Y

como para el caso del parricidio, caso en que se encuentra Ana Dolores Santana por estar comprobado en los autos que era la mujer legítima de Angel Contreras Sepúlveda, la pena según el artículo 615 citado es de veinte años de presidio, armonizando estos dos artículos y dándole aplicación al 27 de la misma ley punitiva, el Tribunal fijó, como queda dicho, en trece años cuatro meses de presidio la pena para la cómplice.

Al interponer el recurso de casación, la mentada Santana dijo:

"Ante la honorable Corte invocaré la causal primera del artículo 3º de la ley 118 de 1931, por creer con fundamento que dicha sentencia es violatoria de la ley penal por errónea interpretación de ésta y aplicación indebida de la misma. Y esto porque yo creo que es injusto e injurídico que a un cómplice, que no ha tomado parte en la ejecución material de un homicidio, se le imputen circunstancias de asesinato. Puede serse cómplice de asesinato cuando ha habido premeditación por parte de la persona sindicada, y ésta, al mismo tiempo, ha tomado parte en la ejecución del hecho material, en cuya perpetración se han reunido una o más circunstancias de alevosía, etc. Yo creo que hay, como es mi caso, una clase de complicidad sui generis. Y es que el autor principal haya cometido un verdadero asesinato, es decir, que para la ejecución del hecho haya obrado con premeditación y mediante las circunstancias que distinguen este homicidio especial, sin que de parte del cómplice hayan mediado ninguna de esta modalidades. Cómo castigar como asesinato a un cómplice si éste no ayudó a la ejecución notarial del hecho? Yo creo que yo puedo ser cómplice de de cuyas circunstancias se es inocente? ¿Cómo, pues, imponer una pena por un hecho un homicidio, cuando mucho premeditado, si es que la premeditación es presumible, según la doctrina de nuestro código pero en ningún caso de un asesinato, porque yo no intervine en su ejecución, y no es justo que se me imputen circunstancias de las que no he sido autora. Por eso creo que la pena es indebida, que hay una mala interpretación de la ley penal, puesto que la pena debe ser la que corresponde a un homicidio voluntario, o cuando mucho, a uno premeditado, si es que se presume la premeditación, en la proporción que para estos casos señala la ley. Estas razones las alegaré ampliamente ante la Corte Suprema de Justicia, cuando sea oportuno".

Refiriéndose a este recurso, el señor Procurador dijo en su vista:

"En el auto de proceder se leen estos párrafos: 'Por todo lo que se deja dicho se ve que este homicidio fue premeditado y que en su ejecución mediaron las circunstancias de alevosía, traición y sobreseguro, sorprendiéndose descuidada, indefensa y desapercibida a la víctima. La complicidad de Ana Dolores consiste en que ella, espontáneamente y a sabiendas, cooperó, si no a la ejecución del delito en el acto de cometerse, sí proporcionó el arma con que había de asesinarse a su esposo. Sus conversaciones secretas con Herrera, antes y al día siguiente del asesinato, son también indicios graves en contra de su responsabilidad'. Una esposa que conversa en secreto con su amante, presunto matador de su marido, poco rato antes del crimen y que presencia éste sin tratar de impedirlo, sino que, al contrario, esconde el arma instrumento del delito y luégo abandona su casa y sus pequeños hijos para conversar en reserva con el que le dejó viuda, ¿es o no cómplice del asesinato? El Jurado, el Juez de conciencia, resolvió que sí, y la ley da a entender lo propio cuando ordena que los cómplices serán castigados con las dos terceras partes de la pena impuesta a los autores. El hombre asesinó materialmente, pero la intención, el dolo específico se había comunicado a la mujer, y de esta suerte ella se solidarizó con las circunstancias del delito; a sabiendas se hizo responsable del hecho con todas sus consecuencias. No se violó, pues, la ley al condenarla como cómplice del asesinato."

La causal invocada es la primera de la ley 118 de 1931.

Al estudiar la misma causal, invocada también por José del C. Herrera, vióse que el homicidio premeditado perpetrado en la persona de Angel Contreras Sepúlveda, fue un asesinato.

El punto es el de la mala aplicación de la ley por la mala interpretación de la misma ley penal.

Afirmativamente contestó el Jurado el cuestionario arriba transcrito: en el caso de Ana Dolores Santana, ese cuestionario se refiere a hechos de participación, a complicidad.

Forzosamente, la respuesta afirmativa tiene que relacionarse con la respuesta que el Jurado dio a la segunda cuestión sobre el autor principal, José del C. Herrera, respuesta que clasificó el homicidio perpetrado en Angel Contreras Sepúlveda, en asesinato, por mediar las circunstancias específicas de éste.

Resultando, de consiguiente, por el veredicto del Jurado, cómplice la Santana, no

hay mala interpretación de la ley, ya que los Jueces de hecho imputaron la responsabilidad de cómplice al acusado. Por ello le corresponden las dos terceras partes de la pena impuesta al autor, de conformidad con el artículo 27, en relación con el 598 del Código Penal.

Tampoco existe indebida aplicación de la ley.

En efecto, el artículo 593 del Código Penal denomina parricidio al homicidio cuando se comete en la persona de algún ascendiente, descendiente o cónyuge, a sabiendas de que existe el vínculo expresado. Agrega el mismo artículo: "... Al parricidio son extensivas las calificaciones de premeditado, asesinato, simplemente voluntario e involuntario, que se ha dado al homicidio común".

El artículo 615 define como casos más graves de parricidio, y los castiga con la pena de muerte, hoy sustituída por la de veinte años de presidio, por el artículo 3º del Acto Legislativo número 3 de 1910, los siguientes:

"... 1º El parricidio voluntario, el premeditado y el asesinato, cometidos en la persona de cualquier ascendiente o del cónyuge; y 2º El parricidio premeditado y el asesinato en la persona de un descendiente".

Ana Dolores Santana fue declarada cómplice de un asesinato. Así lo estableció el veredicto del Jurado. Vínculo con el muerto era el matrimonio. Era su cónyuge. Tal vínculo determina que el asesinato perpetrado en la persona de su esposo, a sabiendas, asuma la denominación de parricidio. Castígase éste como caso más grave hoy con la pena de veinte años de presidio, cuando la víctima es el cónyuge. (Art. 615). La misma pena existe para el autor principal de un asesinato, según el artículo 598 del Código Penal. Al cómplice en uno y otro caso le corresponden las dos terceras partes de esa pena; de ahí se concluye que no hay una mala interpretación de la ley al hacer referencia al artículo 615, pues si bien es cierto que José del Carmen Herrera no es reo de parricidio, sino de asesinato, jurídicamente la Santana sí es parricida, que es una modalidad enteramente vincular con la víctima, y por eso el artículo 593 del Código establece que en el parricidio puede haber las clasificaciones del homicidio común: parricidio premeditado, voluntario, involuntario y asesinato. En realidad de verdad, lo que la sentencia del Tribunal hizo al citar el artículo 615 fue referirse a las relaciones, a los vínculos de la Santana con el occiso, pero aplicó, y lo dice claramente, al caso las sanciones del asesinato para explicar por qué no era pertinente el artículo 618 del Código Penal que adujo la sentencia.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **no infirma** la sentencia recurrida.

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

Pedro Alejo Rodríguez, José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Alberto Malo B., Srio. en ppd.

CASACION POR NULIDAD DEL PROCESO CRIMINAL

El fin primordial buscado por el Derecho Procedimental al estatuir que los juicios sufran dos instancias es el de que el fallo proferido en la primera sea rectificado o verificado en la segunda mediante la confrontación, el examen y el análisis que el superior haga de los argumentos de hecho y de derecho que le han servido al inferior para proferir su fallo. Y ese objetivo de revisión no puede cumplirse si el superior entra a fallar en el fondo sin tener una providencia de la misma índole pronunciada por el inferior y sometida a su decisión. Adolece de nulidad un proceso por incompetencia del juzgador para sentenciar en segunda instancia, cuando la primera no ha concluído aún por una sentencia definitiva. En caso tal hay también usurpación de jurisdicción por la pretermisión de la instancia anterior, se viola el artículo 26 de la Constitución Nacional, que ordena observar la plenitud de las formas de cada juicio (art. 148 ley 105 de 1931), y se halla así justificada la causal segunda de casación que reconoce el artículo 3º de la ley 118 de 1931.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, veinticinco de octubre de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo)

Por auto fechado el doce de septiembre de mil novecientos treinta y cuatro, el juzgado superior de Pereira calificó de notoriamente injusto el veredicto del Jurado que declaraba responsable a Esteban Escalante del delito de homicidio voluntario en la persona de Custodia Castaño y negaba la existencia de premeditación y de circunstancias de asesinato.

Dicha providencia debía ser (como lo fue) consultada con el Tribunal, de acuerdo con la disposición del artículo 50 de la ley 169 de 1896.

El Tribunal dictó auto que lleva fecha veintinueve de noviembre de mil novecientos treinta y cuatro, en que "revoca el auto apelado y consultado, y en su lugar declara nulo lo actuado en el juicio, a partir de la diligencia de sorteo de jurado, fechada en veintitrés de agosto próximo pasado, inclusive, en adelante..."

Presentó entonces el procesado un escrito en que solicitó del Tribunal que repusiera dicha providencia y dictara el correspondiente fallo de fondo. Así lo hizo el Tribunal, y al efecto lo dictó con fecha seis de marzo del corriente año.

En este fallo, después de historiar el hecho que motivaba el proceso y de transcribir anteriores providencias dictadas por el Tribunal en el mismo proceso, expone su teoría sobre la nulidad de lo actuado, en los siguientes apartes:

"La mayoría del Tribunal, acorde con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, que se reprodujo en el auto de veintinueve de noviembre postrero, continúa sosteniendo que la diligencia de sorteo de jurados, celebrada sin la asistencia del acusado, en razón de estar éste impedido para asistir por causa de enfermedad, lleva consigo el vicio de nulidad, porque fuéra de las razones jurídicas aducidas por la Corte, hay que aplicar por analogía el artículo 370 de la ley 105 de 1931, que dispone que los términos judiciales se suspenden o no corren, entre otras causas, por enfermedad calificada de grave de algunos de los litigantes.

"Como en la diligencia de sorteo parcial que obra al folio ochenta y ocho, se dejó constancia de que Escalante no asistió porque se encontraba enfermo en el hospital, hay que convenir en que su enfermedad sí era grave y por ello el señor Juez, de oficio debió suspender los términos y señalar nuevo día para que la diligencia pudiera tener lugar con intervención del procesado, si quería asistir.

"Pero como las nulidades de procedimiento las establece la ley, especialmente para garantizar el derecho de defensa, si en un caso dado, como ocurre en este negocio, el procesado se adelanta a declarar en forma contundente, que no ha sufrido en sus derechos con la irregularidad generadora de la nulidad declarada por el Tribunal y pide que se falle en el fondo, ratificando, por decirlo así, la actuación, el juzgador debe acceder a los deseos del interesado, pues de acuerdo con sus manifestaciones, seguramente le causaría más perjuicio la reposición del procedimiento que el llevar el juicio a término, sin tomar en consideración la irregularidad.

"Por estas razones, el Tribunal repondrá el auto reclamado y en su lugar entrará a

resolver sobre la legalidad del proveído materia de la apelación y consulta".

El juez a quo había declarado notoriamente injusto el veredicto por cuanto el Jurado resolvió de modo afirmativo la cuestión referente a homicidio voluntario, y sin embargo negó las circunstancias de premeditación y de asesinato que, en concepto del juez, aparecían suficientemente probadas en autos.

Para estudiar el problema de injusticia notoria del veredicto, transcribe el Tribunal, como lo había hecho el Juez, las declaraciones más importantes sobre las circunstancias de premeditación y de asesinato imputables al procesado Escalante; y aún recalca sobre el hecho de que el Tribunal reconoció como demostradas aquellas circunstancias cuando confirmó el auto de proceder.

Pero infirma la decisión del juez sobre injusticia notoria, con el argumento de que el procesado "Escalante estaba dominado por la pasión de los celos, es decir, que no era completamente normal; desde luego no le era dado raciocinar con entera lucidez".

Y arguye, además, el Tribunal lo siguiente:

"También debió influír en el ánimo de los jueces de hecho, para inclinar a éstos a suprimir en las respuestas a los cuestionarios que se sometieron a su decisión, las modalidades de asesinato, la exposición que al tiempo de la audiencia hizo el doctor Arturo Campo Posada, en relación con el hecho de presentar Escalante síntomas de una infección sifilítica adquirida, que le ha afectado el sistema nervioso, pues que ha invadido las meníngeas encefálicas atacando las células cerebrales, lo que coloca al paciente en la condición de un sobreexcitado y de inferioridad mental, que es peligroso porque puede producir en un momento dado manifestaciones violentas y que además llegará a la parálisis si no se le somete a tratamiento adecuado, no obstante que en la actualidad es relativamente normal.

"Cree el Tribunal que el diagnóstico del distinguido profesional pudo influír en la determinación de los señores jueces, porque es manifiesto que si Escalante está afectado por algunas taras nerviosas, no debe colocársele en el mismo pie de igualdad a los verdaderamente normales".

Y de este análisis concluye que "los jurados sí tuvieron fundamento para descartar las nulidades de asesinato, en el homicidio que se le dedujo a Esteban Escalante en el auto de proceder, y en cambio, estima que la negativa de esas condiciones no es injusta y que debe aceptarse por el juzgador de derecho pronunciando el fallo en armonía con ellas".

Pero el Tribunal, en vez de limitarse a revocar o "reponer" el auto del Juez, y de ordenar la devolución del expediente para que aquél dictara la sentencia, resolvió:

1º—Reponer el auto del propio Tribunal que declaraba nulo lo actuado;

2º Revocar el auto del juez que declaraba notoriamente injusto el veredicto del Jurado;

3º—Condenar al procesado Escalante como responsable del delito de homicidio voluntario, calificándolo en segundo grado. Es de advertir que como en autos obraba el antecedente de haber sido condenado Escalante, en 1923 y 1924, a la pena de dos años y tres días de presidio por los delitos de falsedad y estafa, el Tribunal hizo los cómputos y apreciaciones del caso y, en consecuencia, impuso a Escalante la pena de catorce años y medio de presidio.

Resumiendo: en este proceso dictó el Tribunal de Pereira sentencia condenatoria sin que se hubiese dictado sentencia de primera instancia.

El fin primordial buscado por el Derecho Procedimental al estatuír que los juicios sufran dos instancias es el de que el fallo proferido en la primera sea rectificado o verificado en la segunda mediante la confrontación, el examen y el análisis que el superior haga de los argumentos de hecho y de derecho que le han servido al inferior para proferir su fallo. Y ese objetivo de revisión no puede cumplirse si el superior entra a fallar en el fondo sin tener una providencia de la misma índole pronunciada por el inferior y sometida a su decisión.

Para el procedimiento penal dice enfáticamente la ley (art. 1725 del C. J.) que "en la segunda instancia la sentencia se pronunciará con arreglo a lo que se dispone en el capítulo precedente, debiendo el Tribunal Superior resolver sobre todos los puntos que contenga la de primera instancia..."

Y mal podría cumplirse este precepto legal que ordena al Superior resolver sobre todos los puntos que contenga la sentencia de primera instancia cuando no existe tal sentencia.

Además: el artículo 163 de la ley 40 de 1907 dispone:

"Las sentencias definitivas de los jueces superiores de Distrito Judicial se consultarán con el Tribunal Superior respectivo para que éste declare si el juicio adolece de nulidad, si el veredicto del Jurado es noto-

riamente injusto y si la ley penal ha sido rectamente aplicada".

En este proceso, el Tribunal sentenciador, al prescindir de la "sentencia definitiva" que debía dictar el Juez, eliminó uno de los fines primordiales de la segunda instancia: el de resolver "si la ley penal ha sido rectamente aplicada", puesto que el Juez no alcanzó a aplicar la ley penal.

A propósito de un simple trámite, de la consulta de un auto interlocutorio, se apresuró el Tribunal a dictar sentencia.

Y resalta la anomalía del caso por cuanto no sólo iba en consulta al Tribunal el auto del Juez que declaraba injusto el veredicto del Jurado.

Ese auto fue, además, apelado por el defensor, y el juzgador le había otorgado el recurso de apelación.

En cuanto conoció por apelación, el Tribunal tenía que limitarse a estudiar y fallar sobre lo que era materia de la apelación: esto es un principio general de procedimiento.

Y en cuanto conocía por consulta, también tenía que ceñirse el Tribunal a resolver en uno u otro sentido, pero a resolver nada más que la consulta.

El artículo 3º de la ley 118 de 1931 dice:

"Son causales para interponer el recurso de casación en materia penal las siguientes:

"2ª—Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por cuanto se haya dictado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial según la ley".

El artículo 264 de la ley 57 de 1887 dice:

"Produce nulidad en los juicios criminales:

"1º—La incompetencia del Juez, si la jurisdicción fuere improrrogable".

En el proceso contra Esteban Escalante ni el juez **a quo** había **perdido la** jurisdicción para sentenciar, ni el juez **ad quem** la había adquirido aún para lo mismo, pues apenas la tenía para resolver sobre el auto que declaró notoriamente injusto el veredicto del jurado.

La del juez a **quo** estaba apenas **suspendida** por la apelación y la consulta que debían surtirse ante el Tribunal (ordinal 1º del art. 147, ley 105 de 1931); de modo que éste carecía de competencia legal para dictar la sentencia por no haber llegado todavía la oportunidad de ejercer esa facultad.

Luego este proceso adolece de nulidad por incompetencia del juzgador (el Tribunal) para sentenciar en segunda instancia cuando la primera instancia no había concluído por una "sentencia definitiva", esto es, que le hubiese puesto fin.

El artículo 148 de la precitada ley 105 de 1931 dice:

"Los superiores también usurpan jurisdicción cuando proceden pretermitiendo las instancias anteriores".

El defensor, al interponer el recurso de casación, por memorial que obra a folio 135 del cuaderno principal, dice:

"Fundo el recurso en los artículos 1º de la ley 78 de 1923, 3º de la ley 118 de 1931, 5º de esta misma ley..."

Es verdad que ante la Corte no se ha producido alegato especial de casación para explicar cada una de las causales en que se funde el recurso; pero en el presente caso se trata de un proceso en que no se ha observado la plenitud de las formas propias del juicio (como lo manda el art. 26 de la Constitución Nacional), puesto que falta nada menos que la sentencia de primera instancia; y la Corte, basándose en la invocación tácita de todas las causales de casación hecha por el recurrente, ha estudiado en el fondo este recurso y entra a decidir sobre él.

Como al invalidar el fallo recurrido se devolverá el expediente "para que se reponga el procedimiento" (ley 118 de 1931, art. 4º, inciso segundo), quedarán insubsistentes las tres decisiones que constituyen la parte resolutiva del mismo; y como el Tribunal sentenciador devolverá, cuando sea oportuno, este proceso al juzgado, al llegar el evento de dictar la sentencia de primera instancia podrá el juez estudiar y decidir si el proceso adolece de nulidad, como también podrá hacerlo el Tribunal llegado el caso, y si estimare que aquello sea legal y pertinente.

En virtud de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema, por medio de su Sala de casación en lo Criminal, oído el parecer del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa el fallo materia de este recurso, o sea la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Pereira, con fecha seis de marzo del corriente año, y ordena devolver el expediente a dicho Tribunal para que se reponga el procedimiento en el sentido de limitar la decisión que debe proferir dicho Tribunal, al punto que es materia de la consulta y de la apelación, resueltas las cuales, el Tribunal debe remitir de nuevo el expediente al juez de primera instancia para lo que sea de su incumbencia.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

Pedro Alejo Rodríguez, José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Alberto Malo Baños. Srio. en ppd.

DELITOS MILITARES

El segundo cuestionario a que se refiere el artículo 91 de la ley 84 de 1931, sobre justicia militar, sólo puede proponerse en aquellos delitos militares que, conforme al artículo 10 de la misma ley, merezcan la pena máxima de veinte años de presidio. Abolida la pena de muerte y sustituída por la de veinte años de presidio por el Acto Legislativo Nº 3 de 1910, los casos definidos como más graves a los cuales les es aplicable la pena máxima existente hoy día, no pueden ser otros que los contemplados como más graves por el Código de Justicia Militar, y éstos son los que se cometen en campaña, es decir, en movimientos militares por guerra internacional o conmoción interna. En tiempo de paz, solamente cuando se trate del delito de traición a la Patria ejecutado por un militar en servicio, el espionaje y la piratería deben tener carácter de más graves, porque la Constitución, en su artículo 29, enumera esos delitos y el Código Militar los considera como más graves.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, diciembre doce de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias)

El Consejo de Guerra ordinario reunido en Pamplona el 21 de marzo del corriente año, condenó al soldado Ramón Rodríguez, perteneciente al Batallón de "Infatería Nº 15 García Rovira" a la pena de 16 meses de prisión militar y a la pena accesoria de la separación del servicio, como responsable del delito de deserción que castiga el Capítulo 3º, Título 6º, Libro 3º de la ley 84 de 1931.

Por consulta corresponde a la Corte revisar el referido fallo y procede a ello, cumplida como está la tramitación legal.

La Corte observa que en el auto de proceder (folio 20) se llama a juicio al soldado Ramón Rodríguez por el delito de deserción, de que trata la ley 84 de 1931 en su Capítulo 3º, Título 6º, Libro III, y en el segundo de los dos cuestionarios que somete el Presidente del Consejo de Guerra a los respectivos Vocales (folio 29), hace las siguientes preguntas:

"El acusado Ramón Rodríguez Cruz ha cometido los hechos a que se refiere la pregunta anterior, con las siguientes circunstancias:

Primera.—Hallándose el delincuente en comisión de Orden Público.

Segunda.—Hallándose la región donde actuaba el delincuente en circunstancias especialmente graves de intranquilidad pública; y

Tercero.—Ejecutando los mencionados hechos de concierto con otros militares?"

Se observa que conforme al parágrafo del artículo 91 de la ley de Justicia Militar vigente, el segundo cuestionario de que habla ese inciso, sólo se propone cuando el juicio verse sobre alguno de los delitos de que trata el artículo 29 de la Constitución.

Este artículo permitía al Legislador imponer la pena de muerte en los casos que se definiesen como más graves, y para los siguientes delitos: traición a la Patria en guerra extranjera, parricidio, asesinato, asalto en cuadrilla de malhechores, piratería y ciertos delitos militares definidos en las leyes del Ejército.

El artículo 3º del Acto Legislativo Nº 3 de 1910, imperativamente prohibió la pena capital. Dijo la reforma de 1910: "El Legislador no podrá imponer la pena capital en ningún caso".

Suprimida la pena de muerte de la Legislación Nacional, el Constituyente de 1910 la sustituyó con la pena fija de 20 años de presidio. Así lo establece el artículo B de las disposiciones transitorias del Acto Legislativo Nº 3 de ese año, que reza: "Artículo B:—Los delitos castigados con pena de muerte en el Código Penal lo serán en adelante con veinte años de presidio, mientras la ley no disponga otra cosa".

El artículo primitivo de la Constitución de 1886 establecía, pues, como pena máxima y aplicable para los casos más graves de los seis delitos comunes que allí se enumeran y de ciertos delitos definidos por las leyes del Ejército, la pena capital. La pena máxima es hoy día la de veinte años de presidio. Como la sustitución de una pena por otra dejó vigente lo demás del artículo 29, en recta

hermenéutica debe entenderse, y por lo mismo aplicarse hoy día como pena máxima la de veinte años de presidio.

De lo expuesto se deduce, por simple interpretación legislativa (art. 25 del C. Civil), ya que el parágrafo del artículo 91 de la ley 84 de 1931 hace referencia al artículo 29 de la Constitución, que el cuestionario a que se refiere ese artículo sólo puede proponerse en aquellos delitos militares que conforme al artículo 10 de la misma Ley de Justicia Militar merezcan la pena máxima, hoy día de veinte años de presidio, que es la equivalente de la pena de muerte.

El Libro III de la Ley de Justicia Militar enumera los delitos militares. La traición a la Patria en guerra extranjera, las modalidades de este delito contempladas igualmente en el Libro II del Código Penal, y las que contempla el de Justicia Militar, en su artículo 149 y siguientes, como el espionaje, son delitos de gravedad máxima; y lo mismo acontece con la piratería, delito a que hace referencia el artículo 164 de la misma Ley militar.

La característica de estos hechos delictuosos que afectan la existencia misma de la soberanía que, como lo dice el Título II de la Ley Militar, van contra la soberanía y la seguridad exterior del Estado, son sin duda de los casos más graves entre los contemplados en el artículo 29 de la Constitución, como atentatorios de la soberanía.

Lo propio acontece en los delitos contra la seguridad interior del Estado cometidos por militares y que corresponden al Capítulo III, Título I del Libro II del Código Penal, o sea al de rebelión, ya porque ésta se dirija para derrocar al Gobierno existente o cambiar la Constitución por vías de hecho o ya porque se atente para confundir o cambiar sustancialmente la organización de los Poderes Públicos del país.

En este caso se ha atentado contra la seguridad interna de la República. El delito militar que se cometa entonces, entre los ciertos delitos militares definidos por las leyes del Ejército de que habla el artículo 29 de la Constitución.

Y caben también dentro de esos ciertos delitos militares la sedición, la insubordinación y desobediencia militar, que específicamente no pueden cometerse sino por fuerzas activas del Ejército regular, delitos que están comprendidos en el Título IV del Código de Justicia Militar.

El Título V del mismo Código se refiere a delitos en el servicio militar, y el Título VI a delitos contra el servicio militar.

Los delitos militares de los Títulos II, III y IV implican una acción directa contra la seguridad exterior e interior de la República, un acto positivo contra la soberanía del Estado o de rebeldía contra su Constitución y seguridad interna, y son claramente contrarios a la existencia del Estado y al espíritu y a la letra del artículo 165 de la Constitución Nacional, que establece una obligación indeclinable para todos los colombianos, cual es la de defender la independencia nacional y las instituciones patrias. Y esa obligación si se quiere es más específica para la institución armada, porque el Ejército permanente lo establece la Constitución, en su artículo 116, para la defensa de la nación, lo que en desarrollo de este principio genera el delito militar específico cuando se falta a ese deber para los que están bajo banderas.

Los Títulos V y VI del Código de Justicia Militar hacen referencia no ya a actos positivos sino a actos negativos u omisiones en el servicio militar y son delitos de esa clase porque con ellos se falta al deber militar.

No es, pues, en todos los Consejos de Guerra en que se juzguen delitos militares cuando cabe formular el segundo cuestionario de que habla el artículo 91. Es en ciertos delitos militares.

¿Cuáles son esos ciertos delitos militares a que hace referencia el mismo artículo 91 al referirse, a su turno, al artículo 29 de la Constitución?

El Capítulo VII del Libro II del Código sobre la materia vigente, en su artículo 104, aclara la cuestión. En efecto, el citado artículo, refiriéndose al Consejo de Guerra verbal, dice: "Los delitos de traición, sedición, insubordinación, incendio, pillaje, cobardía y otros de mayor o menor gravedad podrán juzgarse en campaña por Consejos de Guerra verbales, siempre que a juicio del alto comando o Jefe Superior sea preciso tal procedimiento para contener los excesos de las tropas o para restablecer prontamente el orden público o corregir la moral del Ejército con medios extraordinarios de energía". La expresión en campaña que usa el artículo indica la existencia de guerra exterior o de conmoción interior. Por manera que de ahí se deduce que el segundo cuestionario sólo puede proponerse cuando exista el estado de guerra. Y la conclusión es lógica, puesto que la traición, la cobardía y la sedición militar sólo se conciben en estos estados.

Pero puede acontecer que también en estado de paz ocurra el espionaje, que es una modalidad de traición a la Patria, y en-

tonces cabe proponer al Consejo de Guerra el segundo cuestionario. Interpretación que tampoco está reñida con el espíritu del Código Militar, por estar específicamente contemplado el caso de la traición en el artículo 29 de la Constitución.

Empero, además de los delitos específicamente enumerados en el artículo 104 del Código de Justicia Militar, éste artículo habla de otros de igual o mayor gravedad que serán juzgados por Consejos de Guerra verbales, y en campaña, o para restablecer prontamente el orden público o corregir la moral del Ejército con medios extraordinarios de energía. Tal enumeración y el uso de la expresión otros de mayor o igual gravedad (los delitos), indican claramente que los delitos cometidos en servicio o contra el servicio, a que se refieren los Títulos V y VI del Código Militar, también son de ésa o igual gravedad cuando se cometen por individuos de la fuerza armada en guerra internacional o en guerra civil, y que por lo tanto en los Consejos de Guerra que se sigan, sean verbales, generales u ordinarios, debe someterse el segundo cuestionario.

Corrobora esta interpretación lo dispuesto en los respectivos Títulos V y VI, en los artículos correspondientes, como el 191, 192, 193, y como la parte final del artículo 209, que impone las penas máximas en los delitos en el servicio y contra el servicio, en caso de guerra internacional o guerra civil y que señala otras para el mismo delito en tiempo de paz, como acontece con el artículo 194 y con el mismo 209 en su parte final.

Y da mayor claridad a este concepto lo dispuesto en el artículo 1522 del antiguo Código de Justicia Militar (ley 35 de 1881), que contempla estos casos por el mismo aspecto, es decir, como más graves.

Resumiendo lo anterior, tiénese:

a) Que la disposición constitucional del artículo 29 permitía aplicar la pena capital en los casos definidos como los más graves en los delitos de traición a la Patria, parricidio, asesinato, incendio, asalto en cuadrilla de malhechores, piratería y ciertos delitos militares (es decir, algunos de los delitos militares) definidos por las leyes del Ejército;

b) Que, abolida la pena de muerte y sustituída por la de veinte años de presidio por el Acto Legislativo Nº 3 de 1910, los casos definidos como más graves a los cuales les es aplicable la pena máxima existente hoy día, no pueden ser otros que los contemplados como más graves por el Código de Justicia Militar;

c) Que éstos son los que se cometen en campaña, es decir, en movimientos militares por guerra internacional o conmoción interna;

d) Que por lo tanto, el segundo cuestionario de que habla el parágrafo del artículo 91 se propondrá cuando se juzgue esa clase de delitos militares, ora en Consejos verbales, ora en Consejos ordinarios o en Consejos de Guerra Superiores; y

e) Que en tiempo de paz, sólo cuando se trata del delito de traición a la Patria ejecutado por un militar en servicio, el espionaje y la piratería deben tener carácter de más graves, porque la Constitución, en su artículo 29, enumera estos dos delitos, y el Código Militar los considera como más graves.

El artículo 92 del Código de Justicia Militar, que es una regla genérica sobre la proposición de varios cuestionarios a los Consejos de Guerra cuando hay varios cargos o son varios los enjuiciados, preceptúa que "las circunstancias agravantes o atenuantes se tendrán en cuenta en la sentencia, y servirán para graduar la pena conforme a las reglas del Código Penal".

Esta disposición indica, pues, que en la sentencia se apreciarán las circunstancias agravantes o atenuantes. Se tendrán en cuenta, dice la ley, en la sentencia, es decir, que es el Juez, o sea el Presidente del Consejo de Guerra o el Vocal a quien éste comisione, ayudado por el Auditor, quienes apreciarán esas circunstancias para graduar la pena: para ello tiene, además de la vista del Fiscal, en la que se especificarán, conforme lo determina el artículo 29, todas las circunstancias que puedan aumentar o disminuír la pena, según lo actuado y pasado en las audiencias.

La disposición comentada y concordada con los artículos de la actuación en los Consejos de Guerra en general está demostrando que sólo cuando se trata de los delitos militares considerados como más graves; y ya se vio cuáles son éstos, debe proponerse el segundo cuestionario a que se refiere el parágrafo del artículo 91, conforme al espíritu del artículo 29 de la Constitución y a la índole del Código de Justicia Militar.

Es, pues, irregular el procedimiento empleado por el Presidente del Consejo de Guerra de Pamplona. Mas como tal irregularidad no está sancionada en la ley de Justicia Militar como una causal de nulidad, como sí ocurre en el procedimiento ordinario, se limita la Sala a anotarlo, como lo ha expuesto en este fallo, con el fin de ayudar a una

recta interpretación de las disposiciones constitucionales y legales.

Como la jurisdicción de la Corte está circunscrita a lo preceptuado por los artículos 111 y 112 de la ley 84 de 1931, y como además, en la tramitación de la causa no se observa causal alguna de nulidad, y la pena aplicada es la que corresponde al delito de deserción, lo procedente, para la Corte, es confirmar la sentencia consultada.

En consecuencia, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **confirma** la sentencia objeto de la consulta.

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

Pedro Alejo Rodríguez, José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias. Alberto Malo B., Srio. en ppd.

HOMICIDIO FRUSTRADO

Tentativa y delito frustrado.—En el derecho clásico los actos delictuosos van en la gama de la exteriorización desde la tentativa hasta el delito perfecto. Uniendo estas zonas en que confluyen el ánimo y la acción, se determina la combinación de estos elementos en la siguiente síntesis: "Qui cogitat et agit, sed non perficit". En el delito frustrado el agente obra hasta realizar todos los actos materiales de la ejecución; lo que acontece es que los efectos fallan por la interposición de cualquier elemento fortuito. Piensa y obra el agente de manera perfecta, pero no consigue lo deseado. Sucede en ello lo que acontece con la fuerza de gravedad que no deja de atraerlos aunque éstos se detengan en un punto de su caída porque se interponga otra fuerza distinta. La escuela penal positiva, con Ferri a la cabeza, considera que si tanto la tentativa como el delito frustrado constituyen en la ciencia penal un perfeccionamiento notable en la anatomía jurídica del delito, la distinción entre ellas es tan sutil que es difícil captarla en los fallos ocasionando equivocaciones lamentables en esta figura criminosa. En el Código Penal colombiano sí existe esa diferenciación, que corresponde hacerla a jueces y magistrados para la aplicación de la ley. Habiendo ausencia del hecho delictuoso respecto del autor principal, no puede haber delincuencia en los cómplices. A un extranjero no se le puede aplicar la pena de privación de los derechos políticos ni la de inhabilitación para ejercer cargos públicos, pero sí la del artículo 85 del Código Penal sobre decomiso del arma con que cometió el delito, la condenación en costas y el resarcimiento de daños y perjuicios resultantes de su comisión.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, diciembre dieciocho de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias)

El diez y seis de julio de mil novecientos treinta y cuatro, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, por vía de apelación, revisó la sentencia de primer grado proferida por el Juez Superior de Barranquilla el diez de abril del mismo año.

La sentencia del Tribunal de Barranquilla reformó la del Juez a quo. Y por ello condenó, calificando en segundo grado la delincuencia, y aplicando para Saad Dlaikan el artículo 71 del Código Penal, y como responsable de varios cargos, a la pena de veinticinco años de presidio; y a Elías Cure, Jacobo Nicolás y Teófilo David, como cómplices de Dlaikan en algunos de los cargos por los cuales fue llamado a juicio, y con aplicación del artículo 27 del Código Penal por esta su participación en ellos, a la pena principal de seis años, seis meses de presidio.

Los varios delitos por los cuales condenó el Juez Superior de Barranquilla a Saad Dlaikan y sus compañeros aparecen en dos procesos.

El primero de esos procesos es contra Saad Dlaikan únicamente. Su causa criminal se abrió por auto de primero de septiembre de mil novecientos treinta y uno en el Juzgado Superior de Barranquilla. Llamósele a juicio entonces, con intervención del Jurado, por uno de los delitos de homicidio que define y castiga el Capítulo I, del Título I. del Libro III del Código Penal.

El Tribunal Superior de Barranquilla, en providencia de diez y siete de marzo de mil novecientos treinta y dos, reformó este auto de proceder, y llamó a juicio a Saad Dlaikan por el delito de homicidio frustrado que define y castiga el Capítulo I, del Título I del Código Penal. Y además de este cargo llamóle también a juicio por uno de los delitos de robo de que habla el Capítulo I, del Título III, del Libro III del Código antes citado. Todo ello con intervención del Jurado.

Por manera que en este proceso, y conforme al auto de proceder, se imputaron a Saad Dlaikan dos cargos: el de homicidio frustrado y el de robo.

El segundo de los procesos de que se viene hablando es contra Saad Dlaikan también, y contra Elías Cure, Jacobo Nicolás y Teófilo David. Su causa criminal se abrió por auto de once de julio de mil novecientos treinta y dos, proferido por el Juez Superior de Barranquilla, llamándoseles a responder en juicio, con intervención del Jurado, por uno de los delitos de homicidio que define y castiga el Capítulo I, del Título I, del Libro III del Código Penal, y por uno de los delitos de robo de que trata el Capítulo I, del Título III del Libro III del mencionado Código.

Por auto de diez y siete de noviembre de mil novecientos treinta y dos, el Tribunal

Superior de Barranquilla, como consecuencia de apelación interpuesta contra el auto del juez a quo, reformó tal providencia llamando a juicio a Saad Dlaikan, Elías Cure, Jacobo Nicolás y Teófilo David, por tentativa de homicidio, y confirmó en lo demás el llamamiento a juicio.

De consiguiente, en este proceso, y de conformidad con el llamamiento a juicio, se concretaron a los acusados dos cargos: el de tentativa de homicidio para todos, y el de tentativa de robo para Dlaikan.

Y como ambos procesos se tramitaban ante el Juzgado Superior de Barranquilla, el veintisiete de marzo de mil novecientos treinta y tres se decretó su acumulación, de acuerdo con el artículo 1748 citado, invocado por el Juez, ya que Saad Dlaikan figuraba como sindicado en ambos procesos, por varios cargos, sino también pertinente y forzosa, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 23 de la ley 104 de 1922, ya que se trataba de delitos conexos en el segundo proceso, en el cual figuran Saad Dlaikan, el mismo sindicado del primer proceso, y Elías Cure, Jacobo Nicolás y Teófilo David.

Surtiéndose los efectos legales de la acumulación, y siendo por ello de la competencia del Juez Superior de Barranquilla el conocimiento de ambos procesos, con sus varios cargos, según lo estatuyen el artículo 23 de la ley 104 de 1922, el 1,505 del Código de Procedimiento Penal y la regla general de jurisdicción, contenida en el artículo 102 del Código Judicial, el juicio continuó su curso regular hasta culminar con la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla, de diez y seis de julio de mil novecientos treinta y cuatro que falló sobre todos los cargos y contra todos los procesados en la forma que allí se dispone.

Notificóse esta sentencia en los días diez y siete a veintitrés de julio, en sendos actos, a los defensores de Elías Cure, Jacobo Nicolás y Teófilo David, quienes gozaban en aquella época del beneficio de excarcelación con fianza, y personalmente a Saad Dlaikan.

En tiempo oportuno, por memoriales de 18 y 25 de julio, Saad Dlaikan interpuso recurso de casación. El Tribunal concedióselo el 14 de agosto de 1934, en atención a que lo formuló dentro del término señalado por el artículo 5º de la ley 118 de 1931, y a que el recurso de casación interpuesto se refiere a sentencia definitiva condenatoria de más de seis años de presidio (art. 1º, ley 78 de 1923).

El ocho de septiembre de mil novecientos treinta y cuatro comenzó la tramitación del recurso ante la Corte. El recurrente, por memorial de 10 de octubre, constituyó apoderado que fue reconocido por auto de diecinueve de octubre.

Siguió la tramitación su curso. El trece de noviembre de mil novecientos treinta y cuatro, el apoderado de Saad Dlaikan, oportunamente presentó el alegato de casación de que habla la ley 118 de 1931 en su artículo 6º, y allegó en él varios datos, y fundamentó el recurso en los numerales 1º y 3º de la ley 78 de 1923, ya derogados. Pero el señor Procurador General de la Nación rindió su vista de fondo el 11 de diciembre de 1934, y en ella, de acuerdo con el artículo 6º de la ley 118 de 1931, amplió el recurso interpuesto alegando como causal la 8ª del artículo 3º de la ley 118 de 1931, que es la vigente reguladora de las causales alegables en la casación penal.

Después de varios señalamientos para audiencia pública, verificóse ésta el 27 de mayo de 1935 ante la Sala de lo Criminal de la Corte, integrada entonces por los Magistrados Pedro Alejo Rodríguez, José Domingo Rojas y Francisco de Paula Santander.

El abogado del recurrente Dlaikan, doctor Gaitán, concluyó su alegato oral pidiendo se casase el fallo recurrido en sentido absolutorio para su poderdante; y, subsidiariamente en forma de una atenuación limitada únicamente al delito de heridas en el caso del señor Muvdi, fundándose para ello en la incapacidad de pocos días que tales heridas produjeron, según aparece de los reconocimientos médicos que obran en el expediente.

Agotada como está la tramitación del recurso, se pasa a decidir de él, previas las consideraciones que en seguida se expresan:

La sentencia definitiva recurrida en casación es la de diez y seis de julio de mil novecientos treinta y cuatro, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla.

Como se deja anotado, esa sentencia cobijó dos juicios acumulados, cada uno de los cuales versa sobre varios delitos, en cuya comisión intervino el recurrente Saad Dlaikan, en algunos de ellos singularmente y en los otros acompañado por Elías Cure, Jacobo Nicolás y Teófilo David, siendo de advertir que estos últimos no interpusieron el recurso de casación.

Calificando en segundo grado la delincuencia de Saad Dlaikan y aplicándole el artículo 71 del Código Penal, limitativo de la

duración de las penas corporales en delitos calificados en una misma sentencia, la recurrida impuso al citado Dlaikan como responsable de varios cargos, la pena de veinticinco años de presidio; y a Elías Cure, Jacobo Nicolás y Teófilo David, como cómplices de Dlaikan en algunos de los delitos en que se le deduce su responsabilidad, la sanción, para cada uno de ellos, de seis años, seis meses de presidio, fuera de las penas accesorias que conlleva la principal impuesta a todos.

Recayendo la sentencia sobre juicios acumulados en cada uno de los cuales se debatieron varios cargos, pertinente es sintetizar el proceso de cada uno de esos juicios.

PRIMER PROCESO:

En la ciudad de Barranquilla, el comerciante sirio Elías Muvdi, hombre acaudalado, recibió una herida causada con arma de fuego, hecho que ocurrió en su propio almacén el día 15 de diciembre de 1930. Fue el agresor Saad Dlaikan, contra quien se adelantó investigación, en la inspección municipal de dicha ciudad, por el delito de heridas. Los médicos legistas que reconocieron al ofendido le fijaron primeramente 8 días de incapacidad, y en reconocimientos posteriores le señalaron definitivamente 45 días como término de esa incapacidad.

El ofendido Muvdi se constituyó acusador particular del sindicado Dlaikan. Pasó luégo el sumario al Juzgado 3º del Circuito, de donde se envió, por considerarse el hecho un homicidio frustrado, al Juzgado Superior.

Concluída la investigación, el Juez Superior de Barranquilla dictó auto de proceder, el primero de septiembre de mil novecientos treinta y uno, llamando a responder a Saad Dlaikan, en juicio criminal, con intervención del Jurado, por uno de los delitos de homicidio que define y castiga el Código Penal.

El defensor del procesado interpuso recurso de apelación, y el Tribunal Superior de Barranquilla, en auto de diez y seis de diciembre de mil novecientos treinta y dos, reformó el de primera instancia en este sentido:

"1º—Llamar a juicio, como en efecto llama, al señor Saad Dlaikan para que, con intervención del Jurado, responda en juicio por un delito de homicidio frustrado de los que define y castiga el Capítulo 1º, Título 1º, Libro 3º del C. Penal; y

2º—Llamar a juicio, como en efecto llama, al señor Saad Dlaikan para que con intervención del Jurado responda por la tentativa de uno de los delitos que define y castiga el C. Penal en su Capítulo I, Título III, Libro III. Redúzcase nuevamente a prisión y cancélese la respectiva fianza".

SEGUNDO PROCESO:

Un año después, el diez y siete de diciembre de mil novecientos treinta y uno, en la Alcaldía Municipal de Sabanalarga, se levantó otro sumario contra el mismo Dlaikan y tres individuos más, también por los delitos de homicidio y robo. El hecho inicial que motivó la investigación fue el siguiente:

En el patio de la casa de Demetri Cure se encontraba éste con seis individuos más, en la noche del 16 de noviembre de 1931, cuando por una pared trasera apareció un hombre acompañado de otros tres y disparó contra el grupo, con arma de fuego, dos o tres veces, después de proferir expresiones injuriosas. Cure y sus compañeros se armaron a su vez e hicieron disparos, y los agresores huyeron. Cure y sus acompañantes afirman que conocieron entre los agresores o atacantes a Saad Dlaikan y a quienes con éste estaban. En el lugar de los acontecimientos encontróse al día siguiente un pequeño puñal y rastros o huellas de personas que habían andado por allí. Uno de los declarantes —Alejandro Julio— enemigo personal de Dlaikan, aseguró que éste en días anteriores le había manifestado que había escrito una carta a Demetrio Cure, diciéndole que le enviara la suma de mil pesos, y que de no hacerlo lo mataría.

Adelantóse la información que pasó luégo al estudio del Juez de Circuito de Sabanalarga para conocer sobre un incidente de excarcelación de uno de los sindicados, conceptuándose, entonces por el Juez que el asunto era del conocimiento de la Policía, y ordenando mantener en suspenso la investigación, por tratarse de un delito de amenazas hechas a un particular, pues se colige por la copia de lo resuelto por el Juez, y de que se viene hablando, que se trataba de la carta de los mil pesos dirigida a Demetrio Cure.

En la Alcaldía de Sabanalarga continuó la investigación, enviada luégo al Juzgado Superior de Barranquilla, donde, agotada, se decidió del mérito del informativo por auto de once de julio de mil novecientos treinta y dos, cuya parte resolutiva dice:

"1º—Abrase causa criminal contra Saad Dlaikan, para que responda en juicio, con intervención del Jurado, por uno de los de-

litos de homicidio que define y castiga el Capítulo I del Título I del Libro III del Código Penal.

2º—Abrese, asimismo, causa criminal contra el expresado Saad Dlaikan para que responda en juicio, con intervención del Jurado, por uno de los delitos de robo de que trata el Capítulo I del Título III del Libro III del Código Penal.

3º—Abrese causa criminal contra Elías Cure, Jacobo Nicolás y Teófilo David, para que respondan en juicio, con intervención del Jurado, por uno de los delitos de homicidio que define y castiga el Capítulo I del Título I del Libro III del Código Penal".

Interpuesto el recurso de apelación contra esta providencia, el Tribunal Superior de Barranquilla, en auto de diez y siete de noviembre del mismo año, la reformó así:

"1º—Abrese causa criminal contra Saad Dlaikan, para que responda en juicio, con intervención del Jurado, por la tentativa de uno de los delitos de homicidio que define y castiga el Capítulo I, del Título I del Libro III del Código Penal.

2º—Abrese, asimismo, causa criminal contra el expresado Saad Dlaikan para que responda en juicio, con intervención del Jurado, por la tentativa de uno de los delitos de robo de que trata el Capítulo I, del Título III del Libro III del Código Penal.

3º—Abrese causa criminal contra Elías Cure, Jacobo Nicolás y Teófilo David, para que respondan en juicio, con intervención del Jurado, por la tentativa de uno de los delitos de homicidio que define y castiga el Capítulo I del Título I del Libro III del Código Penal".

El ocho de junio de mil novecientos treinta y cuatro, día señalado para la celebración del juicio, el Juez Superior de Barranquilla sometió al Jurado, para la calificación de los hechos criminosos que constituyen los delitos puntualizados en los sendos autos de proceder, ya acumulados, los siguientes cuestionarios, formulados de acuerdo con el procedimiento especial para esta clase de juicios (artículos 236, 285 de la ley 57 de 1887, y artículo 47 de la ley 169 de 1896):

"PRIMERA CUESTION—El acusado Saad Dlaikan es responsable, sí o no, de haber disparado, con arma de fuego de pequeño calibre, en la mañana del día quince de diciembre de mil novecientos treinta, como a las doce meridiano, contra el señor Elías M. Muvdi, con intención y voluntad de darle muerte, sin lograr conseguirlo por causas independientes de su voluntad, causándole solamente una herida en el tercio superior de la región anterior del muslo izquierdo; y en la ejecución de este hecho, ocurrido en esta ciudad, procedió el acusado con premeditación?"

"SEGUNDA CUESTION - - El acusado Saad Dlaikan es responsable, sí o no, de haber intentado apoderarse fraudulentamente de la cantidad de diez mil pesos ($ 10,000) oro legal, por medio de amenaza y violencia ejercida en la persona del señor Elías Muvdi; hecho ocurrido en esta ciudad el día quince de diciembre de mil novecientos treinta, a las doce meridiano?"

"TERCERA CUESTION — El acusado Saad Dlaikan es responsable, sí o no, de haber intentado darle muerte al señor Demetrio Cure, voluntariamente y con premeditación; hecho ocurrido en la población de Sabanalarga, el día diez y seis de diciembre de mil novecientos treinta y uno, entre ocho y nueve de la noche?"

"CUARTA CUESTION—El acusado Saad Dlaikan es responsable, sí o no, de haber intentado apoderarse fraudulentamente de la cantidad de un mil pesos ($ 1,000) oro legal, por medio de amenaza hecha al señor Demetrio Cure, según se desprende del auto de proceder de fecha once de julio de mil novecientos treinta y dos; hecho ocurrido en el Municipio de Sabanalarga en el mes de diciembre de mil novecientos treinta y uno?"

"QUINTA CUESTION—El acusado Elías Cure es responsable, sí o no, de haber cooperado voluntariamente en la tentativa de darle muerte al señor Demetrio Cure; hecho ocurrido en el Municipio de Sabanalarga, el día diez y seis de diciembre de mil novecientos treinta y uno, entre ocho y nueve de la noche?"

"SEXTA CUESTION—El acusado Jacobo Nicolás es responsable, sí o no, de haber cooperado voluntariamente en la tentativa de darle muerte al señor Demetrio Cure; hecho ocurrido en el Municipio de Sabanalarga el día diez y seis de diciembre de mil novecientos treinta y uno, entre ocho y nueve de la noche?"

"SEPTIMA CUESTION—El acusado Teófilo David es responsable, sí o no, de haber cooperado voluntariamente en la tentativa de darle muerte al señor Demetrio Cure; hecho ocurrido en el Municipio de Sabanalarga el día diez y seis de diciembre de mil novecientos treinta y uno, entre ocho y nueve de la noche?"

El Jurado absolvió afirmativamente, y por unanimidad, cada una de las cuestiones propuestas. Resueltas así ellas, el Juez Su-

perior profirió sentencia condenatoria, la que fue reformada por el Tribunal Superior y en definitiva, considerada la apelación, por sentencia de diez y seis de julio de mil novecientos treinta y cuatro, condenó a Saad Dlaikan, a Elías Cure, a Jacobo Nicolás y a Teófilo David, aplicándole al primero el máximun de las penas limitadas en su duración por el artículo 71 del Código Penal, la de veinticinco años de presidio y sus accesorias, y a los demás la pena principal de seis años seis meses de presidio, como cómplices del primero, y las accesorias correspondientes.

La sentencia definitiva del Tribunal calificó en segundo grado la delincuencia de Saad Dlaikan, y en el mismo grado la de sus cómplices.

Como el caso en cuestión se refiere a dos juicios acumulados por varios delitos, que corresponden a los cuestionarios respectivos, en sus consiguientes responsabilidades, la sentencia los discriminó así, para la aplicación de las sanciones:

a) Respecto de Saad Dlaikan en los hechos delictuosos ejecutados individualmente contra Elías M. Muvdi, el día 15 de diciembre de 1934, y a los cuales se refieren los cuestionarios primero y segundo, y que apreció el auto de proceder y consiguientemente en su respuesta el veredicto del Jurado, como delito frustrado de homicidio y como tentativa de robo, aplicó el artículo 595 del Código Penal en relación con el 7º del mismo y los artículos 773, 779 y 785 de la misma ley peral refiriéndolos a su artículo 8º en los dos casos de dichos cuestionarios.

b) Respecto del mencionado Saad Dlaikan en los hechos delictuosos contra Demetrio Cure, ejecutados el 16 de diciembre de 1931, y a los cuales se refieren los cuestionarios tercero y cuarto, y que apreció el auto de proceder y en sus respuestas consiguientes el veredicto del Jurado, como tentativa de homicidio premeditado, y como tentativa de robo, respectivamente, aplicó los artículos 595 y 773, 779 y 785, en relación con el artículo 8º, todos del Código Penal, refiriéndolos a los sendos casos de dichos cuestionarios y veredictos; y

c) Respecto de Elías Cure, Jacobo Nicolás y Teófilo David, en el hecho delictuoso ocurrido el día 16 de diciembre de 1931 y en cooperación con Saad Dlaikan, y al cual se refieren los cuestionarios quinto, sexto y séptimo, hecho que puntualizó el auto de proceder y que apreció consecuencialmente en su respuesta el veredicto del Jurado como tentativa de homicidio, aplicó el artículo 595 del Código Penal en relación con el 27 del mismo, refiriéndolo para cada uno de los responsables según la respuesta dada a cada uno de los dichos cuestionarios y veredictos.

Al sustentar el recurso de casación, el abogado del recurrente Dlaikan, doctor Gaitán, presentó un extenso alegato, que concretó luégo en la audiencia surtida ante la Corte, y en el cual censura, como injurídico, el fallo contra Dlaikan y sus compañeros.

El señor Procurador General de la Nación, apoyándose en el artículo 6º de la ley 118 de 1931, que estatuye que cuando encontrare fundamento para apoyar el recurso "deberá ampliar y desarrollar aún más la demanda de casación del recurrente", "con el fin de que la Corte pueda entrar en el estudio a fondo del recurso", procedió en conformidad y amplió la demanda de casación invocando la causal 3ª del artículo 3º de la ley 118 de 1931.

Tal causal consiste:

"3ª—Ser la sentencia violatoria de la ley, por cuanto haya habido error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito".

A la luz de esta causal debe estudiarse, de consiguiente, el fondo del asunto y analizarse la demanda primeramente para luégo referirse a las otras causales alegadas en ella.

Esta causal tercera encamina desde luego al análisis del auto de proceder, por cuanto ella estriba en que haya habido error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito. Y como esta apreciación la hace el Juez al decidir del mérito de los autos, necesariamente deben discriminarse los dos autos de proceder en los dos juicios distintos, que acumulados, concluyeron con la sentencia definitiva, condenatoria, del Tribunal Superior de Barranquilla.

Reside allí la medula de la causal. Todo lo subsiguiente al auto de proceder, es decir, si ha habido, o no, error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito, es consecuencial de lo que resulte del examen del auto de proceder. Los cuestionarios presentados al Jurado, el veredicto y las sentencias de primera y segunda instancia, dependen lógica y jurídicamente en su validez y firmeza o en su inconsistencia y nulidad, de la existencia del auto de proceder conforme a la causal presentada.

Para metodizar esta crítica, y habida consideración de que en el juicio sobre los sucesos ocurridos en Sabanalarga el 16 de di-

ciembre de 1931, que forman el segundo proceso, hay varios cargos, y en uno de ellos pluralidad de responsables, aunque en distinto grado, la Corte procede a estudiar primeramente el auto de proceder con que se abrió tal causa.

A este respecto, el señor Procurador General de la Nación se expresa así:

"... Y qué decir de la tentativa de homicidio y la del robo de mil pesos, de las cuales pudo ser víctima Demetrio Cure? En este caso se extremó aún más la ligereza de apreciación de la prueba del cuerpo del delito y se violó doblemente la ley al aplicarla indebidamente, con la grave circunstancia de que por hundir sin misericordia al agresor de Muvdi, se llevó al presidio, por varios años, a tres hombres, si no de conducta intachable, al menos inocentes en la tentativa de homicidio. Por humorada, dar un susto o por amenazar, si se quiere, Dlaikan y sus tres compañeros, si realmente eran ellos, se asomaron al patio de la casa de Cure por una pared trasera y de escasa altura; y desde ese punto, a siete hombres que dentro había, Dlaikan dirigió una frase injuriosa, disparando al aire su revólver por dos veces; y se dice al aire, porque está demostrado que los proyectiles no dieron en ninguna parte, ni en persona ni en cosa; se fueron al vacío. Hecho esto, los supuestos atacantes huyeron. Del hecho relatado puede deducirse lógica y jurídicamente que hubo tentativa de homicidio y tentativa de robo? Qué criterio es éste que así retuerce la ley para calificar de homicidas y ladrones a cuatro individuos, aun cuando el último cargo se concrete respecto de Dlaikan? Dónde está el designio de matar y de robar, y cómo se dio principio a la ejecución de esos delitos? A cuál de los siete hombres reunidos en el patio se quería matar y a cuál de ellos se pretendió robar? Por ninguna parte aparece la actuación, la complicidad de los compañeros de Dlaikan en la tentativa del supuesto homicidio, y, sin embargo, fueron condenados con él a muchos años de presidio. Sin la limitación del Código en materia de penas, la vida de Dlaikan no habría alcanzado para cumplir la que se deseó imponerle. Como único fundamento de la condenación de Dlaikan y sus compañeros en el asunto de Sabanalarga, asunto a lo sumo de competencia de la policía, por llevar y disparar armas en poblado, se tuvo la declaración del sirio Alejandro Julio, quien dijo que Dlaikan le había manifestado a él que mataría a Demetrio Cure si no le entregaba mil pesos; y este declarante es enemigo de Dlaikan, porque está probado hasta la saciedad que pocos días antes éste le dio golpes en una riña que tuvieron. He aquí la gran prueba de la tentativa de robo de mil pesos".

"Para desbaratarla basta recordar lo dicho respecto del otro robo de los diez mil pesos de Muvdi".

Analizado el caso de Muvdi, acerca del cual la Corte se ocupará más adelante, como que hace también parte de este fallo, el señor Procurador General de la Nación, luégo de calificar de ligera la apreciación de la prueba del cuerpo del delito en esa infracción legal, se expresa así:

"En efecto: hay figuras jurídicas en el campo penal que en ocasiones escapan a la rápida comprensión del investigador o del juez, por su naturaleza intangible o abstrusa; pero tratándose de robo, hecho vulgar de perfiles materiales, el error no se justifica fácilmente. Dónde está la prueba, grande o pequeña, de que Muvdi tenía en su almacén, en el momento del ataque, diez mil pesos en efectivo, suma susceptible de que pudiera ser quitada o tomada por Dlaikan, mediante amenaza u otra violencia que obligara al propietario a la entrega? Esa prueba no existe ni tampoco aparece demostrado que el homicidio frustrado fuera el medio actual, inmediato de conseguir el robo de diez mil pesos. Y, sin embargo, la sentencia liquidó esa cantidad para cargarla a la cuenta del acusado en muchos años de presidio".

Tiénese, pues, que en el caso Dlaikan por los sucesos ocurridos en Sabanalarga el día 16 de diciembre de 1931, y calificados definitivamente por el auto de proceder de diez y siete de noviembre de 1932 por el Tribunal de Barranquilla, hubo error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito. Y el señor Procurador tiene razón, pues no solamente hubo error, sino ausencia de la prueba legal del cuerpo del delito.

En efecto, el artículo 1627 del Código Judicial exige que para el llamamiento a juicio debe haber plena prueba del cuerpo del delito, es decir, del hecho criminoso y punible, según las leyes (art. 1512 del C. Judicial).

En el presente caso, la existencia del cuerpo del delito no está establecida plenamente para ninguno de los dos cargos que se dedujeron en el enjuiciamiento: el de la tentativa de homicidio y el de la tentativa de robo.

Para el primero sólo existen declaraciones vagas, como lo hace notar el Procurador: unos disparos cuyos impactos no se encon-

traron por parte alguna, el hallazgo de una puñaleta, y datos de referencia o de declarantes que vieron huír o pasar por una calle a algunos hombres. Pero en ninguna de estas pruebas hay indicios necesarios ni vehementes constitutivos de plena prueba ni dos declaraciones contestes sobre la realidad del hecho.

Para el segundo cargo, hay la declaración de Alejandro Julio, declaración que, como de testigo único, no forma plena prueba. Y respecto de la carta que presentó Demetrio Cure como amenazante para que le entregara una suma de dinero, los peritos dicen: "Que la única firma que tiene semejanza con la letra de la carta que corre al folio 3, dirigida a Demetrio Cure y firmada Tú Sabes, es la que aparece firmando la indagatoria de Demetrio Cure, que corre a folios 1° vuelta a dos".

(Véase folio 142, juicio de Sabanalarga).

Sobre este enjuiciamiento ilegal e injurídico, carente de la plena prueba sobre la existencia del hecho delictuoso, para uno y otro cargo, y para Dlaikan y sus compañeros, se construyó el cuestionario, se dio el veredicto y se dictó la sentencia, la cual, lógicamente, resulta violatoria de la ley, por cuanto ha habido error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito, como lo reza textualmente la causal tercera de la ley 118 de 1931, alegada.

Resumiendo lo anterior, se concluye:

La causal tercera prospera, determina la casación en esta parte del fallo analizado, por cuanto los hechos cometidos por Dlaikan y sus compañeros no constituyen tentativa de robo, ni de homicidio, debiéndose, por lo tanto, invalidar el fallo en dicha parte, para absolver al recurrente.

Y desde que el fallo se invalida y se casa para ello la sentencia, aun cuando los compañeros de Dlaikan, Elías Cure, Jacobo Nicolás y Teófilo David no interpusieron el recurso, el fallo insubsistente por la razón objetiva de ausencia del hecho delictuoso no puede perjudicarles, y debe absolvérseles igualmente. No existiendo fundamento para condenar al recurrente Dlaikan, tampoco jurídicamente hay razón para mantener un fallo condenatorio contra quienes aparecieron sólo como coadyuvantes o cómplices de un hecho jurídicamente inexistente. **Accesorium sequitur principali.**

Prosiguiendo el análisis del fallo recurrido, viene ahora en el orden en que se hace su estudio, por razón de método, según se dijo arriba, la confrontación de la tercera causal de casación alegada por el señor Procurador con el resto de la sentencia, o sea con el primer juicio acumulado referente a los sucesos ocurridos en Barranquilla el 15 de diciembre de 1930 con el señor Muvdi, y por los cuales se dedujo responsabilidad única, individual al procesado Dlaikan.

Los cuestionarios primero y segundo se refieren a este juicio. Corresponden a los cargos que se le formularon a Dlaikan en el auto de proceder de diez y seis de diciembre de mil novecientos treinta y dos, del Tribunal de Barranquilla, reformatorio del del juez de primera instancia. Esos cargos fueron dos: el de homicidio frustrado y el de tentativa de robo.

Respecto de la tentativa de robo, el señor Procurador General considera que hubo error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito. Así lo expresa en la parte pertinente de su vista, reproducida antes tratándose del cargo similar contra Dlaikan y sus compañeros en el juicio por los sucesos ocurridos en Sabanalarga, acumulado y fallado como éste por la misma sentencia definitiva recurrida que se viene estudiando.

Huelga repetir lo dicho, ya que tiene aplicación para este caso, pues no sólo hubo error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito, sino ausencia legal de esa prueba.

El artículo 1627 del Código Judicial requiere, para que se pueda dictar auto de proceder, plena prueba del hecho criminoso y punible, es decir, del cuerpo del delito.

En la tentativa de robo de Dlaikan a Muvdi no existe esa plena prueba legal. El señor Procurador analiza los hechos apreciados por el Juez y por el Tribunal. Y ciertamente no aparece, ya no prueba, pero ni siquiera indicio de que Muvdi tuviese en el almacén, en el momento del ataque, los diez mil pesos en efectivo, que movieran ese ataque; o que existiese en ese momento suma alguna que pudiera ser quitada o tomada por Dlaikan con violencias o con amenazas, con fuerza, en suma, que es lo que caracteriza el delito de robo, según lo define el artículo 771 del Código Penal.

No se encuentran en el proceso pruebas de los elementos constitutivos del delito de robo como lo contempla el C. Penal, particularmente por el aspecto del delito imperfecto.

Pero aún aceptando que estuviese jurídicamente probado el propósito de Dlaikan de quitarle por fuerza una suma de dinero a Muvdi, más jurídico hubiera sido considerarlo como fuerza y violencia, al tenor de los artículos 695, 697 y 676 del C. Penal.

Pero es lo cierto que la escena ocurrida entre Dlaikan y Muvdi vino a resolverse en un delito de sangre perfectamente caracterizado.

Este hecho no podría considerarse por doble aspecto: homicidio y robo o homicidio y fuerza y violencia, pues ello violaría el principio **non bis in idmen**, de suerte que el aspecto más grave, homicidio, viene absorbiendo al otro, cualquiera que sea.

Y como así resulta ilegal e injurídico por carencia de plena prueba sobre la existencia del hecho delictuoso el cargo contra Dlaikan por la tentativa de robo en el auto de proceder, y como sobre esa armazón se construyó el cuestionario, se dio el veredicto y se dictó la sentencia, lógicamente es ésta violatoria de la ley porque se ha basado en error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito, como lo asienta literalmente la causal tercera de la ley 118 de 1931, en su artículo 3º, alegada.

De lo dicho se desprende que la causal tercera genera la casación en esta parte del fallo analizado, por cuanto los hechos imputados a Dlaikan no forman tentativa de robo. Y de allí que tal fallo, en esa parte, deba invalidarse para absolver al recurrente.

Resta confrontar la causal tercera con el cargo de homicidio frustrado imputado a Dlaikan en el juicio de 15 de diciembre de 1930, y sobre el cual como acumulado recayó también la sentencia recurrida.

En el análisis de esta parte, que corresponde al primer cuestionario, el señor Procurador, luégo de relatar el suceso ocurrido el 15 de diciembre de 1930 entre doce y doce y media del día en el almacén del señor Muvdi, o sea el ataque a éste por Dlaikan con arma de fuego, se expresa así:

"Resulta, pues, comprobado plenamente, que Dlaikan se presentó al almacén de Muvdi, en donde nada tenía que hacer, puesto que éste ni siquiera lo conocía, armado de una pistola cargada con varios proyectiles; que por uno u otro motivo, ya que no se conoce el verdadero, desde luego que el agresor y el agredido están en desacuerdo respecto de él, sacó el arma y la disparó tres veces, a quemarropa, sobre la persona de Muvdi, a quien hirió en el muslo con uno de esos disparos, causándole cuarenta y cinco días de incapacidad. Y está comprobado también plenamente, con abrumador número de testimonios, que Dlaikan había ofrecido matar a Muvdi si no le daba una suma de dinero.

"El propósito deliberado del agresor está de tal manera relacionado con su ataque antisocial y violento, que no hay manera lógica de negar su intención homicida, premeditada e inexorable. Y ¿cómo puede calificarse racional y jurídicamente el atentado?

"La diferencia positiva o sustancial entre delito frustrado y tentativa, es tan sutil, de tan leve apariencia, que ella escapa muchas veces a la observación y no puede definirse acertadamente para formar regla general. En esta materia los maestros en la ciencia penal han divagado y expuesto sus ideas sin llegar a un acuerdo completo, y esto porque, como en muchas cosas de la vida, las circunstancias en cada caso particular son las que deciden de su naturaleza y alcance. Dejando, pues, de lado las teorías y los ejemplos ilustrativos, debemos atenernos al precepto de nuestro estatuto y estudiar el caso concreto que se contempla.

"Hay delito frustrado, dice el Código, cuando los actos ejecutados por el agente, con el intento de cometerlo, son, por su naturaleza, suficientes para producirlo, y sin embargo, no lo producen por causas o accidentes independientes de su voluntad.

"La tentativa de un delito es el designio de cometerlo, manifestado por algún acto exterior que prepare la ejecución del delito o dé principio a ella, sin llegar a constituír delito frustrado.

"Los actos preparatorios y de ejecución llevados a cabo por Dlaikan con el propósito de dar muerte a Muvdi fueron tales, que ellos excluyen la idea de la simple tentativa: partiendo de la resolución fría y deliberadamente adoptada, vienen la aparición inesperada en el almacén; la declaración previa de matar como a un perro; la exhibición de un arma cargada con proyectiles, suficiente, por su naturaleza, para producir el homicidio; el disparo repetido de esa arma a quemarropa, es decir, a cortísima distancia, y finalmente, la manifestación de pesar del agresor por no haber conseguido su objeto por causas independientes de su voluntad. Si estos actos de Dlaikan no constituyen delito frustrado, tal entidad jurídica debe desaparecer del Código del ramo".

Este concepto neto está acorde con la índole del hecho, y está ajustado, además, a la definición que del delito frustrado se desprende del artículo 5º del Código Penal, en concordancia con la nota específica y determinada que del mismo hecho punible da el mismo Código, o sea la ley positiva, aplicable en Colombia.

De otro lado, el artículo 1660 del Código de Procedimiento Penal establece que "la confesión libre y espontánea hecha por el

procesado en presencia del Juez o del funcionario de instrucción por ante el Secretario, hace plena prueba contra él, y es por sí sola bastante para condenar, siempre que por otra parte esté suficientemente comprobado el cuerpo del delito".

En el caso que se estudia, los hechos materiales del ataque de Dlaikan a Muvdi, de los disparos, del arma con que fueron hechos, del diálogo precedente al ataque, y la sucesión misma de los disparos, están plenamente probados por la declaración del ofendido, por el reconocimiento médico-legal que señaló las huellas, rastros o señales que dejara el ataque en el cuerpo de Muvdi, por la declaración del testigo presencial Osio y, por sobre todo, por la confesión de Dlaikan. Esto en cuanto al elemento objetivo.

En cuanto al elemento subjetivo, la misma confesión de Dlaikan suministra la prueba y con ella todos los elementos para la apreciación de su designio en el momento de ejecutar los hechos.

Dice así la parte pertinente de esa declaración:

"La persona que hiriera al señor Muvdi en su almacén el día 15 de diciembre, a la hora y mes ya dichos, en la pregunta anterior, fue el exponente". Y luégo de relatar las ofensas que dice le irrogó Muvdi cuando le reclamaba lo referente a las cartas de amenazas, Dlaikan continúa así su confesión:

"Ante la ofensa que me acababa de hacer yo le dije: 'retire sus palabras o saque su arma'; él me contestó: 'no tengo arma y yo no retiro mis palabras'; entonces le dije de nuevo: 'lo voy a matar como a un perro', saqué mi pistola y le hice tres tiros. Como me encontraba en un estado en que no me daba cuenta de nada, no supe por dónde le tiré y lo vi cuando cayó detrás de la silla; salí inmediatamente del almacén del señor Muvdi, encontré el agente número catorce departamental, le entregué la pistola y subí en un auto con él y me fuí hacia la policía departamental".

Clara y espontáneamente expresa Dlaikan en su confesión su designio delictuoso. "Lo voy a matar como a un perro, saqué mi pistola y le hice tres tiros". Esta manifestación no admite equívocos, pues fue seguida del acto, de la ejecución misma del designio.

Refuerza lo anterior el hecho de haber ido Dlaikan al almacén de Muvdi provisto de arma. Las declaraciones, como la de Jorge Anuff referente al hecho de las cartas recibidas por Muvdi, en que se relata por Anuff que Dlaikan contestó que eso era incierto, son un elemento de apreciación, aun cuando las cartas pertenezcan a distintas personas de la de Dlaikan, según aparece del peritazgo, por no ser escritas por él, que muestra el designio. En efecto, la palabra incierto en boca de un extranjero, ignorante, y de un druso que no domina las modalidades del castellano, como acontece con la generalidad de los inmigrantes de esa procedencia, bien puede significar eludir contestación concreta, o también expresar inexistencia de prueba sobre lo preguntado por Anuff. Por manera que al Jurado, a su conciencia, quedaba la apreciación de este hecho que puntualiza el auto de proceder y que con los demás elementos generó el cuestionario, el veredicto, y ocasionó la sentencia en esa parte.

Así, pues, el designio es claramente apreciable. La parte subjetiva aparece de relieve. Y la nota objetiva se concreta por actos exteriores que no sólo preparan la ejecución del delito o dan principio a ella, sino que llegan a la consumación de todos los actos necesarios, y hasta reiterados, porque fueron varios los disparos, para realizar el acto perfecto, que si no se materializó en todas sus consecuencias reales fue por circunstancias fortuitas, que, aunque afortunadas en estos casos, no le quitan, no amenguan la forma completa de esta figura del delito, que es como una penumbra entre el delito completamente corporizado, y el acto delictuoso que, aunque íntegro en el designio, no equivale, por la sustracción de los efectos y actos materiales necesarios al tipo definitivo.

En el derecho clásico, estos actos delictuosos van en la gama de la exteriorización desde la tentativa hasta el delito perfecto. Uniendo estas zonas en que confluyen el ánimo y la acción, se determina la combinación de estos elementos en las siguientes síntesis: **"Qui cogitat et agit, sed non perficit"**.

Mas en el delito frustrado, el agente obra hasta realizar todos los actos materiales de la ejecución: lo que acontece es que los efectos fallan por la interposición de cualquier elemento fortuito. Piensa y obra el agente de manera perfecta, pero no consigue lo deseado. Sucede en ello lo que acontece con la fuerza de gravedad, que no deja de atraer a los objetos aunque éstos se detengan en un punto de su caída porque se interponga otra fuerza distinta.

La escuela penal positiva, con Ferri a la cabeza, considera que si tanto la tentativa como el delito frustrado constituyen en la ciencia penal un perfeccionamiento notable en la anatomía jurídica del delito, la distin-

ción entre ellas es tan sutil, que es difícil captarla en los fallos ocasionando equivocaciones lamentables en esta figura criminosa, por lo cual, para los fines de la legislación y de la práctica, es preferible eliminarla de los códigos, dejando en cambio a los jueces la evaluación de los actos ejecutados por el criminal para aplicar en los casos más graves una sanción correspondiente a esa evaluación.

Pero en el Derecho Penal colombiano, en el Código sí existe esa diferenciación. Cumple hacerla a jueces y magistrados para aplicar la ley, que deben obedecer en toda su integridad, al tenor de lo dispuesto en el artículo 16 del Código Penal, el cual estatuye que "siempre que la ley castigue la ejecución de un acto se entiende éste prohibido". Y el delito frustrado hállase especialmente penado por el artículo 7º del Código. Es, pues, mandato de la ley escrita. Dura lex sed lex.

No habiendo error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito de homicidio frustrado que motivó el auto de proceder y luégo el veredicto y la sentencia definitiva, no hay lugar tampoco para aplicar la causal tercera alegada, y casar en este caso y para esa parte la sentencia.

Pero como el abogado del recurrente fundamentó, además, el recurso en los numerales 1º y 3º del artículo 3º de la ley 78 de 1923, aun cuando dichos numerales han sido derogados, incumbe a la Corte hacer el estudio de esas causales, ya que el Procurador desarrolló también la demanda de casación del recurrente conforme al artículo 6º de la ley 118 de 1931.

El inciso 3º de la ley 78 de 1923 en su artículo 3º, formula causal invocada así:

"No estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o estar dicha sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado".

Este inciso y esta causal corresponden al inciso 4º de la ley 118 de 1931 en su artículo 3º, que es sustitutivo del 3º de la ley 78 de 1923 y que formula la misma causal, así:

"4ª—No estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, o estar dicha sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado".

En derecho formulario estricto la causal invocada no sería atendible por error de cita. Pero como el principio es el mismo en el inciso 3º de la ley anterior y en el inciso 4º de la ley vigente, en los artículos respectivos, debe atenerse el juzgador a lo esencial de la causal y no a su forma, principio de interpretación consignado en el artículo 5º de la ley 118 de 1931, ya que este artículo establece que para que el recurso de casación se conceda basta que se interponga dentro del plazo de quince días siguientes a la notificación de la sentencia, alegándose y fundamentándose luégo las causales que se invoquen (art. 6º, ley 118 de 1931). Y como aquí se hizo por el abogado del recurrente esa alegación fundándose en el principio de ambos incisos, lo jurídico es atender a lo esencial, a la causal en sí y no a la forma en la ordenación legal vigente.

Lo propio cabe apuntar respecto del numeral primero del artículo 3º de la ley 78 de 1923, sustituído hoy por el numeral 1º del artículo 3º de la ley 118 de 1931, que es la otra causal alegada por el abogado del recurrente, y que por la misma razón debe estudiarse, es decir, en atención del principio jurídico consignado como causal en ambos incisos.

Respecto de la causal cuarta, no se justifica su admisión, porque ya se vio, al estudiar la causal 3ª del artículo 3º de la ley 118 de 1931, que no hubo error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito en el caso del delito frustrado de homicidio por que se llamó a juicio a Dlaikan. Si esto es así, como efectivamente lo es, los cargos formulados en el auto de proceder sirvieron de base al veredicto y la sentencia se acomodó tanto a los cargos como al veredicto, que fue afirmativo.

La sentencia recayó sobre el primer cuestionario y se conformó a él, y por lo tanto a los cargos formulados en el auto de proceder. Basta el cotejo de ese primer cuestionario y lo resuelto en la sentencia. Lo que acontece es que como a Dlaikan se le condenó en la misma por varios delitos, la discriminación respecto del homicidio frustrado se encuentra con referencia precisa a ese cargo y al artículo 595 en relación con el 7º del Código Penal, en la parte motiva de la sentencia, en donde antes de hacer la suma de las penas impuestas a Dlaikan por los otros delitos, se establece que por el delito de homicidio frustrado le corresponde la pena de diez años de presidio, "que viene a ser las dos terceras partes de la pena impuesta por el citado artículo 595", dice la sentencia en ese considerando pertinente.

La causal primera del artículo 3º de la ley 118 de 1931, que corresponde, como ya se dijo, a la primera del artículo 3º de la ley 78 de 1923, establece:

"Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ésta o por indebida aplicación de la misma".

Esta causal es atendible por cuanto ha habido una mala, una indebida aplicación de la ley penal en relación con el delito de homicidio frustrado.

Resulta esa indebida aplicación de la ley penal de la misma admisión del recurso para los demás cargos a que se refiere la sentencia definitiva. Es una consecuencia de la admisión de la causal tercera del artículo 3º de la ley 118 de 1931.

Y la razón es clara: casada la sentencia por la tentativa de robo en el caso Muvdi-Dlaikan, por la tentativa de robo en el caso Dlaikan-Cure, y por la tentativa de homicidio en el caso Dlaikan-Cure, desaparece el fundamento para calificar en segundo grado la delincuencia de Dlaikan, ya que esa calificación se hizo en la sentencia definitiva en fuerza de las agravates que le resultaban de los otros delitos.

Consecuencialmente resulta de allí, que la calificación de su delincuencia para el caso del homicidio frustrado, cae al tercer grado; y entonces la debida aplicación de la ley, es decir, la del artículo 595 del Código Penal, en relación con el 7º del mismo, viene a ser las dos terceras partes del mínimum de la sanción señalada en el artículo 595. Como ese artículo señala doce años de presidio como mínimun, y la sentencia tomó la base del segundo grado, hubo una indebida aplicación de la ley penal en la sentencia definitiva recurrida, consistente en referir la sanción al inciso 2º del artículo 124 del Código Penal y no al 3º del mismo artículo. La causal primera alegada determina casar el fallo en esa parte de la sentencia, ya que es admisible por las razones dichas.

Sintetizando este fallo se tiene:

a) Que la admisión de la causal tercera determina la casación y por consiguiente la invalidez de la setencia recurrida en cuanto a los cargos contra Saad Dlaikan por tentativa de robo en el caso Dlaikan-Cure, y en cuanto al cargo de complicidad de la tentativa de homicidio en el caso Dlaikan-Cure. cargo formulado contra Elías Cure, Jacobo Nicolás y Teófilo David, según aparecen estos cargos en los cuestionarios segundo a séptimo, y en lo que a tales cargos decidió la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla; y

b) Que la admisión de la causal primera determina la casación y por consiguiente la invalidez de la sentencia recurrida en cuanto al cargo contra Saad Dlaikan por el delito frustrado de homicidio en el caso Dlaikan-Muvdi, según aparece este cargo en el cuestionario marcado con el número primero y en lo que a tal cargo decidió la sentencia recurrida, por cuanto hubo indebida aplicación de la ley al calificar en segundo grado su delincuencia por el Tribunal de Barranquilla.

Tratándose de la causal tercera, el artículo 4º de la ley 118 de 1931 dispone que se invalidará el fallo, casada que sea la sentencia por esta causal, para absolver al procesado, o para devolver el expediente a la autoridad competente para que ésta conozca si a juicio de la Corte se hubiese cometido otro delito.

En lo referente a esta sentencia, la causal tercera, por el análisis que se deja hecho, determina la absolución, ya que no hubo cuerto del delito en los cargos por los cuales se abrió la causa y versó la sentencia. Y ello, tanto en relación con Dlaikan como con sus cómplices, pues la ausencia del hecho delictuoso para el primero descarta imputabilidad y responsabilidad para los segundos.

En lo concerniente a la causal primera, la misma ley últimamente citada, en su artículo 4º, estatuye que se invalidará el fallo, casada que sea la sentencia por este motivo y la Corte dictará el que deba reemplazarlo.

En esta sentencia la causal primera, atendida la discriminación que se hizo al respecto, está justificada, pues hubo indebida aplicación de la ley en la sentencia recurrida. De consiguiente, en consonancia con el precepto legal, invalidado el fallo, debe dictarse el que deba reemplazarlo en esa parte de la sentencia.

La aplicación de estos principios y reglas, sintetizados en la parte anterior al caso de la sentencia recurrida, determina la invalidez del fallo en todos los cuatro apartes que contiene la decisión de su parte resolutiva, dictando para el caso del aparte primero el fallo que deba reemplazar, en lo pertinente y con respecto a Dlaikan por el delito frustrado de homicidio, la condena correspondiente; y en los otros tres apartes, referentes a los cómplices, en la tentativa de homicidio, absolviéndolos, lo mismo que a

Dlaikan en lo referente a ese cargo y a los dos de tentativa de robo, que por efecto de la acumulación, y de la suma de penas correspondientes a este reo, quedaron englobados en el aparte primero de la parte resolutiva de la sentencia que le aplicó la pena principal de **veinticinco años de presidio**, calificando la delincuencia en segundo grado, como aplicación de los artículos 71 y 124, en su inciso 2º del Código Penal.

De consiguiente, con relación a Dlaikan y por la causal primera, para el delito de homicidio frustrado en el caso Dlaikan-Muvdi, aplícasele el artículo 595 del Código Penal, que castiga el homicidio premeditado con la pena de doce a diez y ocho años de presidio, y que como tiene la modalidad apuntada debe relacionarse con el artículo 7º, correspondiéndole por cuanto se califica la delincuencia en tercer grado el mínimun de la pena, o sea la de ocho años de presidio.

Y por lo que hace a los otros delitos, imputados al mismo Dlaikan y a sus cómplices en el proceso Dlaikan-Cure, y que contempla el resto de la sentencia casada, el fallo es absolutorio, como consecuencia de la admisión de la causal tercera y de lo dispuesto para esos casos por la parte pertinente del artículo 4º de la ley 118 de 1931.

Pertinente es, como final de todos los considerandos de este fallo, anotar de modo concreto que ellos discrepan de la vista del señor Procurador General de la Nación en lo referente a la condena de Elías Cure, Jacobo Nicolás y Teófilo David, para la cual el Procurador conceptuó que no era casable el fallo por falta de interposición del recurso, quedándoles a aquéllos "el camino abierto para solicitar la revisión de la causa". Pero la Corte estimó que sí era el caso de casar la sentencia, no obstante la irregularidad anotada, con fundamento en la causal tercera, porque habiendo ausencia del hecho delictuoso respecto del autor principal, no podía haber delincuencia en los cómplices.

E igualmente la Corte se apartó del concepto del señor Procurador General en lo referente a la causal primera, que modificó el fallo en lo relativo al delito de homicidio frustrado, por indebida aplicación de la ley resultante de la calificación de la delincuencia en segundo grado y no en tercero, como resulta, por cuanto admitida la causal tercera, no quedan otros delitos que eran el fundamento de la circunstancia agravante para Dlaikan, a quien por su condición de extranjero, en el fallo que reemplaza el anterior, no le es aplicable la pena accesoria de privación de los derechos políticos e inhabilitación para ejercer cargos públicos, pero sí le es aplicable la del artículo 85 sobre el decomiso del arma con que cometió el delito, la condenación en costas conforme al artículo 86 y la de resarcimiento de los daños y perjuicios que hayan resultado conforme al artículo 87, que, como todos los demás citados, son mandatos de la ley penal.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación y acorde en parte con él, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **casa e invalida** consecuencialmente la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, de fecha diez y seis de julio de mil novecientos treinta y cuatro, y en su lugar dispone:

a) Condénase a Saad Dlaikan, natural de Aley, Líbano, Siria, vecino de Barranquilla, como autor del delito de homicidio frustrado en la persona de Elías M. Muvdi, el día quince de diciembre de mil novecientos treinta en la ciudad de Barranquilla, calificando delincuencia en tercer grado, a la pena principal de ocho años de presidio, a la pérdida del arma con que cometió el delito, a las costas de este proceso y a la indemnización de daños y perjuicios al ofendido y sin condenación a las penas accesorias por su calidad de extranjero.

b) Absuélvese al mismo Saad Dlaikan de los demás cargos sobre los cuales recayó el fallo antes citado en la acumulación de delitos a que se refiere la misma sentencia; y

c) Absuélvese a Elías Cure, natural de Rahbe, Líbano, Siria, vecino de Manatí (Atlántico); a Jacobo Nicolás, natural de Jerusalem, Palestina, vecino de Barranquilla, y a Teófilo David, natural del Líbano, Siria, vecino de Barranquilla, del cargo de cómplice de la tentativa de homicidio al señor Demetrio Cure, que se dice ocurrida en el municipio de Sabanalarga, departamento del Atlántico, el día diez y seis de diciembre de mil novecientos treinta y uno, y sobre el cual recayó también la sentencia condenatoria definitiva, recurrida, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, de diez y seis de julio de mil novecientos treinta y cuatro.

Pónganse en libertad inmediatamente, para lo cual se librarán los despachos telegrá-

ficos del caso, a los señores Elías Cure, Jacobo Nicolás y Teófilo David, absueltos totalmente por este fallo; y en cuanto a Saad Dlaikan, por virtud de la condenación que le resulta, a la pena de ocho años de presidio, abónasele el tiempo que haya estado detenido como parte cumplida de la pena principal a que se le condena, y radíquesele para el cumplimiento del resto en el establecimiento de castigo que designe el Gobierno (art. 75, ley 100 de 1892 y 2023 del Código Judicial).

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

Pedro Alejo Rodríguez, José A. Montalvo, Salvador Iglesias. Alberto Malo E., Srio. en ppd.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

EXCEPCION EN JUICIO EJECUTIVO SEGUIDO CON JURISDICCION COACTIVA

Una simple comunicación ministerial no puede constituir el recaudo ejecutivo de que trata el artículo 1059 del C. J., pues para ello se requiere una Resolución proferida con todas las formalidades legales y en la cual se precisen las responsabilidades consiguientes. Además, como la Corte lo ha expresado en otros fallos, mientras haya diferencias entre los contratantes, sobre obligaciones del contratista o del Gobierno, o sobre la inteligencia del contrato, el Poder Judicial o los Tribunales de lo Contencioso Administrativo son los que deben resolver en lo que corresponda, sobre las demandas en que se exija del contratista el cumplimiento de sus obligaciones al Gobierno. De lo cual se desprende que durante el tiempo en que esté pendiente la decisión definitiva de esas diferencias, el Juez de ejecuciones fiscales no puede ejecutar a la Compañía, porque aun cuando haya una partida de reconocimiento oficial de deuda del contratista, se ignora si éste debe la cantidad reconocida, puesto que él sostiene que de acuerdo con lo estipulado no la debe.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diez de julio de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr Cardoso Gaitán)

El Juzgado 1º Nacional de Ejecuciones Fiscales de Bogotá adelanta juicio ejecutivo por suma de pesos contra los señores Daniel Ortiz, como deudor principal, y Antonio María Ortiz M., como fiador.

Los antecedentes del asunto son los siguientes:

El señor Daniel Ortiz celebró, el día veintiocho de junio de mil novecientos seis, un contrato con el Ministerio de Obras Públicas, en virtud del cual se comprometió a hacer el trazado de un camino carretero entre Barranquilla y Usiacurí, y de herradura entre Usiacurí y Amanzaguapos, en el Departamento del Atlántico, debiendo enviar al Ministerio citado, para su aprobación, los planos y perfiles de tales trazados, así como el presupuesto del costo de las obras y debiendo el Gobierno Nacional anticiparle por este trabajo la suma de dos mil pesos ($ 2,000). Dicha suma la recibió el señor Ortiz de la Tesorería General de la República el día seis de julio de dicho año, mediante un documento de fianza firmado por el señor Antonio María Ortiz M., en calidad de fiador.

La ejecución contra el señor Ortiz tiene por objeto que pague la suma que le fue entregada por el Tesorero General, más los intereses legales, por no haber cumplido el contrato. Al efecto, la Tesorería General inició el asunto enviando al Juez de Ejecuciones Fiscales el respectivo documento de fianza.

Por no considerar el Juzgado suficiente tal documento para entablar la ejecución, dirigió al Ministerio de Obras Públicas varios oficios exigiendo otros elementos de mayor firmeza, por lo cual el Ministerio le remitió el contrato de que se ha hecho mérito.

En el mes de diciembre del año de mil novecientos diez y ocho, el señor Daniel Ortiz fue requerido por el Juzgado ejecutor para que reconociera las firmas puestas por él en el contrato y en el documento de fianza, fir-

más que fueron reconocidas. En cuanto al señor Antonio María Ortiz, también fue citado para el reconocimiento de la firma, pero en los autos no aparece diligencia en que conste ese reconocimiento por parte del fiador.

Varios años después el Juzgado ejecutor dictó un auto con fecha treinta de noviembre de mil novecientos veintiocho, disponiendo se preguntase al Ministerio de Obras Públicas si el señor Daniel Ortiz había cumplido el contrato de que se ha hablado. El Ministerio contestó así:

"Ministerio de Obras Públicas.—Dirección General de Caminos Nacionales.—Bogotá, diciembre veintidós de mil novecientos veintiocho.—Señor Juez 1º Nacional de Ejecuciones Fiscales.—Me refiero a su oficio número 3,733 de 30 del mes próximo pasado, por el cual se pregunta a este despacho si el señor Daniel Ortiz cumplió el contrato de trazado del camino de Barranquilla a la ensenada de Galerazamba. Examinado el archivo, se halló el informe de la Sección de Ingeniería del Ministerio, cuya parte pertinente transcribo a usted: 'Conclusiones: Los planos presentados por el señor Ortiz son insuficientes para constituir el estudio exigido por el contrato. Las pendientes que indica el informe son mayores que las que impone el contrato'. Por dichas conclusiones, no habiéndose aprobado los planos de la vía de que es contratista el señor Ortiz, y no habiendo presentado en el tiempo estipulado en el contrato el día veintiocho de junio de mil novecientos seis, otros planos, el Ministerio encuentra que dicho señor Ortiz no cumplió con el contrato en referencia. Soy de usted atento servidor, S. Peñuela".

Fundado en el concepto emitido por el señor Ministro de Obras Públicas, el señor Juez 1º Nacional de Ejecuciones Fiscales de Bogotá profirió con fecha diez y siete de septiembre de mil novecientos veintinueve auto de mandamiento ejecutivo contra el señor Daniel Ortiz y su fiador, en el cual se hizo la siguiente declaración: "Hay constancia en los autos de que el General Ortiz no cumplió el contrato celebrado con la Nación, estando por tanto en la obligación de reintegrar a ésta la suma que recibió por anticipo. Como el documento fue legalmente reconocido por los signatarios y el General Ortiz fue requerido judicialmente para que pagara la suma que aparece deber, es llegado el caso de librar mandamiento ejecutivo, ya que el documento referido reúne los requisitos que exige la ley en tales casos".

El señor Antonio María Ortiz M., fiador del deudor principal, confirió poder para que lo representara en el juicio ejecutivo al doctor Antonio García Leyra, en memorial de fecha treinta de noviembre de mil novecientos treinta y cuatro. En esa misma fecha el señor apoderado propuso en nombre de su poderdante, es decir, del fiador, las excepciones perentorias de **prescripción, carencia de título, carencia de acción e inexistencia de la obligación.**

Por su parte, el general Ortiz también confirió poder al doctor García Leyra para que lo representara en el juicio. Ese poder fue conferido el día primero de diciembre de mil novecientos treinta y cuatro, es decir, al día siguiente de propuestas las excepciones en nombre del fiador ejecutado. Con posterioridad al primero de diciembre mencionado, el apoderado doctor García no propuso excepciones en nombre del deudor principal, pero en el alegato presentado por el mencionado doctor ante la Corte para justificar las excepciones propuestas, habla precisamente en su calidad de mandatario del ejecutado general Daniel Ortiz.

Remitido el asunto a la Corte, se le ha dado la tramitación correspondiente, hasta llegar al estado de recibir fallo, a lo cual se procede previas las consideraciones a que haya lugar.

En el alegato presentado ante la Corte con fecha 28 de mayo próximo pasado, el señor apoderado doctor García expuso lo siguiente con relación a la excepción perentoria de carencia de título:

"Es admisible que sin haberse declarado la caducidad del contrato, se entable ejecución contra quien se antoja decir que no lo ha cumplido? La resolución era indispensable que se dictara, pues su omisión arrebata un derecho al contratista, cual era el de demandar su nulidad para que en juicio contradictorio se demostrara si había o no cumplido el contrato. No existe copia de resolución definitiva ejecutoriada proferida por funcionario competente en ejercicio de sus funciones, sobre multas, o sumas que deban ingresar al Tesoro Nacional; ni copia de reconocimiento hecho por Recaudador por concepto de impuestos, ni alcance líquido y definitivo deducido contra mi poderdante por el Contralor General de la República (art. 1059 del C. J.): ni tampoco se confronta el caso contemplado por el artículo 982 del mismo Código. En consecuencia, no existe el título que preste mérito ejecutivo prescrito por la ley para verificar la ejecución. El auto de mandamiento ejecutivo que dice sin fundamento que consta de autos que mi po-

derdante no cumplió el contrato y que la obligación fue reconocida por el fiador, carece de base legal y de consiguiente no tiene la fuerza que la ley le asigna para que pueda ser eficaz. Por tanto, su invalidez se impone".

El señor Procurador General de la Nación en su vista fiscal es de opinión que no habiéndose dictado por el Ministerio de Obras Públicas contra el contratista Daniel Ortiz una resolución en debida forma y no teniendo el juicio ejecutivo adelantado contra éste otra base que una simple nota del Ministro, en la cual emite un parecer sin carácter de resolución, no puede sostenerse que haya un verdadero recaudo ejecutivo. Concluye el señor Procurador manifestando que la Corte debería declarar probada la excepción de carencia de título ejecutivo, en cuanto al excepcionante se refiere.

Del estudio del presente asunto se deduce que efectivamente no existe copia de resolución definitiva ejecutoriada, proferida por funcionario competente en ejercicio de sus funciones sobre multas o sumas de dinero que deban ingresar al Tesoro Nacional; ni copia de reconocimiento hecho por Recaudador por concepto de impuestos debidos y no pagados, ni alcance líquido y definitivo deducido por el Contralor de la República, al tenor de lo estatuído por el artículo 1059 del C. J.

Tampoco se confronta el caso previsto en el artículo 982 del Código citado, porque, según esa disposición, para exigirse ejecutivamente una obligación, es preciso que ésta sea expresa, clara y actualmente exigible, y resulte del documento ejecutivo. La acción adelantada en el caso que se estudia se basa en un oficio del Ministerio de Obras Públicas, fechado el día 22 de diciembre de 1928, dirigido al señor Juez 1º Nacional de Ejecuciones Fiscales, y en el cual el señor Ministro dice al Juez ejecutor que, en virtud del informe de la Sección de Ingeniería del Ministerio sobre la no aprobación de los planos elaborados por el contratista señor Ortiz, encuentra que dicho señor no cumplió el contrato en referencia.

Una simple comunicación ministerial no puede constituír el recaudo ejecutivo de que trata el artículo 1059 del C. J., pues para ello se requiere una Resolución proferida con todas las formalidades legales y en la cual se precisen las responsabilidades consiguientes. El concepto del no cumplimiento del contrato por parte del señor Ortiz, emana de la sola apreciación de una de las partes (el Ministerio de O. P.). No hubo una resolución ministerial que hubiese podido ser controvertida por la otra parte ante el Ministerio y ante la entidad a la cual corresponde decidir sobre la validez y firmeza de las resoluciones administrativas.

Por otra parte, como la Corte lo ha expresado en otros fallos, "mientras haya diferencias entre los contratantes, sobre obligaciones del contratista o del Gobierno, o sobre la inteligencia del contrato, el Poder Judicial o los Tribunales de lo Contencioso Administrativo son los que deben resolver en lo que corresponda, sobre las demandas en que se exija del contratista el cumplimiento de sus obligaciones al Gobierno. De lo cual se desprende que durante el tiempo en que esté pendiente la decisión definitiva de esas diferencias, el Juez de Ejecuciones Fiscales no puede ejecutar a la Compañía, porque aunque haya una partida de reconocimiento oficial de deuda del contratista, se ignora si éste debe la cantidad reconocida, puesto que él sostiene que de acuerdo con lo estipulado no la debe". (Sentencia de 12 de abril de 1935 en el ejecutivo de la Nación contra la Andian National Corporation).

Como consecuencia de los anteriores razonamientos, es preciso concluír que en el presente caso no existe el título ejecutivo prescrito por la ley para adelantar la ejecución por el incumplimiento del contrato.

El señor Procurador, en la vista de que se ha hablado, opina que cualquiera que sea el resultado de las defensas propuestas en este asunto, sólo aprovecharán o perjudicarán al fiador Antonio María Ortiz y no al deudor principal Daniel Ortiz, por cuanto las excepciones fueron propuestas en nombre del fiador ejecutado. La Corte no comparte esta opinión del señor Procurador, entre otras razones, porque el deudor principal nombró apoderado el 1º de diciembre de 1934 a la misma persona nombrada por el fiador el día anterior, el 30 de noviembre, fecha en que fueron propuestas las excepciones, y porque, como se dijo antes, el alegato con el cual el señor apoderado de ambos ejecutados fundó ante la Corte las excepciones propuestas, fue presentado precisamente a nombre del deudor principal. Aquí cabe aplicar el aforismo de derecho que dice: donde hay la misma razón, debe haber la misma disposición. En el presente caso la causa del fiador y la causa del deudor principal son completamente solidarias, de suerte que el resultado de las defensas propuestas debe aprovechar o perjudicar tanto al uno como al otro.

En mérito de las precedentes consideraciones, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y de acuerdo en parte con el concepto del señor Procurador, falla así:

1º—Declárase probada la excepción perentoria de carencia de título ejecutivo alegada en el presente asunto;

2º—Suspéndase la ejecución y desembárguense los bienes que por tal motivo hayan sido embargados.

Sin costas.

Estampíllese, cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo, Eleuterio Serna R. Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

OPOSICION A UNA PROPUESTA PARA EXPLORAR Y EXPLOTAR PETROLEO DE PROPIEDAD NACIONAL

Carece de objeto, por carencia de materia, continuar el juicio de oposición a la propuesta de exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional cuando el proponente ha fallecido, el cual, por otra parte, no transmite ningún derecho a sus herederos en ese caso. Al decir la ley que "el Gobierno podrá celebrar el contrato respectivo", no ha querido consagrar un derecho del proponente, sino dejar a voluntad del Gobierno el contratar o no con el proponente, según lo considere conveniente.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, julio diecinueve de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El señor Malcolm Cameron Anderson, en memorial de 13 de octubre de 1934, presentado personalmente al Ministerio de Industrias, hizo propuesta al Gobierno Nacional para la celebración de un contrato de exploración y explotación "del petróleo de propiedad nacional que se encuentra en un terreno baldío situado casi en su totalidad entre los ríos Lebrija y San Alberto o San Alberto del Espíritu Santo, en la zona limítrofe de los departamentos de Santander, Norte de Santander y Magdalena, en jurisdicción disputada entre los municipios de Río Negro (S.), Cáchira (N. de S.), Aguachica y Río de Oro (M.), con una extensión superficial de cincuenta mil (50,000) hectáreas aproximadamente, y delimitado así:

"El punto principal de referencia es la esquina N. E. de la iglesia de Papayal. Partiendo del punto 'A', que está situado sobre la orilla norte del río Lebrija, a 80 metros aproximadamente, rumbo exacto astronómico Sur, de la mencionada esquina de la iglesia, se sigue a lo largo de la orilla norte del río Lebrija, aguas abajo, hasta el punto 'B' (situado en la orilla oriental del Brazo Montañitas, en la junta sur de éste con el río Lebrija). La línea recta que une los puntos 'A' y 'B' tiene 11,840 metros, aproximadamente, rumbo N. 42º 42' W. Del punto 'B' se sigue a lo largo de la orilla oriental del Brazo Montañitas, en dirección norte, hasta el punto 'C' (situado en la orilla oriental del mencionado Brazo Montañitas, en la junta norte con el río Lebrija). La recta que une los puntos 'B' y 'C' tiene una longitud aproximada de 10,395 metros, rumbo N., 16º 50' W. Del punto 'C' se sigue la orilla oriental del río Lebrija, aguas abajo, hasta el punto 'D' (situado en la orilla sur del río Cáchira, en su desembocadura en el río Lebrija). La recta que une los puntos 'C' y 'D' tiene una longitud aproximada de 11,660 metros, rumbo N. 27º 36' E. Del punto 'D' se sigue el río Cáchira, aguas arriba, a lo largo de su orilla sur y occidental, hasta el punto 'E' (que es el punto sobre la orilla occidental del río Cáchira, que queda al frente de la desembocadura del río San Alberto o San Alberto del Espíritu Santo, en el río Cáchira). La recta que une los puntos 'D' y 'E' tiene una longitud aproximada de 7,060 metros, rumbo S. 22º 42' E. Del punto 'E', se cruza el río Cáchira y se sigue la orilla sur del río San Alberto o San Alberto del Espíritu Santo, aguas arriba, hasta el punto 'F' (situado en la orilla sur de dicho río San Alberto o San Alberto del Espíritu Santo, a 4,775 metros aproximadamente, en línea recta, aguas arriba de Damacena). La recta que une los puntos 'E' y 'F' tiene una

longitud aproximada de 21,544 metros, rumbo S. 54° 39' E. Del punto 'F' se traza una recta, rumbo astronómico Sur, de 15,777 aproximadamente, a dar al punto 'G'. Del punto 'G' se traza una recta, rumbo astronómico W, de 4,902 metros aproximadamente, a dar al punto 'H', situado en la orilla oriental del río Lebrija. Del punto 'H' se sigue la orilla oriental y norte del río Lebrija, aguas abajo, hasta el punto 'A', punto de partida de esta alinderación. La recta que une los puntos 'H' y 'A' tiene una longitud aproximada de 11.335,652 metros, rumbo N. 59° 233' 52" W".

El memorial dicho y los documentos con que se acompañó pasaron al estudio del Departamento de Minas y Petróleos, donde los empleados correspondientes rindieron los informes del caso al señor Ministro de Industrias, y este funcionario dictó, el cuatro de agosto siguiente, una resolución en virtud de la cual se admitió la propuesta del señor Anderson. La parte dispositiva de esta providencia dice:

"Admítese la propuesta presentada por el señor Malcolm Cameron Anderson, el día trece de julio último, para celebrar un contrato de exploración y explotación de los petróleos nacionales que se encuentran en el lote de terrenos baldíos alinderado en la parte motiva de esta providencia, pero solamente en relación con los petróleos que se hallen en yacimientos de los departamentos de Magdalena y Santander del Sur. Respecto a los que puedan corresponder al territorio de Santander del Norte, si alguna parte de la zona llegare a quedar ubicada en este departamento, rige el artículo 52 de la ley 37 de 1931, de manera que quedarían excluídos de la negociación. Publíquese en el **Diario Oficial** el extracto de que habla el artículo 26 de la ley 37 de 1931 y líbrese despacho a los señores alcaldes de Río de Oro (Magdalena), Aguachica (Magdalena) y Río Negro (Santander del Sur), acompañándoles el respectivo cartel, que será fijado en cada una de las alcaldías de tales municipios por el término de treinta (30) días, durante el cual se pregonará por bando en tres días de concurso".

El proponente Anderson constituyó apoderado al doctor Camilo Bernal L. para que lo representara en todo lo relativo a su propuesta, "ante el Ministerio, ante la Corte Suprema de Justicia en caso de oposición, y ante las demás entidades o funcionarios que hayan de intervenir en el asunto". La resolución del Ministerio le fue notificada al doctor Bernal L., oportunamente, y por su conducto se enviaron los carteles de publicación a los alcaldes de los municipios a que la propuesta se refiere.

Surtidas las publicaciones en las alcaldías de Río Negro, Aguachica y Río de Oro, según lo atestiguan los autos, y cuando todavía corría el término señalado por el artículo 26 de la ley 37 de 1931, como hábil para presentar oposiciones a las propuestas de contrato de la clase del que se considera, el señor Ulpiano A. de Valenzuela se dirigió al Ministerio de Industrias, en memorial presentado personalmente el día 2 de octubre de 1934, para manifestar lo siguiente: "Soy propietario de los terrenos sobre que versa la propuesta admitida al señor Anderson y del petróleo que en ellos se encuentre. En ese carácter estoy reuniendo todos los títulos y documentos conducentes a establecer mi derecho, para fundar en ellos la oposición pertinente. Si no la he presentado todavía es por causa de faltarme aún las copias de algunas escrituras, pedidas a círculos de Notarías lejanos a esta ciudad. Pero ocurre que tengo auténtica noticia de la muerte del proponente, señor Anderson, y en el deseo de no presentar una oposición baldía, por referirse a una propuesta que considero cancelada por muerte de su autor, atentamente solicito de usted que se sirva resolver previamente si la defunción del señor Anderson produce, como parece inevitable, la cancelación o total terminación de la propuesta".

El Ministerio resolvió (octubre 5):

"Dígase al señor Ulpiano A. de Valenzuela, en respuesta al anterior memorial, que como el Ministerio carece de noticia oficial o de prueba legal acerca de la muerte del señor Malcolm Cameron Anderson, no es posible entrar a estudiar la situación jurídica creada por la presunta muerte del referido señor Anderson. Por otra parte, estima este despacho que aún en el supuesto de que se acredite legalmente la muerte del señor Anderson, el estudio sobre las consecuencias jurídicas que ese hecho acarree respecto a la propuesta que dicho señor presentó para explorar y explotar petróleo de propiedad nacional, sólo podrá hacerse después de vencido el término señalado en el artículo 26 de la ley 27 de 1931, puesto que únicamente entonces hay nuevamente lugar a intervención o gestión del proponente".

Posteriormente el señor Ulpiano A. de Valenzuela reclamó contra la decisión mencionada del Ministerio, y éste dispuso que se estuviera a lo resuelto en el auto de cinco de octubre; el señor Valenzuela volvió a reclamar de las decisiones anteriores, y el Mi-

nisterio insistió en su negativa a revocar el auto por el cual dispuso que no era el caso de suspender la tramitación de la propuesta por causa del fallecimiento de Anderson. La Corte se abstiene de referirse aquí más extensamente a las providencias del Ministerio recaídas a los memoriales del señor Valenzuela, por considerar que ello no es indispensable.

Respecto de varias oposiciones intentadas por otras personas a la propuesta de Anderson, el Ministerio de Industrias dijo el 29 de mayo del año en curso:

"Vistos el informe precedente de la Sección Jurídica del Departamento de Minas y Petróleos y las oposiciones que han formulado los señores Hernando Mendoza Gómez, Victoria Peralta v. de Ibáñez y José H. Andrade a la propuesta que para explorar y explotar el petróleo de propiedad nacional que se encuentra en terrenos situados casi en su totalidad en (sic.), los ríos Lebrija y San Alberto o San Alberto del Espíritu Santo, en zonas de los departamentos del Magdalena y Santander del Sur, se dispone: Suspéndase la tramitación de la propuesta hecha por el señor Malcolm Cameron Anderson, a causa de las oposiciones formuladas por los señores Juan Ortiz Garay y José H. Andrade, y envíese la referida propuesta, con los documentos que la acompañan, como también los dos escritos de oposición y las pruebas en que se apoyan, todo con carácter devolutivo, a la Sala de Negocios Generales de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, para los efectos de los artículos 26 de la ley 37 de 1931 y 72 del decreto 1,270 de 1931. Declárase que no habría lugar a suspender la tramitación de la propuesta por causa de las oposiciones formuladas por los señores Hernando Mendoza Gómez y Victoria Peralta v. de Ibáñez, por cuanto la primera no fue acompañada de las pruebas conducentes y la segunda se hizo fuéra de tiempo".

Repartido el negocio en la Corte, se dispuso oír por dos días a cada una de las partes, entendiéndose por tales el opositor, el Procurador General de la Nación y el proponente del contrato, en armonía con lo que dispone el artículo 26 de la ley 37 de 1931, que en lo pertinente dice:

"Si dentro del término señalado en el inciso 2º de este artículo se formulare oposición en cuanto a la propiedad del petróleo, acompañándola de las pruebas de que trata el mismo inciso, se suspenderá la tramitación de la propuesta, y se enviará con los documentos que la acompañan, como también el escrito de oposición y las pruebas en que se apoye (todo esto con carácter devolutivo), a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, para que dicha entidad, en juicio breve y sumario (arts. 1484 y siguientes del Código Judicial y 10 de la ley 39 de 1921), en una sola instancia, y dando prelación al despacho de estos asuntos, decida si es o no fundada la oposición. En dicho juicio breve y sumario serán tenidos como partes el opositor, la Nación y el proponente del contrato".

Surtidos los traslados, el doctor José H. Andrade, en su propio nombre y en el del señor Juan Ortiz G., de quien acompaña poder, solicita que este juicio se abra a pruebas por un término de diez (10) días; el señor Procurador emite dictamen acerca de las oposiciones propuestas, y el apoderado del proponente no se hizo oír en el traslado. Además, el doctor Alberto Schlesinger, como apoderado sustituto del señor Ulpiano A. de Valenzuela, pide a la Corte que se abstenga de conocer de las oposiciones y se devuelva el expediente al Ministerio de Industrias, dando como fundamentos los mismos que adujo el señor Valenzuela ante el Ministerio para pedirle que declarara terminada la tramitación de la propuesta en atención a la muerte de Anderson.

Los asuntos de la índole del que se considera son enviados a la Corte Suprema, de acuerdo con lo previsto en la ley 37 de 1931, artículo 26, para que se falle sobre la oposición u oposiciones presentadas y para que, como resultado del fallo, el Ministerio del ramo pueda adelantar la tramitación de la propuesta y el Gobierno celebrar el contrato en el caso de que el fallo de la Corte le sea favorable al proponente, por haberse decidido que el petróleo es de propiedad de la Nación. El fallo de la Corte fija en el proponente del contrato el derecho a que con él se continúe la tramitación de la propuesta; despeja, por así decirlo, el campo para que, llegado el caso, el Gobierno celebre con él el contrato.

Por dos fases puede considerarse que produce efectos en este caso el fallo de la Corte: por lo que toca al proponente del contrato, y por lo que mira a los opositores al mismo. En cuanto a lo primero, la ley (inciso 5º del artículo 26 citado) establece que el Gobierno "podrá celebrar el contrato respectivo" con el proponente. Para que el Gobierno celebre el contrato, en las condiciones así previstas, se requiere que haya un proponente, a quien el fallo se refiera, capaz legalmente de adquirir los derechos y contraer las obligaciones que resulten de este género de contratos. Si el proponente no

existe, no pueden, en su oportunidad, fijarse en él tales derechos y obligaciones. Y esto sentado, si el proponente de una propuesta de contrato para la exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional fallece sin haber firmado el contrato respectivo, es inútil, por carencia de objeto jurídico alcanzable, que se adelante una tramitación administrativa de esta naturaleza.

Sin que valga la consideración de que debe continuarse tramitando la propuesta por razón de los derechos que el proponente, al fallecer, puede transmitir a sus causahabientes. Ningún derecho transmisible a sus herederos tiene el proponente de un contrato de exploración y explotación de petróleo de propiedad nacional. El artículo varias veces citado de la ley 37 de 1931, inciso 5º, expresa que "el Gobierno **podrá celebrar** el contrato respectivo", lo que vale tanto como decir también que es potestativo del Gobierno celebrar o no el dicho contrato. La ley, en el punto que la Corte analiza, no consagra un derecho del proponente a contratar con el Gobierno Nacional, sino que, al contrario, deja a voluntad del Gobierno contratar o no con el proponente, según lo considere conveniente.

Armoniza con estas apreciaciones de la Corte el concepto del Ministerio consignado en su resolución a uno de los memoriales del señor Ulpiano A. de Valenzuela, que aparece a folios 17 a 19 del cuaderno respectivo:

"El Ministerio reafirma el concepto de que la Nación no queda obligada a contratar con el proponente a quien le admite en principio su propuesta para explorar y explotar petróleo. Y acepta que una ley nueva puede, sin vulnerar derecho alguno, cambiar o modificar las formalidades ya cumplidas por un proponente en observancia de lo que una ley anterior exigía para celebrar contratos de la naturaleza del que aquí se trata. Es decir, admite que las relaciones jurídicas entre el proponente que ha cumplido las formalidades exigidas por la ley preexistente y la Nación, que ha admitido en principio la propuesta, pueden ser no sólo modificadas sino abrogadas por una ley posterior, sin que resulte de ahí obligación de indemnizar perjuicios. Y analizando así el caso, puede llegarse a la conclusión de que la simple propuesta admitida engendra apenas una expectativa para el proponente".

En cuanto a los efectos de un fallo de la Corte en relación con los opositores a la celebración de un contrato de exploración y explotación de petróleo de propiedad nacional, ellos son no menos importantes y graves; porque al tenor del numeral citado del artículo 26, ley 37 de 1931, en el caso de una sentencia favorable de la Corte al proponente, le queda "al opositor vencido el derecho a demandar en juicio ordinario a la Nación, ante el Poder Judicial". Perdido para el opositor el juicio especial ante la Corte, tiene necesidad, si quiere insistir en la defensa de sus derechos, de demandar a la Nación por la vía ordinaria. Y ante la seriedad de esta consecuencia cabe bien considerar si sería posible deducir tales resultados jurídicamente de una tramitación administrativa o judicial cuando una de las partes ha desaparecido como persona capaz de adquirir y de obligarse conforme a la ley.

Es oportuno observar que el apoderado del señor Anderson, doctor Camilo Bernal L., no ha solicitado ante el Ministerio, con posterioridad al fallecimiento del proponente, que la propuesta continúe tramitándose, ni se ha hecho presente ante la Corte en el mismo asunto. Este silencio del apoderado supone la aceptación por parte de él de las consecuencias jurídicas que la Corte le atribuye al fallecimiento del señor Anderson.

Habiendo fallecido el proponente, señor Malcolm Cameron Anderson, como lo acreditan los documentos que aparecen a folios 5, 6 y 7 del cuaderno número 2, y no habiendo, como no los hay, derechos transmisibles a los herederos del mismo por razón de su propuesta de contrato para explorar y explotar petróleo, presentada al Ministerio de Industrias el 13 de julio de 1934, es el caso de declarar, como así lo declara la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, que no hay lugar a la tramitación y fallo de las oposiciones enviadas por el Ministerio de Industrias.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Ministerio de Industrias.

Pedro A. Gómez Naranjo, Aníbal Cardoso Gaitán, Eleuterio Serna R. Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

TERCERIA COADYUVANTE PROPUESTA POR EL FISCAL A NOMBRE DE LA NACION

Aunque las garantías que otorgan ordinariamente los empleados de manejo sólo se hacen efectivas cuando la autoridad correspondiente ha dictado fallo definitivo en lo tocante a las cuentas del empleado, en el presente juicio no se trata de ese caso, porque el ejecutado, demandado en juicio de tercería, al suscribir la obligación contenida en la escritura respectiva no otorgó una simple fianza para garantizar el alcance que pudiera deducírsele, sino que se declaró deudor por la suma de dinero expresada.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto ocho de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

En el juicio ejecutivo que el Banco Hipotecario de Colombia adelanta contra la señora Elvira Cualla v. de Fernández, en su calidad de poseedora de bienes de la sucesión de su esposo señor Tomás Fernández, el señor Fiscal del Tribunal de Bogotá interpuso demanda de tercería en favor de la Nación para el pago a ésta de la suma de setenta y cuatro mil novecientos cincuenta y dos pesos, noventa y seis centavos ($ 74,952.96), que el señor Tomás Fernández se obligó a pagarle a la Nación en virtud de la escritura número 2264, de 24 de diciembre de 1924, otorgada en la Notaría 3ª de Bogotá.

En la demanda de tercería se expresó así el Agente del Ministerio Público:

"Muy atentamente manifiesto: El veinticuatro de diciembre de mil novecientos veinticuatro se otorgó ante el Notario tercero de Bogotá la escritura número 2264, en virtud de la cual el señor Tomás Fernández se declaró deudor de la Nación por la suma de setenta y cuatro mil novecientos cincuenta y dos pesos, con noventa y seis centavos ($ 74,-952.96), valor de una amortización de vales del Tesoro de la emisión del año de 1922. El otorgante Fernández garantizó la deuda con caución hipotecaria sobre los bienes alinderados en la citada escritura, entre los cuales se encuentra una casa ubicada en esta ciudad, en la carrera trece y distinguida en su puerta de entrada con el número 172, y un lote de terreno de forma rectangular que se segregó de la misma casa y mide 15 varas de frente por la calle quince, por treinta y dos varas de fondo, con una mediagua que da frente a la calle quince y que lleva el número 109. Y la casa y lote a que me refiero fueron alinderados en la citada escritura.

"Los bienes de que hablo en párrafo anterior tenían otra hipoteca a favor del Banco Hipotecario de Colombia, según consta en escrituras números 1057 y 1182 de 30 de mayo y de 11 de junio de 1924, respectivamente, otorgadas en la Notaría tercera. El Banco Hipotecario inició la ejecución respectiva para hacer efectiva la cancelación de su crédito y designó como poseedora de los bienes hipotecados a la señora Elvira Cualla v. de Fernández. Adelantado el juicio, se presentó el certificado de que habla el artículo 239 de la ley 105 de 1890, y el Juzgado a vuestro digno cargo dispuso, de acuerdo con el artículo 240 ibídem, citar a la Nación como acreedora hipotecaria para que comparezca a hacer efectivos sus derechos en juicio de tercería.

"Por lo expuesto, y obrando como representante de la Nación en calidad de Fiscal 1º del Tribunal de Bogotá, yo, Manuel Tiberio Rodríguez, mayor de edad y vecino de Bogotá, fundado en lo dispuesto en los artículos 215, 219, ley 105 de 1890, 2499 del C. C. y demás disposiciones pertinentes, demando al ejecutante, Banco Hipotecario de Colombia y a la ejecutada Elvira Cualla v. de Fernández, en su carácter de poseedora de las fincas hipotecadas, para que en tiempo oportuno se decrete que por el producto de los bienes embargados en el juicio a que me refiero, se cancele el crédito a favor de la Nación, que aparece en la escritura Nº 2264 de 24 de diciembre de 1924, otorgada en la Notaría 3ª de esta ciudad, que en copia debidamente registrada adjunto, crédito que asciende a la suma de setenta y cuatro mil novecientos cincuenta y dos pesos, noventa y seis centavos ($ 74,952.96) e intereses respectivos desde que se causaron hasta que se verifique el pago".

El Tribunal hizo en la sentencia apelada las siguientes declaraciones:

"Primero.—Declárase probado el crédito a cargo de Elvira Cualla v. de Fernández, en su calidad de poseedora de la finca hipotecada, mediante la escritura número 2264 a que ya se ha hecho referencia en esta providencia, y a favor de la Nación por la suma de setenta y cuatro mil novecientos cincuen-

ta y dos pesos, noventa y seis centavos ($ 74,952.96), más los intereses legales desde que se causaron a deber hasta el día del pago. Segundo.—Con el precio del remate de la finca perseguida en este juicio, se pagarán los créditos en la siguiente forma: a) Las costas causadas en interés general; b) El crédito del Banco Hipotecario de Colombia con sus intereses y costas particulares, y c) El crédito a favor de la Nación con sus intereses y costas particulares. Se condena al ejecutado en las costas de la demanda de tercería".

Surtida legalmente la apelación y tramitado también en forma legal el recurso ante la Corte, se procede a dictar el fallo correspondiente.

El doctor Valentín Ossa, apoderado de la demandada señora Elvira Cualla v. de Fernández, solicita de la Corte la revocación del fallo del Tribunal, dando como razones principales para ello las consignadas en los apartes del memorial que en seguida se transcriben:

"En los términos y en las condiciones en que aparece constituída la hipoteca de Fernández, como responsable de una cuenta de la Nación, esa hipoteca no es (lo mismo que las que constituyen los empleados de manejo para responder de las resultas de éste) otra cosa que una garantía o caución del resultado del estudio de la cuenta, para el caso de que tal estudio apareciera que la diferencia o el alcance de su cargo eran reales y efectivos y no un simple error de cuenta. De la misma manera que no es dado proceder contra los empleados de manejo o contra quienes quiera tengan que responderle de un servicio a la Nación, sin la liquidación previa de la cuenta y sólo sobre el hecho de la hipoteca o de la caución constituída, en el caso de Fernández, sometido a un juicio de cuentas, no procede el cobro judicial, mientras no se hayan establecido, con el lleno de todos los requisitos establecidos por la ley para el juicio de cuentas, la responsabilidad de Fernández y la cuantía de ella. Ejercer la jurisdicción coactiva en tales condiciones es violar de modo flagrante la ley que dispone la suspensión de todo juicio, mientras sobre el mismo asunto y entre las mismas partes haya juicio pendiente. Al aceptar el Tribunal la tercería de la Nación prejuzga y deja sin valor el juicio de cuentas que, por apelación contra lo proveído por la Contraloría General de la República, se sigue ante el honorable Consejo de Estado. Con su fallo, en que acepta la tercería de la Nación, da ya por sentado el Tribunal que, por el solo hecho de que Fernández haya asegurado en favor de la Nación la efectividad de una cuenta sometida a examen y en que, por mandato expreso de la razón y de la ley, son aceptables las enmiendas y rectificaciones, tenga él o su sucesión que pagar el monto de aquella hipoteca, antes de que el Juez competente en el juicio de cuentas haya dictado fallo definitivo. Hasta tanto que se dicte ese fallo, que es de donde surge o puede surgir el derecho de la Nación al cobro del alcance posible a su favor, no existe tal derecho; ni por tanto, obligación alguna a cargo del responsable de la cuenta".

La razón presentada por el apoderado de la ejecutada, consistente en estarse adelantando a la sazón un juicio separado de cuentas en el cual ha de resolverse por la autoridad competente sobre la validez y firmeza de las glosas y alcances deducidos por la Contraloría General de la República al señor Tomás Fernández, es la misma que sirvió a la parte ejecutada para oponer, a la tercería de la Nación, las excepciones de petición antes de tiempo, pleito pendiente de cuentas, error de cuenta e inexistencia de la obligación.

Se alega ahora, como se arguyó ante el Tribunal, que la demanda de tercería no puede prosperar porque aún está pendiente un juicio distinto de cuentas y que mientras él no se falle no puede saberse si el señor Fernández es responsable, ni en qué cuantía, por el manejo de valores que tuvo a su cargo como Cajero-Contador de la Tesorería General de la República.

Es evidente, como lo afirma el apoderado de la ejecutada, que las garantías que otorgan ordinariamente los empleados de manejo están destinadas a responder en los casos de alcances que se les deduzcan, y también es verdad que por regla general tales garantías, como subsidiarias y consecuenciales a una obligación principal, sólo se hacen efectivas cuando la autoridad correspondiente ha dictado fallo definitivo en lo tocante a las cuentas del empleado y a los alcances de que resulta responsable. Y por la misma razón generalmente no procede la acción ejecutiva para el cobro de las sumas debidas por el empleado alcanzado, mientras el juicio de cuentas no haya concluído.

El caso de autos es distinto. El señor Tomás Fernández, al suscribir la obligación contenida en la escritura número 2264 de la Notaría tercera de Bogotá, de 24 de diciembre de 1924, no otorgó una simple fianza para garantizar un alcance de que pudiera resultar responsable, sino que se declaró

allí deudor, expresamente, del Tesoro Nacional por la cantidad varias veces citada de setenta y cuatro mil novecientos cincuenta y dos pesos, noventa y seis centavos ($ 74,952.96), y luégo, en cláusula distinta de la misma escritura, constituyó hipoteca para garantizar el pago de la suma de que se declaraba deudor.

Es verdad que allí también se estipuló que la obligación de Fernández se haría efectiva, que sería válida, si transcurridos noventa (90) días, contados desde la fecha de la escritura, no aparecía en la Contraloría o en la Tesorería que la diferencia de cuentas a su cargo procedía de un error corregible. Es claro que dentro del plazo fijado de noventa (90) días la obligación contraída por Fernández está en suspenso, no producía efectos contra él, de suerte que en el mismo tiempo habría sido improcedente cualquier acción de cobro basada en la escritura en mención. Pero transcurrido el plazo, cumplida la condición del vencimiento de éste, la obligación se cambió de obligación condicional y a plazo que era, en obligación pura y simple, exigible por los medios comunes.

Es interesante, en confirmación de lo dicho respecto de la obligación contraída por Fernández, copiar las cláusulas pertinentes de la escritura número 2264 a que se hace mención:

"Segundo.—Que queriendo Fernández alejar toda sospecha que pueda siquiera botar una duda sobre su nombre y empañar en lo más mínimo el manejo de fondos que tuvo a su cuidado por más de quince (15) años en la Tesorería General, por la presente escritura **se declara deudor del Tesoro Nacional** (subraya la Corte) por la cantidad de setenta y cuatro mil novecientos cincuenta y dos pesos, noventa y seis centavos ($ 74,952.96), así: Por capital de los vales citados, sesenta y nueve mil quinientos veinte pesos ($ 69,520), y por intereses de los mismos, cinco mil cuatrocientos treinta y dos pesos con noventa y seis centavos ($ 5,432.96), responsabilidad que asume con el bien entendido de que se esperará por un término de noventa (90) días, contados desde la fecha, para ver si aparece en la Contraloría General de la República, o en la Tesorería misma, que la diferencia expresada procede de un error corregible. Cuarto. -Fernández da al Gobierno y le constituye en hipoteca, como garantía, las siguientes fincas, así: Una casa de su propiedad, situada en la calle quince, de esta ciudad, distinguida con el número cuarenta y dos (42) en su puerta principal, junto con las tiendas de la misma, marcadas con los números cuarenta (40), cuarenta y cuatro (44) y cuarenta y seis (46), respectivamente, casa que actualmente está recdificándose en su frente por haberse caído, y alinderada así: Por el sur, calle de por medio, con casa que fue de Isidoro Lits y casa que fue de los señores Mariños; por el occidente, con casa que perteneció a los herederos del Presbítero Ignacio Castañeda; por el norte, con solar que fue de Antonio Forero, y solar que perteneció a los señores Quintanas; por el oriente, con casa y solar de la casa que perteneció a los señores Ricaurtes".

El término señalado en la cláusula 4ª copiada no fue indefinido o ilimitado, para que dentro de él se estableciera si había o no error de cuenta corregible en la liquidación que dio lugar al alcance contra Fernández; sino que fue un término limitado, reducido a noventa días, transcurridos los cuales, la condición suspensiva para la efectividad de la obligación desaparecía y ésta se hacía exigible. Ese carácter tenía la obligación cuando se presentó la demanda de tercería por el señor Fiscal del Tribunal de Bogotá, y tal carácter lo conserva aun, por no haberse aducido en el juicio razones suficientes para considerar que la obligación de Fernández se halle hoy sujeta a plazo o condición suspensiva.

En el informe que la Corte solicitó del Consejo de Estado y que éste remitió con fecha 29 de julio, se lee: "Desde el 1º de noviembre de 1928 el Consejo de Estado feneció definitivamente el negocio sobre 'desfalco ocurrido en la Tesorería General de la República durante los años inmediatos anteriores al de 1925 y del cual es responsable el señor Tomás Fernández, hoy sus herederos legítimos', dejando a cargo de éstos un alcance por valor total de $ 149,268.27".

No está, pues, pendiente, como se afirma, el juicio de cuentas promovido con ocasión de las glosas y alcances deducidos por la Contraloría General de la República al señor Tomás Fernández.

Es verdad que, como lo atestigua el mismo informe del Consejo de Estado, esa entidad, "a petición de los interesados, resolvió abrir articulación a efecto de revisar la providencia de que se trata, previa la práctica de pruebas solicitadas por aquéllos y en virtud de la facultad otorgada por el artículo 22 del Acuerdo número 1º de 1926 del Consejo de Estado, según el cual, 'aún después de ejecutoriado un auto con alcance contra el responsable, y siempre que el expediente respectivo no se hubiere devuelto a la Contraloría, se admitirá a dicho responsable, a su fiador o a su representante,

la presentación de nuevos comprobantes, los que examinados por el Consejo, previo el correspondiente estudio que haga el mismo consejero sustanciador, pueden dar lugar a un nuevo auto que destruya o modifique los efectos del primero". El mismo acuerdo del Consejo está diciendo que aquel recurso extraordinario tiene lugar en casos muy especiales, análogos por su poca ocurrencia a los que sirven para fundar dentro del procedimiento civil ordinario, la revisión de los procesos. Pero la naturaleza de ellos, lo mismo que la del que se ha iniciado ante el Consejo de Estado por los herederos del señor Fernández, se deduce que la providencia que se aspira a revisar se halla ejecutoriada, que es firme y definitiva, como sucede con todas las sentencias que pueden ser objeto de un recurso de revisión.

El señor Procurador solicita la confirmación del auto apelado, por razones que armonizan con las ya expuestas, y además agrega este concepto, que la Corte estima oportuno en el presente fallo:

"... por otra parte, que si luégo de hacer uso de todos los medios de defensa del juicio de cuentas se reformare o revocare por el Consejo de Estado el auto de la Contraloría, rebajando la cuantía del alcance o dictando auto de absolución, bien puede el ejecutado, como ya quedó dicho, defenderse, con base en tal sentencia, dentro de este mismo juicio ejecutivo, o intentando, si ya éste se hubiere fallado, una acción sobre pago de lo no debido, para obtener la restitución de lo pagado de más o la totalidad de lo pagado".

En mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia apelada.

Con costas a cargo del recurrente.

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

Pedro A. Gómez Naranjo, Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

RECURSO DE HECHO

Los Acuerdos de los Tribunales no constituyen instancia y no son apelables ante el Superior.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto catorce de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R.)

El señor Aníbal Pareja R., vecino de Barbacoas, solicitó del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, por memorial de 9 de julio de 1933, licencia para ejercer la abogacía, de conformidad con el numeral 5º del artículo 3º de la ley 62 de 1928. Por acuerdo de fecha 28 de noviembre del dicho año, aquella corporación negó la solicitud.

Notificada la providencia al interesado, éste, en memorial de 28 de marzo de 1935, pidió reposición de ella. El expresado memorial fue adicionado con otro del 2 de abril último, en el sentido de que interponía el recurso de apelación para el caso de que no se repusiera la providencia. Por el Acuerdo número 65 de 22 de mayo del corriente año fueron negadas ambas peticiones. Impetró de esta providencia reposición el señor Pareja R., en memorial del 31 del mismo mes de mayo, manifestando que, a no procederse de conformidad, recurría de hecho. Como por el Acuerdo número 70 de diez y ocho de junio de este año se negó la reposición, el peticionario obtuvo en tiempo las copias necesarias para el efecto del recurso invocado, y con ellas, en tiempo oportuno, ha ocurrido de hecho ante esta Sala para que ella conceda el recurso de apelación que interpuso y que le fue denegado. El interesado ha cumplido con lo que manda el artículo 514 del Código Judicial enviando a este Despacho un escrito en que fundamenta su pretensión.

El recurso de apelación fue interpuesto en tiempo hábil y el de hecho introducido oportunamente y con los requisitos exigidos por el artículo 513 de la obra mencionada; toca ahora a la Corte averiguar si la providencia del Tribunal está sujeta al recurso de apelación.

El interesado afirma que sí, con las siguientes razones:

"El honorable Tribunal da al acuerdo en cuestión el carácter de sentencia definitiva que no puede ser revisada por él mismo, en lo que creo tiene un error, porque ese Acuer-

do, a la luz de los principios legales, nunca tiene ni puede tener la fuerza de cosa juzgada, que es lo que constituye la naturaleza del fallo definitivo.

"Niega el honorable Tribunal la apelación que interpuse por la sola afirmación que hace de no ser apelables los Acuerdos expedidos por él, y porque, en su concepto, esos Acuerdos son de una sola instancia.

"Sin temor de equivocarme afirmo que esas providencias tienen apenas la forma de Acuerdo, pero en sí son fallos que definen derechos y determinan la condición de una persona, cuando y siempre se trate de la inscripción de abogado para el ejercicio de esa profesión. Siendo así, es lógico y jurídico concluír que la apelación interpuesta por mí, está muy mal denegada.

"Es cierto que estos asuntos corresponden al honorable Tribunal de cada Distrito conocer en primera instancia; pero es también verdad que mi solicitud tiene el carácter de asunto civil, y entonces corresponde a la Corte Suprema de Justicia conocer de la apelación denegada por el honorable Tribunal, ya que de acuerdo con el artículo 37 del C. J., en su numeral 1°, ella es pertinente".

La Corte, para resolver la cuestión, considera:

En esta clase de asuntos se busca obtener sin controversia, sin lucha litigiosa, el reconocimiento de un derecho; y los Tribunales Superiores, a los que les está atribuído su conocimiento, no obran propiamente como entidades judiciales al declarar si la persona que solicita su consagración como abogado reúne o no las condiciones que la ley exige para esa consagración, sino que más bien dictaminan, sin instancia alguna ni formación de causa, como entidades con jurisdicción voluntaria al apreciar si el peticionario ha ejercido la profesión de abogado por el tiempo y dentro de los requisitos legales, o si ha ejercido determinadas funciones judiciales por el lapso establecido en la ley. Las providencias que se dictan al calificar estos negocios, se refieren, pues, a la deliberación y resolución de los Magistrados sobre la apreciación de las capacidades y demás circunstancias de idoneidad que se requieren en el solicitante para que pueda ser admitido a ejercer la profesión mencionada. Este el motivo por el que la dirección y calificación de estos asuntos no constituyen una instancia propiamente dicha y por el que las providencias que los deciden se profieran en forma de Acuerdos, que son actos en los cuales los Magistrados discuten y se avienen en las determinaciones que han de tomar, con el fin de disponer en forma conveniente sobre una cuestión que tiene calidad más de reglamentaria que de fallo. De aquí la diferencia de los Acuerdos con las sentencias y los autos: las sentencias desatan los pleitos o causas, previa la sustanciación de la instancia, y los autos dirigen la sustanciación de esa instancia o deciden los incidentes que dentro de ella resulten, en tanto que para la formación de los Acuerdos las entidades que los profieren no se acomodan a las circunstancias y detalles de una instancia.

Ahora: según las disposiciones sobre organización judicial y los recursos, los Acuerdos no son revisables por el superior, a menos de disposición en contrario, como sí lo son las sentencias y los autos interlocutorios proferidos en juicio, salvo que la ley disponga otra cosa.

Como no se trata de una instancia en juicio, no es el caso de dar aplicación al numeral 1o. del artículo 37 del Código Judicial, que dispone que la Corte Suprema conoce en segunda instancia de los asuntos civiles de que conocen los Tribunales en primera.

De todo lo expuesto se concluye que no es procedente la apelación que se intenta.

En consecuencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, estima bien denegada la apelación, y dispone ponerlo en conocimiento del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto para que conste en los autos.

Notifíquese, cópiese y archívense las diligencias.

Pedro A. Gómez Naranjo, Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO SEGUIDO CON JURISDICCION COACTIVA



Para hacer efectivas coercitivamente las multas de fianzas otorgadas para la presentación de conscriptos militares, es indispensable el requerimiento personal del fiador para la presentación del fiado.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto veintidós de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

El señor Francisco Soto V. se obligó ante el Alcalde Municipal de Buga, en documento suscrito el 3 de mayo de 1934, como fiador del conscripto Lisandro Conde, a presentar lo ante cualquiera autoridad del servicio militar cuando se lo exigieran, ya para el sorteo, examen médico, acuartelamiento u otros asuntos relacionados con dicho servicio. Como no fue presentado el fiado el día del examen médico para el sorteo, la Junta Territorial Municipal de la nombrada población, en resolución de fecha cinco de marzo de este año, declaró al señor Soto incurso en la multa de cien pesos ($ 100). Fundado en esta providencia, el Recaudador de Hacienda Nacional de Buga libró mandamiento de pago por la vía ejecutiva para hacer efectiva la expresada multa, los intereses y las costas.

En el mencionado juicio, el ejecutado propuso oportunamente las excepciones de "carencia de acción del Fisco o ineficacia del instrumento y nulidad del mandamiento ejecutivo", las cuales fundó en el hecho de no haber sido requerido de conformidad con la ley procedimental y con el Código Civil para la presentación del fiado.

Para resolver se considera:

Obran en el expediente el documento de fianza suscrito por el fiador señor Francisco Soto V., por el cual se comprometió a la presentación de su fiado Lisandro Conde, y la resolución dictada por la Junta Territorial del Municipio de Buga, declarando al señor Soto responsable de la multa por no haber presentado a su fiado. Pero no se encuentra en el expediente la constancia del requerimiento personal hecho al fiador para la presentación del conscripto Conde, circunstancia ésta que es necesario apreciar y que debe aparecer en los autos de manera clara para que así tenga efecto la fianza otorgada, como lo ha resuelto la Corte en varios fallos.

Por el contrario, aparece en el expediente la prueba de que al señor Soto no se le requirió personalmente para que presentara a su fiado, según lo certifica el alcalde de Buga, quien dice que se publicó por medio de bandos consecutivos en toda la ciudad, como por avisos y en un tablero de la Alcaldía fijado al público, la fecha señalada para el examen y sorteo de todos los conscriptos que se habían inscrito y afianzado.

El señor Procurador General de la Nación pide que se declaren no probadas las excepciones y para fundamentar su solicitud dice lo siguiente:

"Como el fiador se obligó a 'enterarse de las fechas y horas que se señalen para verificar el examen médico', ha de resultar que si Soto no averiguó aquello y por eso dejó de presentar a su fiado, incurrió en la multa, pues si bien es cierto que por regla general el requerimiento para presentar al fiado debe ser hecho personalmente al fiador, si éste al constituírse como tál se ha obligado a enterarse de las fechas de los sorteos, exámenes médicos, etc., estimo que no se requiere la notificación personal al fiador, porque renunció un derecho cuya renuncia no está prohibida, ni va contra el orden público (arts. 15 y 16 del C. C.)".

Sobre esto se observa:

Si es verdad que el fiador se obligó a enterarse de las fechas y horas señaladas para verificar el examen médico, no lo es menos que conforme al documento de fianza la obligación principal es la de presentar al fiado "cuando así se lo exijan". Por consiguiente, no puede estimarse la estipulación a que se refiere el señor Procurador como la renuncia al derecho de ser requerido personalmente, para la presentación del fiado. Los derechos conferidos por las leyes pueden renunciarse, conforme al artículo 15 del C. C., pero es obvio que la renuncia debe aparecer en forma clara, de manera que no haya duda sobre la voluntad del renunciante, y esta condición no concurre en el caso que se estudia.

Para hacer efectivas coercitivamente las multas provenientes de fianzas otorgadas para la presentación de conscriptos militares, es indispensable el requerimiento personal del fiador para la presentación del fia-

do, pues conforme al artículo 1608 del C. C., no puede considerársele en mora de cumplir las obligaciones contraídas mientras el requerimiento no aparezca legalmente hecho.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara probada la excepción de carencia de acción del Fisco, propuesta por el ejecutado señor Francisco Soto V. en estas diligencias, y ordena en consecuencia que se suspenda la ejecución y se desembarguen los bienes trabados.

Cúmplase el artículo 351 del C. J.

Publíquese, cópiese y notifíquese; en oportunidad legal, devuélvase el expediente a la oficina de procedencia.

Pedro A. Gómez Naranjo, Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán. Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

CONSULTA DE UNA SENTENCIA

Para que la Corte pueda conocer por consulta de un asunto en que tenga interés la Nación, se necesita que el fallo de primera instancia declare alguna obligación a su cargo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto veintidós de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

El señor Fiscal 1º del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá presentó ante aquella entidad, el veintitrés de octubre de mil novecientos veintinueve, demanda ordinaria para que con citación y audiencia de los señores Sergio Ruiz R. y Arcadio Ruiz, se declare "que los contratos de venta que aparecen en las escrituras números 813 y 814 de fecha 15 de diciembre de 1924, otorgadas en la Notaría de Facatativá, y en las cuales Jorge Enrique Ruiz, obrando como apoderado de Sergio Ruiz R., vende a Arcadio Ruiz los bienes que allí se enumeran, son nulos, de nulidad absoluta, por carecer de causa". En la demanda se pide que se hagan otras declaraciones consecuenciales de la acción principal.

Agotada la tramitación de la primera instancia, el Tribunal le puso fin al negocio con la sentencia, de fecha veintitrés de noviembre de mil novecientos treinta y cuatro, en la cual absolvió a los demandados Sergio y Arcadio Ruiz de todos los cargos formulados contra ellos en la demanda promovida por el señor Fiscal 1º del Tribunal Superior de Bogotá, en nombre de la Nación.

Notificado el fallo, las partes lo consintieron. Pero como en él se ordenó consultarlo con la Corte Suprema de Justicia en el caso de que no fuera apelado, los autos fueron remitidos a esta superioridad, donde se pasa a decidir, una vez terminado el trámite legal de la segunda instancia.

Antes de estudiar en el fondo el negocio, es necesario definir el punto relativo a la jurisdicción de la Corte para conocer de la consulta.

El artículo 508 del C. J. establece la consulta para las sentencias que declaren alguna obligación a cargo del Estado, de los Departamentos y los Municipios. La Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia conoce en segunda instancia de los negocios civiles de que conocen en primera los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, conforme al artículo 37 del texto citado. Al tenor de estas disposiciones, para que la Corte pueda conocer por consulta de un asunto en que tenga interés la Nación, se necesita que el fallo de primera instancia declare alguna obligación a su cargo. En los juicios iniciados a nombre de la Nación, cuando la sentencia absuelve a los demandados, no es procedente la consulta, porque no concurre la circunstancia exigida por el artículo 508 citado, y es obvio que si el demandante no se conforma con el fallo tiene el derecho de interponer el recurso de apelación, para defender el interés del Estado.

En el asunto que se estudia, la sentencia no declara obligación alguna a cargo de la Nación, y por tanto, tal providencia no es susceptible de consulta. No tiene, por consiguiente, competencia la Corte para entrar a conocer de este negocio y así debe declararse, ya que la competencia, por lo que hace a la naturaleza del asunto y a la calidad de las partes, se determina por las disposiciones que detallan las atribuciones de cada autoridad judicial, y es improrrogable,

salvo excepción expresa, al tenor de lo establecido por el artículo 151 del C. J.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, de acuerdo con el Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, se abstiene de conocer de la consulta de la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Bogotá, por carácter de jurisdicción.

Estampíllese, cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Pedro A. Gómez Naranjo, Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán. Gustavo Gómez Hernández. Srio. en ppd.

EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO SEGUIDO CON JURISDICCION COACTIVA

Al estudiar la excepción de invalidez de un título ejecutivo, que se refiere a lo sustancial de la acción, no debe limitarse la Corte a examinar la parte formal del documento o de la providencia que sirvió de recaudo ejecutivo, sino que debe analizar al fondo de la cuestión para saber si se ajusta a las prescripciones legales y si origina una acción cuyo cumplimiento se pueda pedir ejecutivamente. Los alcances líquidos y definitivos del departamento de Contraloría contra los responsables al erario, prestan mérito ejecutivo; pero las leyes que reglamentan la materia han señalado procedimientos especiales para declarar tales alcances y los responsables tienen términos para dar sus descargos y presentar sus pruebas. Si no se cumplen esas formalidades, se arrebata un derecho siendo por tanto ilegal el fenecimiento, y no puede aceptarse éste para fundar un auto ejecutivo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, septiembre cuatro de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

El 11 de julio de 1933, el Juzgado 1º Nacional de Ejecuciones Fiscales decretó orden de pago por la vía ejecutiva a favor del Tesoro Nacional y en contra del señor Germán Ribón, de Barranquilla, para que, como fiador solidario y mancomunado de Julián Gómez M., pague la suma de $ 822-50, los intereses legales y las costas.

El señor Ribón oportunamente propuso las siguientes excepciones: ineficacia jurídica del título ejecutivo, inexistencia de la obligación principal y extinción de la obligación accesoria. Tramitado el incidente legalmente, se pasa a fallarlo, previas las siguientes consideraciones:

Se fundó el auto ejecutivo en el fenecimiento de la Contraloría número 10 de 7 de enero de 1932, sobre las cuentas de la aduana de Barranquilla, correspondientes al mes de octubre de 1926, en el cual se dedujo el alcance contra el señor Julián Gómez M., como Cajero Auxiliar de la misma Aduana. El juicio de cuentas fue seguido contra los ex-Administradores de la Aduana, señores Manuel J. Chavarriaga y Hernando Carrizosa, pero no contra el señor Gómez, quien falleció, según prueba de autos, el 26 de septiembre de 1928. La parte resolutoria del fenecimiento dice así:

"Declárase sin valor el cargo hecho al ex-Administrador Tesorero de la Aduana de Barranquilla, señor Manuel J. Chavarriaga, por la cantidad de $ 297.50, y revocada, en lo pertinente, la providencia número 736 de fecha 6 de abril de 1931, dictada por la Contraloría en el juicio de la cuenta correspondiente al mes de octubre de 1926, de la responsabilidad de dicho señor, que fenece sin cargo alguno al responsable.

"Levántase el cargo hecho al ex-Administrador Tesorero, señor doctor Hernando Carrizosa, por la cantidad de $ 325.00 y revocada la providencia número 734 de agosto próximo pasado, dictada por este Despacho en el juicio de la cuenta correspondiente al mes de octubre de 1928 de la responsabilidad de dicho señor.

"En su lugar se dispone declarar responsable del extravío de la suma de $ 822.50, producto de un remate, al ex-Cajero Auxiliar de la Administración de la Aduana de Barranquilla, señor Julián Gómez M., y a efecto de hacer efectiva dicha cantidad de los fiadores de dicho señor González M. en los términos expresados en esta providencia, remítase copia de ella al señor Juez de Rentas Nacionales de Barranquilla".

La historia de los hechos que motivaron

el alcance, se halla condensada en el siguiente aparte del auto de fenecimiento:

"El responsable, señor David Arango Restrepo, replica a esta glosa por medio de oficio sin número, de fecha 21 de febrero último, alegando que si bien es cierto que encuentra juiciosas las deducciones de la Contraloría, no por ello son menos erróneas y en síntesis expone que el asunto pasó así: En 1926, y en la fecha atrás indicada, se verificó el remate de que se ha hablado antes, y en seguida llegó una orden judicial de suspenderlo, por lo cual se detuvo el dinero en una cuenta especial de remates que se llevaba en la Aduana. El ex-Cajero Auxiliar, señor Julián Gómez M., expidió el recibo del caso, y recibió el dinero, manteniéndolo en su caja, según la costumbre. Pasó el tiempo y en 1929 fue fallado el negocio criminal que pesaba sobre ese contrabando, y en consecuencia, el Juez de Rentas Nacionales ordenó a la Aduana que pagara las participaciones respectivas. El Administrador se negó a hacerlo porque el dinero no estaba en la caja, ya que el señor Julián Gómez había muerto y el Administrador de aquel entonces, doctor Hernando Carrizosa P. entregó a la familia del finado un dinero sobrante que se encontraba en su caja al morir; pero el Juez de Rentas manifestó que nada tenía que ver con eso y apremió a la Aduana por el cumplimiento de la sentencia dictada por el Juzgado. En tal virtud, se procedió por la Administración de la Aduana a levantar una investigación de los hechos y el resultado que se obtuvo fue averiguar que el señor Gómez, muerto en 1928, no había rendido cuenta de la suma de $ 822.50, producto del remate, y como consecuencia de todo ello, se formó un expediente y se dictó un auto ordenando pasar el expediente al Juzgado de Rentas a fin de que se ejecutara a los fiadores del señor Gómez M. Como comprobante remito copia de la parte pertinente de la actuación, para que se vea, manifiesta, que el responsable procedía a cubrir las participaciones en referencia, bajo la presión del señor Juez de Rentas, y que no era posible hacer otra cosa, en virtud de lo cual ninguna responsabilidad le cabe en este negocio; pues no sólo no fue durante su Administración que se perdió ese dinero, sino que él, en guarda de los intereses confiados a su custodia, ordenó, como ya se dijo, iniciar ejecución que debe adelantarse en el precitado Juzgado".

En el mismo auto de la Contraloría se hace referencia a la circunstancia de que el señor Félix Gómez, hijo de don Julián Gómez M., devolvió la suma de $ 325 que le habían sido entregados a la familia del señor Gómez como sobrante a favor de éste.

Durante el término de prueba se hizo llegar a los autos un certificado del señor Contralor, en el cual consta lo siguiente:

"En el juicio de la cuenta de octubre de 1926, de la Administración de la Aduana de Barranquilla, de la responsabilidad del señor Manuel J. Chavarriaga, se dictó la providencia número 10 de 7 de enero de 1932, mediante la cual y previa la correspondiente calificación, se absolvió de los cargos formulados a los Administradores de esa Aduana, señores Manuel J. Chavarriaga, Hernando Carrizosa y David Arango Restrepo, como posibles responsables de la no contabilización en sus respectivas cuentas de la suma de $ 822.50, valor líquido del remate de un contrabando, que fue recibido por el Cajero Auxiliar de la Aduana, señor Julián Gómez M.

Ni en el juicio de las cuentas de octubre de 1926, ni en el de octubre de 1928, como tampoco en el de septiembre de 1930, en que intervinieron, en su orden, los ex-Administradores Chavarriaga, Carrizosa y Arango Restrepo, hay constancia de que en ellos hubiera intervenido directamente ni por medio de apoderado el señor Julián Gómez M., Cajero Auxiliar de la citada Aduana ni de que hubiera sido oído ni vencido en las aludidas actuaciones, y para esa no intervención mediaron las siguientes razones: 1ª) Porque en los juicios de cuentas las glosas que formula la Contraloría contra los responsables del erario se dirimen directamente entre éstos y aquélla, mediante la exposición de pruebas y motivos, sin que en tales juicios puedan intervenir terceros; 2ª Porque de las pruebas allegadas al juicio de septiembre de 1930 por el ex-Administrador David Arango Restrepo, para desvirtuar el cargo en lo que a él se refería, aparece plenamente demostrado que en virtud de una investigación que sobre el particular ordenó practicar éste, por mediación del Juzgado de Rentas del Atlántico, se estableció que Julián Gómez M., ex-Cajero Auxiliar de la Aduana había recibido los $ 822.50, valor del remate en cuestión, sin que lo hubiera contabilizado en sus cuentas, dando origen lo probado a que el expresado Administrador ordenara al citado Juez de Rentas el cobro ejecutivo de esa suma a los fiadores de Julián Gómez M., por haberse demostrado asimismo el fallecimiento de éste. También consta de autos que el hijo del extinto señor José Félix Gómez, al suscribir una acta sobre devolución de $ 325.00, que hacían parte de los $ 822.50, hizo constar que cualquier diferencia sería repuesta con la fianza.

"Con los elementos allegados que sirvieron para demostrar la inculpabilidad de los ex-Administradores Chavarriaga, Carrizosa y Arango Restrepo, los cuales aceptó como prueba la Contraloría y que hacen parte del juicio de la cuenta de esa Aduana referente a octubre de 1926, este Despacho relevó de toda responsabilidad a los mentados ex-Administradores, según aparece de la providencia número 10 de 7 de enero de 1932, haciéndola recaer sobre el mentado Julián Gómez M., disponiendo se prosiguiera por el señor Juez de Rentas Nacionales del Atlántico la ejecución establecida contra los fiadores del extinto Julián Gómez M."

El ejecutado apoya la excepción de ineficacia jurídica del título ejecutivo en el hecho de que contra el Cajero señor Julián Gómez no se adelantó juicio de cuentas y de que la responsabilidad se le dedujo en el juicio seguido contra los ex-Administradores de la Aduana de Barranquilla, en el cual no intervinieron ni el señor Gómez ni sus representantes legales. Estima el excepcionante que como la providencia de la Contraloría no fue dictada llenando los requisitos señalados por la ley, no puede emanar de ella una obligación cuyo cumplimiento pueda reclamarse ejecutivamente. Agrega que como la obligación principal no existe, está extinguida la obligación accesoria, de conformidad con el artículo 2406 del C. C., inciso 3o.

El señor Procurador, por su parte, dice que la Corte no puede entrar a averiguar si el procedimiento empleado por la Contraloría se conforma o no con las leyes, si en él se violaron o no disposiciones vigentes, si él se llevó lealmente con la asistencia del ejecutado o si fue proferido a sus espaldas, porque es un procedimiento administrativo que no se puede revisar por el Poder Judicial. Agrega que para los jueces ordinarios basta con que exista firme la declaración oficial del reconocimiento.

Sobre esto se observa:

Conforme al artículo 1025 del C. J., desde la notificación del mandamiento ejecutivo hasta que se ejecutoría el auto de citación para sentencia de pregón y remate, puede el ejecutado proponer por una sola vez las excepciones que crea tener a su favor. De manera que puede proponer excepciones perentorias, que son las que se oponen a lo sustancial de la acción. El artículo 329 del mismo Código, las define así: "Constituye excepción perentoria todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación, o la declaran extinguida si alguna vez existió".

Por consiguiente, al estudiar la excepción de invalidez de un título ejecutivo, que se refiere a lo sustancial de la acción, la Corte no debe limitarse a examinar la parte formal del documento o de la providencia que sirvió de recaudo ejecutivo, sino que debe analizar el fondo de la cuestión para saber si se ajusta a las prescripciones legales y si origina una acción cuyo cumplimiento se pueda pedir ejecutivamente.

La tesis del señor Procurador es aceptable en algunos casos, pero no cuando el excepcionante ha fundado su acción en cuestiones referentes al fondo mismo de la obligación, en el cual es preciso estudiar ampliamente la defensa del ejecutado para saber si es fundada o no.

En el negocio que se estudia, no se siguió juicio de cuentas contra el señor Julián Gómez M. ni contra sus representantes legales, y la responsabilidad se dedujo en un juicio adelantado contra otras personas. La providencia que declaró el alcance, no fue dictada después de agotados los trámites señalados por la ley para esta clase de juicios. Los alcances líquidos y definitivos del Departamento de Contraloría contra los responsables del erario, prestan mérito ejecutivo, conforme al artículo 1059 del C. J.; pero las leyes que reglamentan la materia han señalado procedimientos especiales para declarar tales alcances y los responsables tienen términos para dar sus descargos y presentar sus pruebas. Si no se cumplen esas formalidades, se arrebata un derecho, siendo —por tanto— el fenecimiento ilegal, y no puede éste aceptarse para fundar un auto ejecutivo.

El artículo 26 de la Constitución establece que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente, observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. El señor Gómez fue declarado responsable por la entidad competente; pero no fueron observadas las prescripciones legales del juicio de cuentas.

De lo anterior se deduce que el título ejecutivo es inválido, como lo afirma el excepcionante, y que —en consecuencia— no existe la obligación accesoria de la fianza.

Es importante hacer la siguiente observación: el fenecimiento hace referencia a la circunstancia de que el señor Félix Gómez, hijo del señor Julián Gómez M., devolvió la suma de $ 325 que le habían sido entregados a la familia, como sobrante de caja. No obstante esta devolución, el alcance se formuló por el total de la glosa, sin deducción alguna.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara probada la excepción de invalidez jurídica del título ejecutivo, por no haberse seguido el respectivo juicio de cuentas para declarar la responsabilidad del Cajero señor Samuel Gómez M., y como consecuencia, la de inexistencia de la obligación accesoria de fianza, propuestas en este juicio por el ejecutado señor Germán Ribón.

Desembárguense los bienes sujetos a la traba ejecutiva y suspéndase la ejecución.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Pedro A. Gómez Naranjo, Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

Gaceta Judicial

En virtud del contrato celebrado entre el Ministerio de Gobierno y la Empresa Editorial "MUNDO AL DIA", la "Gaceta Judicial", ha principiado a editarse en aquella Empresa a partir del número 1898 en adelante. Los suscriptores oficiales pueden entenderse con la Relatoría de la Corte Suprema de Justicia y los particulares con "MUNDO AL DIA" para todo lo relacionado con suscripciones y anuncios en dicha publicación.

Precio de la suscripción de 12 números $ 5.00

INDICE

PGNS.

Actos inexistentes y actos nulos de pleno derecho, por Henry Capitant, (Del libro titulado "Introducción a l'étude du Droit Civil"..... 251

COLABORACION JURIDICA

Sociedades. Miguel Moreno Jaramillo..... 356

SALA PLENA

Informe del Magistrado Dr. Pedro Alejo Rodríguez sobre la consulta de un Tribunal, en relación con los jueces interinos y ad hoc 361

Informe de los Magistrados doctores Pedro Alejo Rodríguez y Juan Francisco Mújica acerca de la creación de un Juzgado Municipal en la capital de la Intendencia del Amazonas 363

SALA DE CASACION CIVIL

No se infirma la sentencia del Tribunal de Medellín en el juicio reivindicatorio de Daniel y Francisco Vélez contra Carmen Julia Espinosa v. de Acosta y otros. Magistrado ponente Dr. Hinestrosa Daza..... 365

No se infirma la sentencia del Tribunal de Bogotá en el juicio del Instituto Homeopático Luis G. Páez contra Ernesto Cifuentes, sobre resolución de un contrato de compraventa. Magistrado ponente, Dr. Hinestrosa Daza 367

No se infirma la sentencia del Tribunal de Tunja en el juicio reivindicatorio seguido por Jacinto Moreno y Ramón Bernal Azuza contra el Municipio de Tunja. Magistrado ponente, Dr. Zuleta Angel..... 370

Se casa la sentencia del Tribunal de Buga en el juicio reivindicatorio seguido por Guillermo Gutiérrez Vélez contra Hermenegildo Arias. Magistrado ponente, Dr. Escallón 374

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

Acuerdo No. 16 de 4 de septiembre de 1935 sobre cambio de radicación de un sumario 378

Invalídase la sentencia del Tribunal de Santa Rosa de Viterbo en la causa seguida contra Felipe López Acosta, por homicidio. Magistrado ponente, Dr. Iglesias..... 380

Se confirma la sentencia apelada en el juicio de responsabilidad seguido contra Benjamín Trespalacios. Magistrado ponente, Dr. Rodríguez 384

Se declara nulo lo actuado en el proceso militar seguido contra el Sargento Carlos Elvar Bravo, por ataque a un superior. Magistrado ponente, Dr. Montalvo..... 386

No se infirma la sentencia del Tribunal de Pamplona en la causa contra Félix Castilla y otro por rapto. Magistrado ponente, Dr. Rodríguez. 392

Se invalida la sentencia del Tribunal de San Gil en la causa contra Daniel Wilches por homicidio. Magistrado ponente, Dr. Rodríguez. 398

No infirma la Corte la sentencia del Tribunal de Santa Marta, en la causa contra José del Carmen Herrera y Ana Dolores Santana de Contreras, por homicidio. Magistrado ponente, Dr. Iglesias..... 400

Cásase la sentencia del Tribunal de Pereira en el juicio contra Esteban Escalante por homicidio. Magistrado ponente, Dr. Montalvo. 409

Se confirma la sentencia del Consejo de guerra Ordinario reunido en Pamplona el 21 de marzo de 1935 en la causa contra Ramón Rodríguez por deserción. Magistrado ponente, Dr. Iglesias..... 412

Se casa la sentencia del Tribunal de Barranquilla en las causas acumuladas contra Saad Dlaikan y otros por varios delitos. Magistrado ponente, Dr. Iglesias..... 416

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Declárase probada la excepción de carencia de título en el ejecutivo seguido por el Juzgado 1o. Nacional de Ejecuciones Fiscales contra Daniel Ortiz y otro. Magistrado ponente, Dr. Cardoso Gaitán..... 428

No hay lugar a la tramitación y fallo de las oposiciones a una propuesta para explorar y explotar petróleo de propiedad nacional, formulada por el señor Malcom Cameron Anderson. Magistrado ponente, Dr. Cardoso Gaitán. 431

Confírmase la sentencia apelada en el juicio ejecutivo seguido por el Banco Hipotecario de Colombia contra Elvira Cuella viuda de Fernández. Magistrado ponente Dr. Cardoso Gaitan..... 435

Los Acuerdos de los Tribunales no constituyen instancia y no son apelables ante el Superior. Magistrado ponente Dr. Serna..... 438

Se declara probada la excepción de carencia de acción del Fisco, propuesta por el ejecutado señor Francisco Soto V. Magistrado ponente, Dr. Gómez Naranjo..... 440

Se abstiene la Corte de conocer de una consulta del Tribunal Superior de Bogotá en el juicio seguido por el señor Fiscal del Tribunal Superior contra Sergio Ruiz y otra. Magistrado ponente, Dr. Gómez Naranjo 441

Se declara probada la excepción de invalidez del título ejecutivo en el juicio seguido por el señor Juez 1o. Nacional de ejecuciones Fiscales contra el señor Germán Rilón. Magistrado ponente, Dr. Gómez Naranjo..... 442

GACETA JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO XLII — Bogotá, Mayo de 1936. — Nros. 1,901 y 1,902

DIRECTOR: JULIAN MOTTA SALAS, RELATOR DE LA CORTE

"Saber las leyes non es tan solamente en aprender las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento".
(Siete partidas—Ley XIII)

C'est le droit vivant que l'on veut connaitre, non un droit mort, ou conventionnel, imaginatif, variant au gré de chacun.
(Louis Josserand—Cours de Droit Civil Positif Francais).

Registrado para curso libre de porte en el servicio postal.

Licencia No. 451 de 7 de marzo de 1936.

CONDICION DE ABSTENERSE DE UN HECHO INMORAL O PROHIBIDO

El artículo 1533 del código civil dice:
"Art. 1533.—Si la condición es negativa de una cosa físicamente imposible, la obligación es pura y simple; si consiste en que el acreedor se abstenga de un hecho inmoral o prohibido, vicia la disposición".

Sobre el fundamento filosófico de este artículo no estuvieron de acuerdo los doctores Antonio José Cadavid y Luis Eduardo Villegas, como se verá enseguida, a propósito de la tesis de grado del doctor Tulio Suárez.

Muy apreciado amigo:

En el estudio que usted presentó como tesis de grado hace usted una censura del artículo 1533 del código civil colombiano. Tuve el honor de ser su presidente de tesis, y en el respectivo informe me permití observar, para elogiar su obra, que usted criticaba con severidad un texto legal que todos creíamos INTANGIBLE. Su opinión fue confirmada con la muy respetable del inteligente y muy ilustrado doctor Luis Eduardo Villegas, uno de los examinadores, quien la sostiene luminosamente en una carta publicada en "El Tiempo", de esta ciudad.

Aprovecho la hondadosa hospitalidad que me brinda el señor director del mismo respetable diario, que considero honrosa, para decir a usted en público, por qué me aparto en esta ocasión de sus ideas, y de las muy respetadas y acatadas del doctor Villegas.

El artículo 1533 se halla en el tratado de las obligaciones condicionales. Tiene dos partes: dice la primera que si la condición es negativa de una cosa físicamente imposible, la obligación es pura y simple; y enseña la segunda que si la condición consiste en que el acreedor se abstenga de un hecho inmoral o prohibido, vicia la disposición.

Cuanto a la primera parte, no hay ninguna duda. Todos estamos conformes. Esto es evidente. Someter una obligación a semejante condición, es hacerla pura y simple. Tratándose de acontecimiento que no puede realizarse, es inútil prever el caso de que no se realice. Con razón observa, pues, un sabio comentador del código francés que los redactores del código pudieron abstenerse de escribir la disposición y quizá no la escribieron sino por haberla hallado en Pothier, su guía ordinaria.

La divergencia está en la segunda parte del artículo. Piensan el doctor Villegas y usted que no nulas, sino perfectamente válidas, debieran ser las obligaciones sujetas a condiciones consistentes en que el acreedor se abstenga de hechos inmorales o prohibidos por las leyes. Opino yo, por el contrario, que es jurídico, conforme a esa ley anterior a la positiva —en que creemos el doctor Villegas, usted y yo— que no se pueden, no se deben pagar las abstenciones de hechos inmorales o ilegales, y que el legislador colombiano, al decirlo de modo expreso, estuvo conforme con la ley racional. Por eso creo que es INTANGIBLE la segunda parte del artículo 1533 del código civil.

Todo el argumento en contrario, inspirado en ideales de humanitarismo, puede reducirse a esto: la ley no debe prohibir, no debe anular ningún acto tendiente a evitar acciones inmorales o ilegales; si lo hace, estimula el mal y pone trabas en la realización del bien. A eso reduciría yo, con su permiso, los ejemplos ilustrativos de usted y del doctor Villegas: lo del redomado ladrón a quien se le prometen mil pesos porque no robe en un año; lo del probado asesino a quien se le ofrece paga para que no mate o hiera; lo del dador de palizas a quien se brinda dinero a cambio de que no administre una que tenía recetada, y mil más que se podrían imaginar.

Pero se podría observar, como ya lo hizo el maestro Pothier, que "la condición de no hacer una cosa contraria a las buenas costumbres o a la ley, puede hacer el acto nulo, porque es contrario a la justicia y a la buena fe estipular una cosa por abstenernos de otra cosa de que, por otra parte, estamos obligados a abstenernos". "Cuando se trata del hecho negativo del estipulante —agrega otro sabio maestro— la condición es necesariamente nula, por ilícita, y lleva consigo la nulidad del contrato. Así, la promesa de una suma de dinero a un hombre, aunque se haga espontáneamente, bajo la condición de que rompa las relaciones ilícitas que ha contraído con una mujer, será nula, porque hay inmoralidad en estipular una suma de dinero por abstenerse de un acto contrario a la ley y a las buenas costumbres. Lo mismo sería, y con mayor razón, de la promesa de una suma de dinero arrancada con la amenaza de realizar un hecho ilícito, por ejemplo, calumniar al promitente, que es lo que llaman CHANTAGE; en tal caso, la estipulación no es sino el precio de la abstención de un hecho ilícito".

Suprimiérase la regla del artículo 1533, y diérasele valor a las condiciones de que allí se habla, y ya veríamos santificada por la ley positiva la repugnante industria, el infame delito de los MAESTROS CANTORES.

Razón justificada, muy clara para mí, del precepto del artículo 1533, estudiada la cuestión en un orden rigurosamente jurídico, es que la pretendida obligación de quien prometiese algo en cambio de la abstención de hechos inmorales o prohibidos no tendría causa, y no puede haber obligación, ni el correlativo derecho, sin una causa real y lícita. Qué causa, si nó, podría yo alegar cuando me presentase a reclamar en juicio una suma de dinero en pago de no haber calumniado, de no haber incurrido en una prevaricación? No estaba yo obligado, con deber jurídico, a abstenerme de esos delitos antes de que se me ofreciese paga alguna? Y no es evidentemente ilícito, por inmoral, que se les atribuya valor comercial a los deberes que nos imponen las leyes naturales y las leyes positivas? Si es verdad que la mayor parte de las obligaciones jurídicas se rigen por la justicia conmutativa; si el concepto de justicia, fundado en las relaciones esenciales de la naturaleza humana, implica una ecuación entre lo que se da y lo que se recibe; y si es cierto, por otra parte, que en el derecho individual o privado aquella justicia conmutativa ha de imperar en todas las instituciones, cómo será posible hallar la regla que justifique que un hombre haga una prestación, se desprenda de lo suyo, en beneficio de otro que nada le dio a él y que no hizo sino cumplir una obligación moral con que ya estaba ligado?

Se objeta contra esto, recordando un texto legal, que la mera liberalidad puede considerarse como una causa suficiente de las obligaciones. Pero me permitiría yo observar respetuosamente que no se ejerce liberalidad cuando se promete algo en pago de la abstención de una acción inmoral o prohibida por la ley. La liberalidad y la beneficencia son cosas muy distintas: se ejercen, de ordinario, para cancelar una deuda de gratitud, para satisfacer nobles afectos del alma, para practicar la virtud, profundamente cristiana, de la caridad, del amor del prójimo. Cuando usted y yo tuviéramos la desventura, de que Dios nos libre, de prometer dinero a un MAESTRO CANTOR en pago de que no nos hizo la calumnia con que nos amenazó, seguramente no habríamos de poder ufanarnos de nuestra liberalidad, de nuestro espíritu caritativo y benéfico. Al contrario, habríamos de reconocer que cier-

mos por debilidad, por miedo, nos reconoceríamos víctimas de una estafa, de una acción fondamente inmoral, y nos sería forzoso confesar nuestra culpable complicidad. Hablar entonces de obligaciones jurídicas, eso jamás, aunque el código civil de Colombia no hubiese dicho lo que dijo muy sabiamente, en el humilde y desautorizado concepto mío.

Recuerdo, antes de darle término a estas breves observaciones, que la disposición del artículo 1533 no está copiada del código francés. Los redactores de este último código, como usted sabe, siguieron en mucho las enseñanzas de Pothier. En el artículo 1173 consignaron la regla elementalísima de que si la condición es negativa de un hecho físicamente imposible, la obligación es pura y simple; pero no consignaron la que es segunda parte en nuestro artículo 1533, que, como lo dejo dicho, considero rigurosamente conforme con la mejor filosofía jurídica. No obstante eso, la jurisprudencia francesa, anterior y posterior al código Napoleón, tiene establecido, de modo firme, que si la condición consiste en que el acreedor se abstenga de un hecho ilegal o inmoral, la obligación es nula, absolutamente nula. No faltan expositores franceses, y muy respetables, tales como Colmet de Santerre, Demolombe y Aubry et Rau, que sostienen una opinión que quizá será la muy atendible del señor doctor Villegas y de usted, a saber: si el prometiente se obliga ESPONTANEAMENTE con la mira de apartar al estipulante de un acto ilícito, vale la disposición. Pero ellos mismos reconocen que la condición es nula y hace nula la obligación, si el estipulante ha querido ponerle precio a su abstención.

Nuestro artículo 1533 está literalmente copiado del código de Chile. En el primero de los proyectos del señor Bello se escribió: "Si la condición es negativa de una cosa moralmente imposible, vicia el contrato". En el segundo proyecto del mismo señor Bello, se dijo: "Si la condición consiste en abstenerse UNO DE LOS CONTRATANTES de un hecho inmoral o prohibido, vicia el contrato". En el último proyecto está literalmente como en el código de Colombia. No dejaría esto de contribuir a la mejor inteligencia de la cuestión.

El profesar yo las opiniones expuestas en esta carta, ya conocidas de usted, no pugna en manera alguna con lo mucho bueno que pienso de la tesis excelente que usted presentó para hacerse doctor de la Universidad. Mucho menos ha de significar falta de acatamiento por las opiniones muy autorizadas de mi respetado amigo, distinguido jurista y galano y correcto escritor, doctor Luis Eduardo Villegas.

Soy su amigo afectísimo,

ANTONIO JOSE CADAVID

Publicó el doctor Antonio José Cadavid, en "El Tiempo", un excelente artículo, el 9 de julio del año en curso. Se refiere a la carta mía al doctor Tulio Suárez, carta que salió en el número 1009 del mismo diario. El artículo impugna, en términos sobre honrosos para mí, cultísimos, el concepto que expuse acerca de ser disposición infundada y mala aquella que trae en su segunda parte el artículo 1533 del código civil.

Como al día siguiente seguí para Antioquia, no tuve tiempo de contestar al doctor Cadavid, y me propuse hacerlo a mi vuelta.

Sólo debo agregar que a mi retorno hallé en el número 1020 del propio periódico una carta del doctor Fernando Cortés al doctor Cadavid, donde el primero suscribe, en términos tan corteses y galantes para mí como los del segundo, a las respetabilísimas opiniones de éste.

Voy a tener, por lo mismo, el señalado honor de cruzar mi tosco bordón de abogado montañés, con los pulidos y acerados bastones de dos de los más eminentes jurisconsultos de Colombia, en este torneo forense. De cultura no hay que hablar: en los doctores Cadavid y Cortés, ella es genial, y yo, tratando de ponerme a su altura, porque ejemplo como nobleza obliga, me esforzaré en no desdecir del tono elevado en que mantendrán la polémica mis contendores.

Para probar mi tesis, he presentado este ejemplo: "A un redomado ladrón le digo: 'Si no robas en este año, me obligo a darte mil pesos en oro, el 1º de enero próximo', y él acepta. La condición, como se ve, consiste en que mi hombre se abstenga de un hecho, a la par que inmoral, prohibido por la ley: "el de robar".

Conforme al artículo 1533, la obligación es nula; y sin embargo, no debiera serlo; porque no he hecho otra cosa que crear un nuevo estímulo para que el ladrón de mi ejemplo no robe. He procedido como proceden todos los legisladores del mundo; esto es, estableciendo motivos para que los hombres no obren mal, y por lo mismo, para que observen buena conducta.

Qué argumentos ha presentado en contra el doctor Cadavid?

Se reducen a tres, si no he entendido mal: 1º—Que, sin necesidad del trato habido, el ladrón de mi ejemplo estaba moralmente obligado a no robar. 2º—Que mi obligación carece de causa. 3º—Que se fomenta el CHANTAGE.

Los examinaré separadamente.

Es verdad que, por ley moral, debemos todos los hombres abstenernos del robo; pero no es menos verdad la de que, para que el precepto sea eficaz, es preciso rodearlo de sanciones, o sean premios a los que obedecen el precepto, y castigos a los que lo quebrantan. El mero precepto, no acompañado de sanciones que lo fortifiquen, es, por punto general, inútil. No niego que hay un cortísimo número de espíritus superiores que se abstiene de proceder mal por puro amor al bien; pero nadie pondrá en duda que para el noventa y nueve por ciento de los humanos un precepto sin sanciones no comporta fuerza alguna. La mayor parte de los hombres dejan de cometer delitos contra la propiedad ajena, por temor del presidio o del desprecio social, etc., por amor a la libertad, a las consideraciones de la gente, etc. En el fondo, la gran mayoría se gobierna por el amor al premio o el temor al castigo.

Si "la pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente", como lo enseña el artículo 1524 del código civil, no creo que nadie, con fundamento, pueda decirme que cuando ofrezco premio porque no se obre mal, no he sido liberal o benéfico. Las mil instituciones que premian las acciones virtuosas, todas éstas consistentes en abstenernos de lo malo, son sin disputa obra de liberalidad y beneficencia.

Algo podría observar yo, con Larousse en la mano, sobre los ejemplos de CHANTAGE que aporta el doctor Cadavid; pero supongo que estén bien avenidos a ese vocablo francés, porque para el caso actual importa poco la propiedad con que se haya usado la palabra.

Pedro le dice a Juan: "Si no te calumnio, me pagarás cien dólares, y Juan acepta", es uno de los ejemplos, aunque no copiados textualmente, que pone el doctor Cadavid, para justificar la segunda parte del artículo 1533 del código civil; porque juzga, y juzga con razón, que semejante trato es inmoral. Estamos acordes; pero la inmoralidad consiste no en que Pedro se obligue a abstenerse de un acto malo —el de calumniar— sino en que Pedro mueva la voluntad de Juan por medio de una amenaza, cuando el consentimiento, para que produzca lazo jurídico que sea sólido, ha de obtenerse libre de miedo. Si un salteador de caminos le grita a un viandante "la bolsa o la vida!", y el viandante conviene en entregar la bolsa para no perder la vida, el trato es nulo; porque la voluntad del pasajero obró bajo el influjo del temor, y dejó de llenarse uno de los requisitos exigidos por toda ley (artículos 1502 y 1513 del código civil), para que de un acto de la voluntad nazca una obligación válida. No es porque se obligue a una de las partes a abstenerse de un hecho inmoral o prohibido por la ley, por lo que es nula la obligación de Juan; es porque se ha obtenido su consentimiento, bajo el influjo del pavor. En el argumento de mi hábil antagonista asoma la cabeza, en este punto, si no me engaño de medio a medio, un NON CAUSA PRO CAUSA.

Finalmente me propongo establecer que todos los legisladores, de Moisés acá, y todos los grandes reformadores sociales, de Cristo abajo, se han valido de premios y castigos para asegurar el cumplimiento de sus preceptos y prohibiciones; y lo que es más, que mi ilustrado contendor, como padre modelo y como rector insuperable de la Facultad de Derecho en la Universidad Nacional, lo que hace para lograr que sus paternales y magistrales órdenes sean cumplidas, consiste generalmente en sanciones acomodadas a la segunda parte del acotado artículo 1533. Y téngase en cuenta, para valer el argumento AD HOMINEM, que yo estimo dechado de virtudes domésticas y sociales al doctor Cadavid.

LUIS EDUARDO VILLEGAS

COLABORACION JURIDICA

SOCIEDADES

Miguel Moreno Jaramillo

TOMO IV

(Continuación)

406.—Qué es sociedad de hecho?

Dice el tribunal superior de Pasto, en sentencia de fecha 31 de agosto de 1933, redactada por el magistrado doctor Gerardo Martínez Pérez:

"Esta denominación, 'sociedad de hecho', la encontramos en el C. de C., pero no se encuentra en ninguna parte del C. C. Tal denominación ha sido especialmente establecida por la jurisprudencia, sucediendo en nuestro país, a este respecto, lo mismo que aconteció en Francia, donde tampoco se encuentra un régimen legal para estas sociedades que se forman de facto y que no pueden ser consideradas como simples comunidades. Y entre nosotros la misma jurisprudencia sobre sociedades de hecho es relativamente escasa. Pero como este estado de asociación se ha presentado siempre, de ella se encuentran nociones en todas las legislaciones, y así la encontramos en el derecho romano".

"Según nuestra legislación, la 'sociedad de hecho' ocurre en dos casos: 1º—Cuando, por cualquier motivo, una sociedad perfecta ha devenido nula; y 2º—Cuando la sociedad no se ha perfeccionado por los medios legales. En el primer caso, la sociedad resulta de lo que se dispone en el artículo 475 del C. de C. En el segundo caso, es un resultado de lo dispuesto por el artículo 2083 del C. C."

"La sociedad perfecta se denomina sociedad de derecho, y puede ser civil, comercial o de minas. La sociedad imperfecta es la denominada 'sociedad de hecho'. Hay quienes sostienen que esta sociedad imperfecta debe recibir las denominaciones que recibiría en el caso de ser perfecta y que así se dirá sociedad de hecho civil cuando, de estar de acuerdo con las normas de la ley que rige a las sociedades civiles, fuera regida por esas normas; sociedad de hecho comercial, cuando sus operaciones y naturaleza la hicieran comprender dentro del régimen de comercio; sociedad de hecho minera, si tuviera por objeto la explotación o comercio de minas. Nosotros creemos que la sociedad de hecho debe ser denominada civil o comercial, pero atendiendo no a lo que se acaba de exponer, sino simplemente a la circunstancia legal de donde procede. Así será civil en todos los casos en que su existencia obedezca a lo previsto por el art. 2083 del C. C., y será comercial cuando provenga de la anulación a que se refiere el art. 475 del C. de C."

"La necesidad de distinguir entre sociedades de derecho y sociedades de hecho no se presenta en legislaciones modernas donde ha cambiado la teoría sobre la sociedad, y en las que para que ella exista no se requiere más que el conjunto de los elementos reales que le dan vida. Tal sucede, por ejemplo, en la legislación argentina, en la moderna española y otras. En la primera, comercialmente las sociedades que nosotros llamamos de hecho se presumen como sociedad de derecho siempre que se reúnan las circunstancias apuntadas por su C. de C., en el art. 298; y civilmente existen también como sociedades de derecho, ya que se permite a las personas que hubiesen estado en comunidad de bienes y de intereses el demostrar la existencia de la sociedad, según lo dispone el art. 1663 de su C. C."

"Entre nosotros esa distinción es necesaria porque resulta de la teoría misma aceptada por el legislador para establecer el régimen de las sociedades".

"La sociedad de hecho participa de algunos de los elementos esenciales de la sociedad de derecho, pero respecto de su constitución y prueba da margen a una mayor amplitud, pues ellas se rigen por preceptos menos estrictos, las cuestiones peculiares de estas asociaciones no están sometidas a las estrechas normas de las sociedades perfectas (casación, 10 de julio de 1925)".

"Los elementos esenciales de la sociedad perfecta no son otros que: a).—Pluralidad de personas; b).—Patrimonio común; c). Fin y álea sociales; d).—El que los romanos llaman affectio societatis; e).—El que nombraron inituitae personae; y f).—Lleno de las formalidades exigidas por la ley para su constitución y vigencia. Así, para que exista una sociedad de derecho se requiere: a). Que esté integrada por varias personas; b). Que todos los que la integran hayan aportado individualmente obligaciones de dar u obligaciones de hacer, es decir, capital o industria; c).—Que todos busquen un objeto común, el de beneficiarse con las operaciones sociales, o conseguir un objeto determinado, etc., siendo intención de todos el dividirse de los beneficios o de cualquiera otro fin perseguido, aceptando al mismo tiempo el resultado favorable o adverso de las operaciones sociales; d).—Que todos tengan la voluntad de colaborar en el fin social y tengan un interés común, recíproco y con la sociedad; e).—Que haya la confianza otorgada y merecida por los distintos socios en atención a sus personas; y f).—Que se haya cumplido con las formas externas, que, según la ley, se requieren para su validez. Donde y cuandoquiera que se reúnan las anteriores condiciones habrá una sociedad perfecta".

"La coexistencia de un menor número de esos elementos diferencia a la sociedad perfecta de la de hecho, de la asociación o cuentas en participación y de la comunidad. También son los elementos necesarios, a cada una de esas formas de contrato, lo que las diferencia unas de otras".

"La sociedad de hecho coincide con la perfecta en cuanto requiere para su existencia: a).—Pluralidad de personas; b).—Patrimonio común; c).—Fin y álea sociales; d).—Afectio societatis; e).—Y el elemento de confianza personal. Es de advertir que este último elemento no es siempre de imprescindible necesidad en las sociedades perfectas o imperfectas. Así, en las primeras, se da el caso de sociedades anónimas con acciones al portador, en las que desaparece la necesidad del elemento intuitae personae".

"Las cuentas en participación se diferencian de la sociedad perfecta y de la imperfecta en que sólo requieren para su existencia: a).—La pluralidad de personas, y b). El fin y álea sociales. A este respecto la suprema corte ha establecido: 'Las asociaciones y sociedades de hecho o sociedades imperfectas coinciden con las sociedades de derecho en el elemento sustancial de comunidad en los beneficios y pérdidas, pero difieren en que la asociación civil o mercantil carece de colaboración activa de los asociados: los copartícipes no trabajan obligados por un lazo común; no allegan aportes para formar un fondo patrimonial de la asociación, explotado por todos. En ella no se origina sino relaciones particulares de socio a socio, aunque asimilables en su forma a las que nacen de una sociedad de derecho sin que exista comunidad de bienes; ella no constituye una entidad jurídica; carece del activo o pasivo distinto del de los asociados, los cuales conservan siempre la propiedad de los bienes y valores que ponen al servicio de la empresa común".

"La comunidad se diferencia de las sociedades enumeradas en que, para su existencia, sólo se requiere: a).—La pluralidad de personas, y b.)—El patrimonio común".

"Podemos distinguir las siguientes clases de sociedades:

"1ª—Sociedades de hecho por derivación, que podrían ser llamadas así aquellas que se derivan de sociedades perfectas que sufrieron un fallo de anulación (art. 475 del C. de C.), o que habiendo tenido un origen legal, no pueden, por causas posteriores, subsistir legalmente (art. 2083 del C. C.)";

"2ª—Sociedades de hecho por naturaleza o iniciación, que serían las que en ningún tiempo tuvieron el carácter de sociedades perfectas. Esta clase de sociedades se subdividiría en dos: expresas y tácitas. Serían expresas aquellas sociedades que aspiraron a ser perfectas, pero que, por deficiencias u omisiones no alcanzaron el grado de perfección que las enrolara entre las sociedades de derecho. Serían tácitas aquellas que surgieron en fuerza de hechos cumplidos, sin que hubiera un expreso convenio inicial (art. 2083 del C. C.). Esta última división es especialmente importante en relación con la prueba. Las sociedades que aspiraron a ser perfectas y que degeneraron en sociedades de hecho, sufrieron este percance o bien porque no se cumplieron las formas externas del caso, o bien porque debiendo ser solemnes no se llenaron las formalidades de ley; pero, en todo caso, queda una prueba escrita, una prueba preestablecida de la voluntad inicial que los socios tuvieron de celebrar el contrato de sociedad, y de su organización. En las que nacen de la fuerza misma de los hechos, no habrá prueba preestablecida del consentimiento; esto sólo podrá aparecer de manera tácita, implícitamente colegido de las circunstancias que rodeen las operaciones constitutivas de la sociedad. A esta

segunda subclase pertenecen las sociedades que no pueden ser comprendidas dentro de la nominación de la sociedad perfecta ni de donación ni de otro contrato cualquiera".

"Las sociedades de hecho que hemos calificado 'por derivación' y la primera subclase de las denominadas por 'naturaleza o iniciación' pueden ser civiles o comerciales. La segunda subclase de las 'por iniciación' no podrán ser más que civiles colectivas. Y esto sería así porque no habiendo para estas últimas un convenio, aunque sea irregular, que establezca las bases de su organización, no será posible determinar su pertenencia a una especie distinta de la colectiva".

"Como en las sociedades perfectas, en las sociedades de hecho se encuentran dos clases de relaciones: las transeúntes, que son las que la sociedad tiene con extraños, y las inmanentes, que son las que los socios tienen entre sí por causa de la sociedad".

"Para los terceros, la sociedad de hecho se mirará como sociedad colectiva perfecta (arts. 2084 del C. C. y 472, 476 a 479 del C. de C.)".

"Respecto de las relaciones entre socios, ellas se rigen, para los casos comerciales, de acuerdo con lo prescrito por el art. 475 del C. respectivo; y para los casos civiles, los socios no tienen más acción que pedir la liquidación de la sociedad (art. 2088 del C. C.)".

"Hay varias teorías para determinar el valor legal de las sociedades de hecho. Unos las reputan como sociedades perfectamente nulas desde su comienzo hasta su terminación y atribuyendo la acción de liquidación al derecho que tiene todo contratante de buena fe, que ha incurrido en un contrato nulo, para obtener que las cosas vuelvan al estado anterior. Nosotros creemos que esta teoría no es del todo aceptable en derecho colombiano, porque, con esa tesis, no podría explicarse jurídicamente la liquidación que no sólo implica la devolución de los aportes sino que implica además la división de las ganancias o pérdidas entre los socios".

"Otra teoría es la de los que estiman que la sociedad es perfecta hasta tanto que su irregularidad no sea declarada en forma legal. Los propugnadores de esta tesis, quizá confunden los efectos de la sociedad de hecho, en sus relaciones con terceros, con lo que ellas son en realidad. La sociedad de hecho no es ni puede ser nunca perfecta. Ella puede tener su origen en una sociedad perfecta, pero desde que nace ya es imperfecta; tómese en cuenta que nace precisamente en el momento en que la sociedad regular deja de serlo o que nace sin que se haya perfeccionado nunca".

"También hay quienes incluyen la sociedad de hecho entre los cuasicontratos, y para ello se fundan en su estrecha analogía con la comunidad. Pero nosotros creemos que no todas las sociedades de hecho pueden considerarse como cuasicontratos, por cuanto éstos nacen del hecho individual de una persona, o de la ley, sin que ésta tome en cuenta la voluntad de los cuasicontratantes. Hay sociedades de hecho que necesitan una convención, aunque ella, como se ha dicho antes, no sea expresa".

"Otra teoría es la que considera la sociedad de hecho como un contrato sui generis, irregular, que no puede subsistir de acuerdo con la ley, pero que ésta lo reconoce en cuanto existió de facto, por fuerza de los hechos cumplidos".

"Pensamos que la última tesis es la más aceptable. Pero pudiera aceptarse también la antipenúltima para sólo aquellas sociedades que, conforme al art. 475 del C. de C. se cumplieran en el tiempo transcurrido entre la declaratoria de nulidad y la liquidación final, pues en ellas no se puede tomar la anterior convención para gobernarlas convención que ha devenido nula, y que tendrían el valor de sociedades de hecho a pesar de que los socios se opusieran a su existencia, y que se regirían por las disposiciones aplicables al cuasicontrato de comunidad. Fuera de esta especialidad, las sociedades de hecho, nacidas de los hechos, o provenientes de sociedades que aspiraron a ser perfectas, y que necesitan, para su existencia, una convención expresa o tácita de los socios, deben considerarse como contratos sui generis, irregulares, que no pueden subsistir de acuerdo con la ley, pero que no son desconocidos por ésta en cuanto existieron de hecho".

"El considerar a estas sociedades irregulares como contratos, no está en contra, como así se ha sostenido, de lo dispuesto en el art. 2083 del C. C. Al poner este artículo como condición para reconocer la existencia de una sociedad de hecho, el que ella no pueda subsistir como un contrato, no ha prohibido que pueda considerársela como tal, pues ese artículo se refiere a los contratos especialmente nominados y legalmente subsistentes. Ya dijimos antes que la sociedad de hecho no ha sido denominada por la ley civil".

"Hemos creído de necesidad el hacer un expreso estudio de la sociedad de hecho por

que, como se dijo al principio, ella es una creación de la jurisprudencia y es conveniente contribuír en forma amplia a establecer, siquiera sea como motivo de discusión, lo que puede originar la doctrina definitiva sobre esta especie de sociedades. De antemano se advirtió que la jurisprudencia sobre la materia es relativamente escasa, y por ello faltan bases de autoridad que permitan respaldar de modo suficiente las anteriores ideas, que se presentan como fruto de un estudio honrado, hecho con el mejor deseo de acertar, pero con el natural temor de errar, ya que se marcha por senderos de exploración en el difícil campo de la jurisprudencia. (Tomo I, Nos. 53 y 129. Tomo II, Nos. 149, 153, 167, 168, 169, 186 y 250).

107.—Es posible admitir la existencia de sociedad de hecho entre concubinos?

La corte suprema de justicia, en sentencia de casación fechada el 30 de noviembre de 1935, en la cual fue magistrado ponente el doctor Eduardo Zuleta Angel, dijo:

"Las sociedades de hecho se dividen en dos clases, así:"

"Primera.—Las que se forman en virtud de un consentimiento expreso y que, por falta de uno o de varios o de todos los requisitos o de las solemnidades que la ley exige para las sociedades de derecho, no alcanzan la categoría de tales".

"Segunda.—Las que se originan en la colaboración de dos o más personas en una misma explotación y resultan de un conjunto o de una serie coordinada de operaciones que efectúan en común esas personas y de las cuales se induce un consentimiento implícito".

"Contra el reconocimiento de las sociedades de hecho de la segunda clase —que los expositores llaman sociedades creadas de hecho o por los hechos—, no puede alegarse que la sociedad es un contrato que no se forma sino por manifestaciones recíprocas y concordantes de la voluntad de las partes y que este elemento fundamental no existe en esas denominadas sociedades creadas de hecho: en éstas tal acuerdo no falta; lo que acontece es que se acredita por medio de una presunción. De las circunstancias de hecho se induce el consentimiento que puede ser tácito o implícito. Se presumirá este consentimiento: se inducirá de los hechos el contrato implícito de sociedad, y se deberá en consecuencia, admitir o reconocer la sociedad creada de hecho cuando la aludida colaboración de varias personas en una misma explotación reúna las siguientes condiciones:"

"1ª—Que se trate de una serie coordinada de hechos de explotación común; 2ª—Que se ejerza una acción paralela y simultánea entre los presuntos asociados tendiente a la consecución de beneficios; 3ª—Que la colaboración entre ellos se desarrolle en un pie de igualdad, es decir, que no haya estado uno de ellos, con respecto al otro u otros, en un estado de dependencia proveniente de un contrato de arrendamiento de servicios, de un mandato o de cualquiera otra convención por razón de la cual uno de los colaboradores reciba salario o sueldo y esté excluído de una participación activa en la dirección, en el control y en la supervigilancia de la empresa; 4ª—Que no se trate de un estado de simple indivisión, de tenencia, guarda, conservación o vigilancia de bienes comunes, sino de verdaderas actividades encaminadas a obtener beneficios".

"La circunstancia de que se haya empleado una denominación social o una razón social, o de que, en una u otra forma se les haya hecho creer a terceros que existe una sociedad, es importantísima cuando se trata de acciones de esos terceros contra los asociados o contra la sociedad o viceversa, pero en lo concerniente a las relaciones de los socios entre sí, tal circunstancia no tiene mayor trascendencia: el que no se haya empleado una razón social o una denominación social y el que no haya habido ante terceros apariencia de sociedad, ni impide ni dificulta que se reconozca como existente, por presunción o deducción, la sociedad creada de hecho, para lo concerniente a las relaciones de los socios entre sí".

"Si la sociedad —lo que es muy frecuente— se ha creado de hecho entre concubinos, será necesario que medien, además, para poderla reconocer, estas dos circunstancias adicionales: 1ª—Que la sociedad no haya tenido por finalidad el crear, prolongar, fomentar o estimular el concubinato, pues si esto fuere así, el contrato sería nulo por causa ilícita, en razón de su móvil determinante. En general, la ley ignora las relaciones sexuales fuéra de matrimonio, sea para hacerlas producir efectos, sea para deducir de ellas una incapacidad civil, y por ello, en principio, no hay obstáculo para los contratos entre concubinos, pero cuando el móvil determinante en esos contratos es el de crear o mantener el concubinato, hay lugar a declarar la nulidad por aplicación de la teoría de la causa. 2ª—Como el concubinato no crea por sí solo comunidad de bienes, ni sociedad de hecho, es preciso, para reconocer la sociedad de hecho entre con-

cubinos, que se pueda distinguir claramente lo que es la común actividad de los concubinos en una determinada empresa creada con el propósito de realizar beneficios, de lo que es el simple resultado de una común vivienda y de una intimidad extendida al manejo, conservación o administración de los bienes de uno y de otro o de ambos." (Tomo I, Nos. 53 y 129. Tomo II, Nos. 149, 153, 167, 168, 169, 186 y 250).

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

DEMANDA SOBRE PAGO DE DAÑOS Y PERJUICIOS MATERIALES Y MORALES

Casación por apreciación que informa la condenación en costas.

El litigio temerario o malicioso de que habla el artículo 576 del Código Judicial, es aquel en que la injusticia es absoluta por estar hasta en la intención misma del que litiga, lo que equivale a decir que tiene conciencia de la injusticia, o sea de no tener razón, y esto aún teniendo en cuenta la ofuscación misma que produce el interés en el asunto. La condena en costas está subordinada a la condición de la temeridad o de la malicia, es decir, a la CULPA del vencido. La condena en costas equivale a un resarcimiento en cuanto es restitución de desembolsos realizados y reparación de daños sufridos. Aunque la condena especial en el pleito sobre costas para el litigante temerario se refiere a las expensas útiles hechas por la parte contraria, el exceso no retribuído da acción para juicio distinto, dentro de las reglas generales de indemnización por daño patrimonial. Nuestro Código Judicial, en algunos casos de litigio temerario sanciona preventivamente el abuso del derecho de litigar, estableciendo que la parte puede ser condenada, además de costas, a PERJUICIOS, en casos como el embargo preventivo (arts. 274 y 294 del C. J.). La falta del reconocimiento de costas, o de su indebido reconocimiento, no pueden fundar la casación del fallo. Para apreciar la temeridad o malicia en asunto de costas, tienen los tribunales una absoluta libertad de criterio. No obstante, la índole de la condena en costas, como reparación parcial del daño, proporciona un amplio campo de errores recurribles en casación y en circunstancias excepcionales la violación de los principios de culpa y resarcimiento de daños puede hacer viable el recurso.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, agosto diecinueve de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Antonio Rocha)

Hechos pertinentes en casación

1.—El doctor Alberto Vale Villar, teniendo en cuenta la parte resolutiva de la sentencia del Juzgado tercero en lo civil del Circuito de Bogotá, de fecha veintiséis de septiembre de mil novecientos veintiuno, que dice así: "... Cuarto: Sáqueso copia de lo conducente para averiguar por quien competa la responsabilidad del perjurio del demandado, en la vía criminal. Cópiese, notifíquese y ejecutoriada regístrese. Pablo Gregorio Alfonso, (Juez); Carlos J. Martínez, Srio. en ppd.", se presentó ante las autoridades en lo penal y puso el correlativo denuncio contra el señor Tobón, con copia de lo conducente;

2.—El Juez cuarto del Circuito de Bogotá llamó a juicio al señor Tobón por el delito de perjurio, y el Tribunal Superior del mismo Distrito absolvió al señor Tobón del cargo por el cual se le llamó a juicio, en sentencia de cuatro de octubre de mil novecientos veintiséis;

3.—El señor Roberto Tobón, teniendo en cuenta que uno de los Magistrados de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, actuando en negocio civil entre las mismas partes, dijo: "Al estudiar este despacho por primera vez este negocio, observó que el memorial de fecha veintisiete de agosto terminaba con la palabra suspensivo, y hoy, con profunda extrañeza, nota que se han agregado tres palabras, que son: de ambos autos. Esto implica una irregularidad acerca de la cual se llama la atención y que debe averiguarse", puso en forma de denuncio criminal estos hechos en conocimiento de los funcionarios de instrucción

imputándolos al doctor Vale Villar y considerándolos como de falsedad en documentos públicos;

4.—El Juzgado primero Superior de Bogotá, en fallo de diez de septiembre de mil novecientos veintiséis, sobreseyó temporalmente en favor del doctor Alberto Vale Villar por el delito de falsedad por el cual fue denunciado;

5.—Don Roberto Tobón y el doctor Vale Villar, ambos mayores y vecinos de Bogotá, por medio del presente juicio ordinario, invocan recíprocamente como fuente de derecho a indemnización de daños y perjuicios materiales y morales, el denuncio que cada uno puso contra el otro ante las autoridades de lo criminal, la comparecencia en estrados con todas las molestias y gastos consiguientes de un proceso, y la absolución definitiva a favor del primero, y el sobreseimiento temporal a favor del segundo;

6.—El Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de diecisiete de mayo de mil novecientos treinta y cuatro, confirma la respectiva absolución decretada por el Juez de instancia, condena en las costas del recurso al señor Roberto Tobón y absuelve de las mismas costas al doctor Alberto Vale Villar.

Recurso de casación

Negada por la anterior sentencia la reparación patrimonial de perjuicios, ya ante la Corte ambos insisten en considerar que el Tribunal sentenciador no apreció la temeridad del respectivo denuncio, como reparo común a la sentencia, pero cada uno añade una modalidad a la temeridad del proceder del otro, a saber:

Roberto Tobón dice que Vale Villar lo denunció sin necesidad, con sevicia y espíritu de venganza, porque para la investigación sobraba su intervención, puesto que fue la misma autoridad judicial la que ordenó sacar copia de lo conducente y averiguar la responsabilidad criminal;

Vale Villar dice en cambio que al denunciarlo, don Roberto obró con ligereza, sin análisis, con intención de dañarlo.

La falta de apreciación de estas modalidades es el cargo especial que cada uno le hace a la sentencia y por no haberlas tenido en cuenta deducen la violación de la ley civil en cuanto permite el resarcimiento de daños (arts. 2341, 2356 y concordantes del C. C.).

Además, don Roberto Tobón considera que no debió el Tribunal condenarlo a él en costas por este juicio y absolver a Vale Villar, porque apareciendo como aparece para el sentenciador que ambos litigantes obraron al denunciarse criminalmente en igualdad de circunstancias, no pudo él ser más temerario que el otro y merecer sólo la condena en costas (art. 575 del C. J.).

Motivo de acusación referente a la condena en costas

Para juzgarlo es preciso tratar la cuestión con cierta latitud. Y a ello procede la Corte:

1.—La regla general que informa nuestro procedimiento, doctrinariamente, puede decirse, es la consagrada en el art. 575, que dice así:

"Se condena en costas, salvo las excepciones legales, en los casos siguientes:

1.—Al litigante que sostiene temeraria o maliciosamente, sin razón o fundamento apreciable, cualquier acción, excepción, oposición o incidente.

2.—Al que pierde, ante el superior, el recurso de apelación que ha interpuesto, a menos que aparezca que ha tenido motivos plausibles para interponerlo.

3.—al que deja caducar la instancia; y

4.—Al que desiste de la acción, excepción, oposición, incidente, o recurso".

Esta norma, que sanciona, ante todo la temeridad y la malicia del litigante, sustituyó las que inspiraban el código judicial anterior en sus artículos 864, y 5º y 6º de la ley 39 de 1921. Este último era notoriamente opuesto al actual sistema, al no permitir la condena en costas en segunda instancia, cuando la del inferior fuera confirmada por razones distintas de las alegadas en ella.

El concepto de temeridad del condicionado a malicia, y de pleito temerario, que informa la institución jurídica de la condena en costas en derecho procedimental civil colombiano, no ha sido mirado por los jueces con la trascendencia social que debiera tener, no por nuevo, que no lo es, sino por amplio y justiciero.

Temeridad, derivación de temere, significa, según la definición de Accursio, en la Glosa de la L. 79. D. 5, I,: sciens se non habere ius, es decir, la conciencia de la injusticia, el conocimiento de su propia falta de razón. Ese es también el vencido malicioso (antiguamente calumnia), el que, conocedor de su falta de razón, atacó o se defendió. Es el mismo improbus litigator de que habla Justiniano en el título "De poene temere litigantium", modalidad dolosa del litigante temerario, porque improbus ya im-

plica la inclinación perversa. Pero unos y otros litigantes temerarios, maliciosos y dolosos en especie, saben que lo que piden no es justo, o que es justo lo que se pide de ellos, y sin embargo, litigan.

2º—El litigio temerario o malicioso de que habla el art. 575 del código judicial, es aquel en que la injusticia es absoluta por estar hasta en la intención misma del que litiga, lo que equivale a decir que tiene conciencia de la injusticia, o sea de no tener razón, y esto aun teniendo en cuenta la ofuscación misma que produce el interés en el asunto.

3.—La condena en costas no se aplica, pues, a cargo del vencido en el juicio, según el sistema del código, por el solo hecho objetivo del vencimiento. Ella está subordinada, además, a la condición de la temeridad o de la malicia, es decir, a la culpa del vencido. Implican, pues, un resarcimiento del daño y no simplemente el principio de que la defensa del derecho no ha de menguar su contenido.

4.—El segundo numeral del art. 575 del C. J. dispone que se condene en costas al que pierde, ante el superior, el recurso de apelación que ha interpuesto, a ménos que aparezca que ha tenido motivos plausibles para interponerlo. Síguese de aquí que todo apelante ha de ser condenado al pago de costas; si es temerario, por razón de la temeridad, y si no lo es, por razón del recurso; y que nuestro derecho considera temerario a todo apelante que resulte vencido, porque habiendo de presumirse justa toda sentencia judicial, lógicamente se supone malicioso y temerario a todo el que va contra ella, sin lograr desvirtuar aquella presunción de justicia. Queda a salvo, excepcionalmente, el caso en que a juicio del Juez, árbitro de los elementos subjetivos que crean la temeridad o la malicia, el recurso del litigante obedezca a motivos plausibles, los cuales, por serlo, destruyen precisamente la temeridad. Se advierte así fácilmente la diferencia de criterio con el código anterior cuando disponía en el art. 6º de la ley 39 de 1921, que no habría costas en segunda instancia, cuando la sentencia del inferior fuera confirmada por razones distintas de las de primera instancia. Este era el caso de la apelación fundada; el de hoy, de la apelación bien intencionada.

5.—El sistema doctrinario de nuestro código de ver en la condena en costas un resarcimiento de daños de que se hace responsable el litigante por razón de la culpa inherente a su temeridad o malicia, y no simplemente en el deseo de que con el ataque o la defensa del derecho no se mengüe el contenido mismo del derecho, se quiebra, y con lógica, al tratarse del recurso extraordinario de casación.

La Corte de Casación puede encontrarse en uno de dos casos:

a)—O no aparecer justificada ninguna de las causales aducidas (art. 537), y entonces al desechar el recurso se imponen precisamente las costas al recurrente. Esta condena se explica por dos razones: porque el motivo plausible que impide la condena en costas en los recursos ordinarios, en casación, daría lugar a algo más, que sería la casación misma del fallo recurrido. Y porque ante la Corte de Casación, mientras no se convierta en Tribunal de instancia, las partes litigantes, como partes, desaparecen, para dar cabida en su lugar a una sentencia acusada y a la ley, que la examina. Entonces la temeridad no tiene cabida, por sustracción del elemento subjetivo, y las costas proceden como freno a tales impugnaciones, en interés público únicamente.

b).—O la Corte encuentra fundada alguna de las causales alegadas (art. 538), y entonces, al dictar la resolución que corresponda, se convierte ocasionalmente en Tribunal de instancia, en que funciona otra vez la doctria general de la temeridad como base de la condena en costas.

6.—Recordando lo que atrás se dijo sobre el significado de la temeridad o malicia y de pleito temerario que usa el art. 575 del código judicial, hay que convenir que en materia procesal impera también la culpa como fuente de resarcimiento de perjuicios, tal como el art. 2356 y sus concordantes del código civil establecen que todo daño que se cause injustamente debe ser reparado por el culpable. La condena en costas equivale a un resarcimiento, en cuanto es restitución de desembolsos realizados y reparación de daños sufridos.

Mas precisamente cuando el resarcimiento debido a la temeridad es el criterio más amplio que podía adoptarse, aunque de más delicada aplicación, como adelante se verá, los legisladores de 1931 limitaron el contenido de las costas en el art. 579 a las costas útiles, y quizá por eliminar con razón las que correspondan a diligencias o actuaciones innecesarias, o no autorizadas por la ley, copiando el art. 424 del código de enjuiciamiento civil español, dejaron por fuera ciertos desembolsos propios del que al incoar o defender un derecho se entiende con una contraparte temeraria.

7.—Debe entonces entenderse que el legislador colombiano limita la responsabilidad de la culpa del litigante temerario a las meras expensas útiles del juicio autorizadas por el art. 579? Y que el amplio margen de indemnización que informa el art. 2356 del C. civil, al cual obedece el 575 del judicial, tenga tan reducida aplicación?

Para la condena especial en el pleito, sí. Pero el exceso no retribuido da acción para juicio distinto, dentro de las reglas generales de indemnización por daño patrimonial. En efecto:

a).—Las costas judiciales quedan comprendidas en el concepto de daño, como la especie en el género, y más concretamente en el daño emergente o disminución inmediata del patrimonio; es claro que habrán de estar en la relación de causa a efecto, así como las judiciales lo están en la de necesidad o utilidad que expresa el art. 579 con criterio eliminativo de inutilidad y que otros códicos, como el italiano, art. 375, expresa en forma negativa: "que no sean útiles".

b).—La misma terminología del derecho romano se inspiraba en este criterio. Los desembolsos con motivo de los litigios eran expensae, sumptus, viatica, damnum o damna e impensae. Cuando para los romanos la condena en costas tenía por objeto evitar la temeritas o la rebeldía, los textos unánimete expresaban su contenido con las palabras sumptum o damnum. Cuando en alguna época se imponían como consecuencia natural del vencimiento, es decir, con criterio objetivo, su contenido correspondía sólo a expensae. En el primer caso la obligación del vencido se extendía a todos los daños sufridos por el vencedor como resultado de la acción procesal temeraria. En el de simple vencimiento, sin temeridad, apenas al pago de las costas del juicio propiamente dichas.

"Pero la diferencia entre las dos condenas, es decir, la del caso de simple vencimiento y la del de la temeritas, no consistía solamente en el contenido, sino también en el hecho de que únicamente la primera la dictaba el Juez sin pedírsela, de oficio; y la segunda, en cambio, requería instancia de parte. Los textos, en efecto, que obligan al Juez a hacer, de oficio, la imposición de costas, son los que se refieren a la condena del vencido como tal. Por el contrario, el reembolso de los gastos de mayor entidad, que tiene lugar en el caso de la temeritas, son siempre objeto de una verdadera acción en los textos que a ello se refieren". (La condena en costas, Biblioteca de la revista de derecho privado, Serie B. vol. VI, Madrid, 1928).

c).—Nuestro Código Judicial, en algunos casos de litigio temerario, sanciona preventivamente el abuso del derecho de litigar, estableciendo que la parte puede ser condenada, además de costas, a perjuicios, en casos como el embargo preventivo (arts. 274 y 294 del C. J.). En tal ocasión, es claro el intento de la ley de castigar el dolo y la culpa lata equiparada a él. No hay razón para que en otros casos semejantes de abuso del derecho de litigar no se reprima éste posteriormente, cuando la ley lo hace por claras razones, preventivamente, en algunos casos.

d).—Las Legislaciones actuales, como la francesa, cuyo art. 130 del C. de P. Civil dice que "todo litigante vencido será condenado en costas"; la alemana (arts. 91 a 107 de 1879, modificados en 1924), según la cual el vencimiento, sea quien fuere el vencido, lleva consigo el reintegro de las costas; la italiana (art. 370), que también condena a la parte vencida, por serlo; legislaciones inspiradas todas en el principio objetivo del vencimiento, con prescindencia de culpa, restringen el contenido de ellas a las directas y útiles del pleito como condena accesoria, pero sin perjuicio de deducirle al vencido una mayor responsabilidad en caso de haber obrado con temeridad, dentro de las normas generales de resarcimiento de daños. (V. Chiovenda, la condena en costas, Nos. 146, 148, 149, 188, 189, 359).

8.—El criterio, pues, de la ley colombiana en materia de costas, no es el de pronunciarlas siempre contra el vencido, sin tener en cuenta la intención con que incoó o sostuvo el pleito, sino el de perseguir esta intención, para hallar a través de elementos objetivos del proceso, los subjetivos que lo revelen como temerario o malicioso en su ataque o su defensa. El Juez está investido de poderes amplios, aunque no arbitrarios Pero éste, como todo poder discrecional, sea por la dificultad de apreciar la evidencia del derecho, de por sí discutible, sea por el propósito de no agravar la aflicción del vencido con la carga de las costas, sea porque la intención del que pleitea escapa por su propia índole a toda investigación directa, y ha de basarse en presunciones, es lo cierto que ese poder discrecional inclina a los jueces a hacer gratuito el ejercicio de los derechos. Y el que obtiene el reconocimiento de su derecho mediante el juicio, no lo obtiene en toda su integridad, sino mermado considerablemente por razón de los gastos, costas,

daños y perjuicios, que los Jueces se niegan a reconocer a cargo del vencido, aun temerario. El derecho reconocido en la sentencia debiera serlo íntegramente, tal como existía cuando se interpuso la demanda, y no mermado por causa del pleito, que es el medio o ejercicio del derecho.

9.—Siendo la institución de la condena en costas, ya un complemento del derecho deducido en juicio, que se decretan para no menguar el contenido de éste, ya una parte de los daños ocasionados por la culpa del que temeraria o maliciosamente se opone a su declaración, tienen siempre la calidad de accesorias del derecho principalmente deducido en juicio, y su falta de reconocimiento, o su reconocimiento indebido, no pueden fundar la casación del fallo en cuanto al derecho principal, por no poderse llegar a éste mediante lo accesorio. Y la segunda razón para no constituír un motivo de casación es que la condena en costas se subordina a la apreciación de la temeridad propia del fondo del derecho discutido por acción o excepción, de manera que es aquel derecho el que debe atacarse y no la represión o la temeridad con que se ejerció, pues es lo que las costas sancionan. La sentencia recurrida examina el derecho que asiste a las partes, tal como quedó trabado en la litis contestación, sin que para alterarlo influya la mayor o menor o la ninguna temeridad con que se haya incoado o defendido posteriormente durante el proceso, y las costas sólo miran a este último aspecto.

Y por último, para apreciar la temeridad o malicia tienen los tribunales una absoluta libertad de criterio, por no haber, ni poderlas haber, en lo general, reglas precisas que la determinen, y envuelven por tanto cuestiones de hecho extrañas al recurso de casación.

No obstante, la índole de la condena en costas, en el concepto de ser la reparación parcial del daño, proporciona un amplio campo de errores recurribles en casación, y en ciertas circunstancias excepcionales, la violación de los principios de culpa y resarcimiento de daños pueden hacer viable el recurso. En efecto, cuando el derecho ejercitado en primer término se refiere a la acción de reparación del daño causado por el abuso en el ejercicio del deber que todo ciudadano tiene de denunciar delitos o culpas ante las autoridades conforme al art. 1614 del código de enjuiciamiento criminal, o a la misma acción por razón de abuso en el derecho de litigar, la consecuente resolución sobre costas se funda en el mismo derecho con que se examina la acción principal, por temeridad en el procedimiento, y bien puede suceder que entonces se violen los mismos principios a que obedece el derecho principal al aplicarlos para resolver la cuestión accesoria de costas.

10.—La lucha por el derecho es un deber frente a la colectividad, según concepto de Ihering, y quien ejercita una acción para perseguir o para defender su derecho, usa, pues, de su derecho, y las costas y gastos que por ello se le ocasionen a su adversario no implican un daño que deba resarcir porque no se produce injustamente. Esto, en condiciones normales, es la doctrina que informa el art. 575 del C. J., al establecer que mientras no haya malicia o temeridad de una de las partes, cada cual paga el ejercicio de su acción o de su excepción, y en la práctica, son menores los casos de temeridad, y por tanto de resarcimiento de los gastos del adversario. Pero tampoco puede negarse que en éstos el uso, lícito en abstracto, para hacer valer el derecho, de hecho puede convertirse en abuso; y que no autorizando nuestra ley sino el pago de parte de los gastos en que se vio necesaria y útilmente envuelto el adversario dentro del mismo juicio, el exceso imputable con relación de causa a efecto ha mermado el derecho integral de quien lo tiene y debe resarcirse mediante acción especial y distinta a la mera accesoria del juicio. Nuestra ley no prevé, por ejemplo, la condena en costas a cargo del vencedor, ni es posible hacerla dentro del mismo juicio. Y sin embargo, el tener un derecho y la facultad de hacerlo valer, no autoriza al titular para llevar al obligado impunemente a juicio si la actitud del obligado no lo ha hecho necesario. Al dictarse, por ejemplo, un mandamiento de pago por la vía ejecutiva, cuando no es necesario un previo requerimiento, y el ejecutado se acomoda al pago inmediato, no advirtiéndose renuencia procedente de éste, no deben decretarse costas, y si se pagan, en principio, dan lugar a reembolso si se demuestra que la actitud del deudor no había hecho necesaria la intervención judicial; la simple mora había dado lugar apenas a intereses como perjuicios (art. 1617 del C. C.). El derecho de litigar no autoriza el prolongamiento indefinido del juicio mediante incidentes, recursos de apelación, acumulación excesiva de pruebas, embargos superabundantes, etc. No puede objetarse el derecho a indemnización reducido luégo en juicio posterior.

11.—Se discute en el presente litigio si Roberto Tobón o Alberto Vale Villar, o ambos, son responsables de los gastos en defensores, voceros, perjuicios materiales y morales que pudieron hacer sufrir por causa del denuncio e investigación consiguiente que cada uno puso contra el otro en concepto de haber cometido sendos delitos o culpas, de los cuales el primero fue absuelto y el último obtuvo sobreseimiento. El Tribunal niega la responsabilidad, por hallar que uno y otro obraron por virtud de orden o "insinuación judicial" precedente al denuncio, circunstancia que en su concepto les quita toda temeridad a los denuncios, o, según expresión del sentenciador, "hace desaparecer en un todo la culpa u omisión culposa que pueda dar margen a calificar de ilícito el hecho del denuncio". Y sin embargo, en cuanto a las costas del presente juicio, absuelve a uno de ellos y condena al otro como demandante temerario. De ahí el cargo en casación contra la sentencia por violación del art. 575 del C. J., porque, dice el recurrente, "donde militan las mismas razones debe impartirse la misma justicia". Para la Corte es fundado el cargo, según la exposición que ha hecho precedentemente. La rara similitud de hecho y de derecho entre la demanda y la contrademanda, la igualdad de condiciones y de efectos jurídicos que les encuentra el Tribunal, una misma acción ejercitada por ambos litigantes de reparación de daño por denuncios temerarios, todo conduce a concluír que las razones que fundan la absolución de los cargos de las acciones principales, debieran también haberse aplicado para resolver la accesoria de costas. Y que, excepcionalmente, un juicio en estas circunstancias, haga viable, también por excepción, la prosperidad de la casación por la apreciación que informa la condenación en costas, según lo dicho. El Tribunal, en este caso, al violar el art. 575 del C. J., al apreciar la culpa inherente a la temeridad, violó consecuencialmente las normas de derecho relativas a la indemnización debida a la culpa.

Sentencia de instancia

Para la época en que cada una de las partes puso contra la otra el respectivo denuncio, regía, y rige todavía, el siguiente precepto legal:

"Art. 1614 del C. J.—Todos los colombianos, con las excepciones establecidas en los arts. 90 y 656 del Código Penal, están obligados a denunciar a los funcionarios de instrucción los delitos o culpas que sepan que se han perpetrado, siendo éstos o éstas de aquellos en que puede y debe procederse de oficio, y a dar sobre los mismos todas las noticias que tengan y que puedan servir para comprobar el hecho y descubrir los delincuentes o culpables".

El conocimiento, pues, que den los particulares a los funcionarios de instrucción de delitos o de simples culpas, y de las noticias que tengan y que puedan servirles para comprobar el hecho y descubrir los delincuentes o culpables, lejos de constituír un proceder indebido, ilícito, está erigido por la ley en una obligación para los ciudadanos. Ella ha visto en el concurso de los particulares un medio imprescindible para conocer y castigar las infracciones y conservar el orden social. Quien use así de su derecho, o cumpla así con su deber, según doctrina general, a nadie daña, ni incurre en responsabilidad. Es más, la ley considera encubridor al que, a sabiendas, no denuncia el hecho a la autoridad, pudiendo hacerlo.

Pero el cumplimiento de éste como de todo deber requiere que se ejercite normalmente, con buena fe y en tal forma que se acomode al espíritu de la institución jurídica del denuncio. Toda extralimitación en el uso, que lo haga anormal y fuera de los propósitos de ella, es ya reprensible y no merece protección, porque entonces no tiende a poner a las autoridades en mejor capacidad para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra y bienes, y asegurar el respeto recíproco de los derechos naturales, previniendo y castigando los delitos (art. 19 de la C. N.).

Desde luego, la apreciación de las circunstancias que muestren como anormal el ejercicio de ese deber ciudadano, la extralimitación de los móviles y de los fines que inducen al denuncio, la temeridad y la malevolencia, en una palabra, el abuso del derecho es cuestión de hecho que corresponde al Juez en cada caso deducir, de elementos objetivos demostrados en el proceso, por medio de los cuales se llegue al pleno conocimiento de los subjetivos que asistieron al denunciante, teniendo en cuenta que la ley requiere el concurso de los particulares, cuya iniciativa no debe restringirse, pero tampoco usarse para fines que satisfagan únicamente intereses o pasiones personales. En este caso, el uso del derecho tiene por fin no los de la ley, sino los de dañar a otro que entraña responsabilidad civil.

Lo que la ley colombiana exige al denunciante es que no falte a la verdad en su re-

lato y que dé sobre las culpas y delitos que denuncie todas las noticias que tenga y que puedan servir para comprobar el hecho y descubrir los delincuentes y culpables. El denunciante no se obliga a probar su relato (art. 1613 del Código de Procedimiento criminal). Ello corresponde a la autoridad. El denunciante no incurre en pena de calumnia, sino en la de falso declarante o perjuro, en su caso, si se prueba que ha faltado a la verdad en su denuncio (art. 753 del código penal). De manera que la ley ha limitado penalmente el derecho, más aún, el deber que ha impuesto a los ciudadanos de colaborar con los funcionarios públicos en el conocimiento e investigación de los delitos. Corresponde a la doctrina limitar ese mismo deber en lo civil.

De acuerdo con los arts. 39 de la ley 169 de 1896 y 9º de la 92 de 1920, la acción civil para la reparación del daño inherente al delito, que corresponde a los jueces civiles, no debe resolverse mientras no se haya fallado definitivamente sobre la acción criminal. Pero cuando la reparación del daño no se origina de la comisión de un delito, no concurren las mismas circunstancias de dependencia de las acciones, y entonces los Jueces civiles pueden apreciar la imputabilidad directamente de las pruebas del expediente sin sujeción a ninguna acción penal.

Si la acción de reparación de daños y perjuicios se hace depender de la falsa declaración o del perjurio, en que incurrió un denunciante, como éste o aquélla están erigidos en delito por el art. 753 del Código penal, el fallo en lo civil necesariamente está subordinado a la calificación y condena previas del Juez del crimen, y no puede imputarse al denunciante la obligación de reparación patrimonial, si ha precedido absolución penal. Así, el no poderse condenar civilmente a un testigo mientras no lo haya sido penalmente como declarante falso, asegura y mantiene para la sociedad y la justicia la libertad y espontaneidad del testimonio humano, sin inquietarlo con motivo de la invitación que la justicia le hace a deponer.

El denunciante de un delito, que cumple con esa obligación a que lo invita el art. 1614 del Código de Procedimiento penal, contrae el compromiso de no faltar a la verdad, y nada más que ése, según se deduce del texto de los arts. 753 del código penal y 1613 del de procedimiento, el primero de los cuales hace reprensible penalmente la falta de verdad del denunciante, no como calumniador, sino como perjuro o falso declarante, en su caso, y el segundo advierte que no lo lo obliga a probar su relato. Es claro, pues, el espíritu e intención de la ley, de garantizar la libertad del denunciante con tal que no falte a la verdad, amparándolo con una especie de presunción de veracidad mientras no se le demuestre con audiencia suya que por haber faltado a ella se ha hecho acreedor a la pena en que incurren los perjuros y falsos declarantes, al tenor del art. 753 citado. Y al contrario, si resulta que el delito denunciado por él, realmente se cometió por la persona a quien denunció, no incurre en responsabilidad por los daños que a ésta se le siguieron, aunque la pasión y la malevolencia lo hayan asistido al denunciar. De no ser así, la doctrina y la jurisprudencia habrían destruído los fines que el legislador se propuso cuando dictó aquellos preceptos y se habría privado a la justicia, y con ella a la sociedad, de los beneficios mayores que reporta con el concurso de los particulares en el denuncio y averiguación de los delitos.

Don Roberto Tobón pide contra el doctor Vale Villar que "se le condene por sentencia definitiva a pagarle a aquél la suma que por medio de peritos se fije como indemnización por los perjuicios materiales y por los graves perjuicios morales que le causó deliberadamente, con motivo del juicio criminal que se le siguió a virtud de denuncio que dio contra él el citado señor Vale Villar, por el delito de perjurio que no se cometió". (Subraya la Corte).

Habiendo sido absuelto por sentencia definitiva del Tribunal Superior de Bogotá el señor Tobón del cargo de perjuro que le hizo en su denuncio el doctor Vale Villar, no puede concluírse por el mero hecho de la absolución, que el denunciante doctor Vale Villar sea responsable civilmente por los perjuicios patrimoniales inherentes a la investigación en que se vio envuelto el señor Tobón, mientras el denunciante no haya sido convicto de haber faltado a la verdad en su denuncio por la autoridad competente y en virtud de aplicación del artículo 753 del código penal. Circunstancias de hecho precedentes al denuncio confirman la aplicación de aquella regla de derecho. Lo que el doctor Vale Villar denunció ante las autoridades de lo penal, fue que el señor Tobón había afirmado dos cosas contrarias, ambas bajo juramento, que por eso lo creía responsable del delito de perjurio, y al afirmarlo así se basó en idéntica apreciación hecha por el Tribunal Superior de Bogotá en una sentencia definitiva en que el Tribunal, aplicando un antiguo precepto del código judi-

cial entonces vigente, condenó al señor Tobón a la pérdida de un pleito civil por esa afirmación contradictoria y ordenó sacar copias de lo conducente para que las autoridades en lo criminal, por su parte, decidieran si el señor Tobón había incurrido también en un delito. Con copia de esas piezas conducentes respaldó su denuncio el doctor Vale Villar.

No por haber sido absuelto del cargo de perjuro el señor Tobón, dejó de decir la verdad el doctor Vale Villar. Para el Juez en lo criminal, los hechos denunciados fueron ciertos, pero no alcanzaron a constituír delito por falta de algún elemento psicológico, lo que hace ver que el denunciante no faltó a la verdad. Y que no obró temerariamente, es circunstancia que se aprecia mejor teniendo en cuenta que el Juez de instancia, de acuerdo con el Agente del Ministerio Público, lo condenó como perjuro a la correspondiente pena de presidio.

La presunción de veracidad que ampara a todo denunciante, aun después de la absolución del sindicado, mientras al denunciante no se le haya condenado como falso declarante o perjuro, al tenor del art. 753 del C. P., le permite oponer a éste la excepción de petición antes de tiempo para excursarse de responder en juicio civil, del resarcimiento de daños que le exija el denunciado absuelto, si la acción civil se basa en la reparación consiguiente al denuncio falso.

Bastarían estas circunstancias para absolver al doctor Vale Villar de los cargos de la demanda principal, fundada, como se vio por su parte petitoria atrás transcrita, en la mera absolución del delito de perjurio denunciado por el doctor Vale Villar, es tanto, como está, según lo dicho, amparado por la presunción de veracidad, y por haberse comprobado en el expediente que lo aseverado por él en el denuncio fue cierto y que cualquier temeridad sería imputable al Juez de lo civil que ordenó la investigación y no al que dio de esa orden traslado al funcionario de instrucción.

Pero el apoderado del señor Tobón afirma en el recurso de casación, que en su concepto el Tribunal violó los arts. 2341, 2342, 2343 y 2356 del C. C., al considerar que no hubo fines vejatorios en el denuncio que dio el doctor Vale Villar contra el señor Tobón, ya que la acuciosidad de éste era innecesaria habiendo asumido directamente la autoridad judicial la investigación del posible delito. Esta consideración sitúa el caso en el de simple culpa.

Pero aun dentro de esta nueva modalidad de la acción, la acuciosidad con que obró el doctor Vale Villar al apresurarse a poner en conocimiento de los funcionarios de instrucción el hecho denunciado como delictuoso por la autoridad civil, y el fin vejatorio de parte del denunciante que el señor Tobón ve en ese proceder, no son suficientes para considerar culposa la actuación del denunciante, porque la pasión que lo asistió fue encauzada por éste dentro del carril legal, dentro de la misma vía normal señalada por el Juez en lo civil, que era una investigación por medio de los funcionarios competentes, en donde no alcanza a verse el abuso del denunciante, ni que al denunciado hubieran podido seguírsele daños distintos de los que se le habrían seguido por una investigación oficiosa, inevitable después de haberla ordenado el Juez en lo civil. De manera que esa modalidad del denuncio no alcanza a constituír la culpa generadora del resarcimiento de daños.

Por su parte, el doctor Alberto Vale Villar contrademanda a don Roberto Tobón "para que se le condene a pagarle la cantidad que en moneda colombiana le debe como indemnización de los perjuicios morales y materiales causados con su temeraria denuncia, que dio contra él por una supuesta y de sus enemigos deseada falsedad, con costas". "Y es razón de mi demanda, agrega, el haber presentado contra mí una mendaz denuncia en que se empeñó el mentado denunciante señor Tobón en hacerme aparecer como responsable de un delito que para desgracia de mis enemigos no se cometió". "Y son hechos fundamentales, continúa: a)—El expresado don Roberto Tobón presentó contra mí una denuncia haciéndome aparecer como falsario; b)—El expresado denunciante faltó a la verdad en su denuncia contra mí".

En su primitiva demanda situó, pues, el doctor Vale Villar la cuestión en la misma condición jurídica que la demanda de don Roberto Tobón contra él, y por las mismas razones de derecho y aún de hecho que examina la Corte como concurrentes para absolver al doctor Vale Villar de los cargos de la demanda principal, hay que absolver al señor Tobón de los cargos de la contrademanda. En efecto, no es exacto ni el hecho a) ni el hecho b) de la contrademanda, que afirman que el señor Tobón faltó a la verdad en su denuncia; y porque mientras no haya sido condenado el denunciante Tobón como falso declarante, al tenor del art. 753 del C. P., está amparado por una

presunción de veracidad, y si en ello consiste, no prospera todavía la acción civil con indemnización de perjuicios.

Pero el doctor Vale Villar corrigió posteriormente su contrademanda, y amplió los hechos para hacer que la reparación de daños comprendiera no sólo los inherentes al **delito de falsa declaración**, sino también el elemento intencional de dañarlo que le atribuye al señor Tobón como móvil de su denuncia, pensamiento que amplía en su recurso de casación, como un cargo a la sentencia absolutoria del Tribunal.

Don Roberto Tobón se presentó a denunciar al doctor Vale Villar, teniendo en cuenta que el Tribunal Superior acababa de decir, en un auto dictado en juicio civil entre las mismas partes lo siguiente:

"Al estudiar este despacho por primera vez este negocio, observó que el memorial del 27 de agosto terminaba con la palabra **suspensivo**, y, hoy, con profunda extrañeza, nota que se le han agregado tres palabras que son: **de ambos autos**. Esto implica una irregularidad acerca de la cual llama la atención y que debe averiguarse".

Con copia de lo conducente se presentó el señor Tobón ante el Juez del Circuito en lo criminal, diciendo:

"El objeto de la presentación de estos documentos es el de que se averigüe la responsabilidad penal en que haya incurrido el señor Alberto Vale Villar por haber suplantado un documento público que hace parte del juicio civil ya nombrado, agregándole unas palabras con el ánimo de sorprender la buena fe de un Magistrado del Tribunal Superior, pretendiendo que revisara un fallo que no había sido objeto de un recurso de apelación".

Sigue luégo explicando el interés procedimental que tenía o podía tener el doctor Vale Villar en esa adulteración, y agrega el denuncio:

"Así lo pido que lo haga, por tratarse de una suplantación hecha en un juicio seguido por Vale Villar contra mí, en el cual tengo interés y cuya alteración puede causarme gravísimos perjuicios, lo cual me ha obligado a pedir las copias que presento a usted para que se le siga la responsabilidad correspondiente".

El Tribunal Superior de Bogotá sobreseyó a favor del doctor Vale Villar, entre otras, por las siguientes razones:

"Hoy se encuentra al conocimiento de este despacho, en clase de consulta, el proveído favorable al acusado, proveniente del Juzgado Primero Superior. Como el delito se hizo consistir en la falsedad imputada al doctor Vale Villar por haber agregado algunas palabras en algún memorial suyo, cuando no era la oportunidad de hacerlo, esto es, fuéra de los respectivos términos legales para apelar, se hacía indispensable acogerse a los técnicos en materias grafológicas para que éstos dictaminaran a quién correspondían los grafismos introducidos al escrito que se decía falsificado. De la exposición concerniente a tal punto se concluye que las palabras agregadas al memorial habían sido trazadas por la misma mano que escribió el texto de aquél, pero a los peritos se les hizo imposible decidir si todo ello fue escrito en un sólo período de tiempo, sin solución de continuidad, o si las cifras finales del escrito se estamparon en época posterior a la del cuerpo principal del memorial. Y como no hay dato ninguno respecto de esta cuestión esencial, porque por otros medios de probanza no pudo establecerse, es obvio que el delito no obtuvo demostración en autos y como natural consecuencia se desprende entonces el sobreseimiento... Por lo tanto, el Tribunal, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **confirma el sobreseimiento consultado.**"

Además de los hechos a) y b) de la contrademanda y que ya se transcribieron, en los cuales afirma el doctor Vale Villar que don Roberto Tobón faltó a la verdad en su denuncia, en el hecho j) de la contrademanda de corrección, dice: "Mi adversario en su denuncia llegó hasta desfigurar y adulterar lo que constaba en el proceso, que se atrevió él a afirmar so juramento que yo había suplantado." Estos hechos, a), b) y j) implican la creencia del contrademandante de que cuando Tobón lo denunció obró como falso declarante, según los hechos a) y b) y como falsario, según el hecho j). Como el falso declarante y el falsario cometen un delito, en esos hechos delictuoso no puede fundarse la acción civil de reparación de daños inherente al delito sin que preceda la sentencia penal que, así lo declare, con aplicación de las respectivas disposiciones del código penal, una de las cuales es el art. 753, ya que el ejercicio de la acción civil está suspenso hasta que se haya fallado definitivamente sobre la acción criminal, por previsión del art. 39 de la ley 169 de 1896, y del 9º de la ley 92 de 1920.

De los restantes hechos de la contrademanda, solamente fundan la existencia, no

ya de delito, sino de culpa, los marcados f) y h), que dicen así:

.."f).—Dicha denuncia fue aborto del odio contra mí y del hipo de venganza.

h).—En cambio la temeridad y la malevolencia de mi adversario vencido en un juicio civil, lleváronlo a la impostura de denunciarme sin que siquiera existiese el delito que me imputaba".

Odio, venganza, temeridad y malevolencia, fueron, pues, en concepto del contrademandante doctor Vale Villar, los móviles culposos que determinaron a Tobón a denunciarlo. Más o menos los mismos motivos que en concepto del señor Roberto Tobón movieron al doctor Vale Villar también a denunciarlo. Es natural advertir la recíproca animosidad y mala voluntad que se profesaban ambos litigantes, por haber sido contrapartes desde muchos años atrás. Y esa animosidad se advierte a través del presente proceso, pero es de advertir también que ante las autoridades en lo civil y en lo penal, uno y otro han traducido sus reclamos y han buscado la sanción legal de sus actos. Y que las acciones civiles y penales ejercitadas por el uno lo han sido también por el otro. El elemento culposo, el pasional, la natural ofuscación que en cierta manera excusa la temeridad en el ejercicio de las acciones a que ambos han creído tener derecho, no ha sido el único ni el suficiente móvil de sus determinaciones. En la revista giur. bol., 1881. 214, se cita una sentencia de un Tribunal de apelación en que se tienen en cuenta, para excluír la temeridad, la pasión que suscita el interés, la dificultad de reconocer el propio error, y hasta la aspereza de relaciones entre las partes.

Por lo demás, la malicia no resulta comprobada en el pleito mismo. Tanto el demandante como el contrademandante tomaron como fundamento de sus respectivos denuncios el conocimiento de autos denunciados por Magistrados de la justicia civil. La malicia o temeridad invocada aquí por las partes, en últimas si cupiera, sería imputable a los jueces. De ello se aprovecharon las partes con más o menos apresuramiento. Pero en todo caso, ambas desahogaron su recíproca animadversión dentro del carril de la ley. No hay, pues, la temeridad, culpa, descuido y malevolencia que, seguidas del daño, dan lugar a resarcimiento de perjuicios.

El doctor Vale Villar ha alegado como un cargo a la sentencia absolutoria del Tribunal, que éste toma indebidamente como una afirmación, como una insinuación judicial, exculpativa para don Roberto Tobón, el aparte del auto en que el Magistrado anota con sorpresa la alteración de un memorial y advierte que constituyendo una irregularidad, debe investigarse. El doctor Vale Villar considera que esa anotación del Magistrado no autorizaba a don Roberto a poner su denuncio criminal, porque siendo así que ni aún el mandato superior exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta, al tenor del art. 21 de la C. N., mucho menos pudo exculpar a don Roberto la simple anotación del Magistrado. Deduce de aquí un proceder ligero y malévolo por parte de don Roberto, que lo hizo incurrir en responsabilidad.

Aquel precepto constitucional hay que tomarlo en toda su integridad, advierte la Corte. "En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta".

Para la Corte, la parte transcrita de este precepto, aplicado y circunscrito a las relaciones jurídico-patrimoniales de las personas, puede traducirse así: La orden recibida de cumplir un acto ilícito, o por otro aspecto ilegal, no constituye necesariamente para el subordinado una causa de irresponsabilidad civil, es decir, que emanada esa orden, por ejemplo, del padre o del comitente, no justifica el acto ilícito cumplido por el hijo o por el mandatario, y no obstante que hayan obrado presionados por la fuerza moral del superior y personalmente con buena fe, sin intención de dañar.

Sería, pues, pertinente la alegación que el doctor Vale Villar hace de ese precepto si la insinuación emanada del auto del Magistrado envolviera en sí un acto ilícito, que, al ser consumado por don Roberto, mediante el denuncio o traslado que dio de la sugestión judicial ante los funcionarios de instrucción, lo señalara realmente como infractor de un precepto constitucional o legal. Y ya se vio que el acto de denunciar, con el fundamento que tuvo, y sin faltar a la verdad en cuanto a los hechos mismos denunciados, lejos de constituír un acto ilícito, es el cumplimiento de lo previsto en el art. 1614 del C. J.

Para la Corte, el ánimo prevenido de una y otra parte explican suficientemente su proceder, y descartada la culpa en los móviles determinantes, sólo importa considerar ya que las investigaciones que de los denuncios se siguieron, lo fueron por el con-

ducto regular, y que la publicidad relativa de un proceso criminal merced a la cual la sociedad se impuso de que uno y otro estaban sumariados, fundamento de los perjuicios morales que reclaman en el presente juicio, no excedió de la que es propia de una investigación y que no se hubiera dejado de producir sin los denuncios, o sea sin la intervención de las partes, ya que en últimas fueron los jueces de lo civil los que publicaron los hechos y dieron margen a la investigación. Por su lado, éstos obraron en desarrollo del siguiente precepto legal:

Art. 1511 del C. J.—"Todo empleado público que en el ejercicio de sus funciones descubra de cualquier modo que se ha cometido un delito o culpa de aquellos en que debe procederse de oficio, pasará o promoverá a que se pasen todos los datos que sean conducentes al respectivo Agente del Ministerio Público, o a la autoridad competente, para que se proceda al juzgamiento del culpable o culpables, o procederá por sí mismo, si fuere competente para conocer".

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

Primero.—**Infírmase** la sentencia de diecisiete de mayo de mil novecientos treinta y cuatro, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá; en el presente juicio.

Segundo.—**Absuélvese** al doctor Alberto Vale Villar de los cargos formulados por el señor Roberto Tobón en la demanda principal;

Tercero.—**Absuélvese** al señor Roberto Tobón de los cargos formulados por el doctor Alberto Vale Villar en la demanda de reconvención;

Cuarto.—**No hay lugar** a condenar en costas a ninguna de las partes;

Quinto.—Queda así reformada la sentencia de primera instancia.

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

Eduardo Zuleta Angel, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha, Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

ACCIONES DE NULIDAD DE LA CESION DE UNOS CREDITOS Y DE PERJUICIOS

La cesión de un crédito no es nula porque se haya comprobado que a ella antecedió una época de preparación o gestación en que no había aún ánimo de trasferir ni ánimo de adquirir, ni pago del precio. Y esto es así aunque mediase algún tiempo entre la celebración efectiva de los contratos de cesión y la aposición anticipada de las notas en que aparecían celebrados ya, sin estarlo aún. Al deudor cedido de un crédito a quien sin notificársele previamente la cesión, se le embargan preventivamente sus bienes, no se le puede considerar legalmente investido del interés requerido por el artículo 15 de la ley 95 de 1890 para incoar la acción que él establece. No puede considerarse como hecho culposo o delictuoso para los efectos del artículo 2341 del Código Civil el de haber procedido el cesionario de un crédito a embargar preventivamente los bienes del deudor cedido sin el requisito previo de la notificación de la cesión, pues cabalmente si a alguien perjudicó esta omisión fue a él. El mero hecho de haber procedido el cesionario sin dicha notificación previa a las medidas preventivas, no puede considerarse en ley el delito o culpa que son necesarios para que se produzca el caso contemplado por esa disposición legal como generador de la consiguiente indemnización. Circunscrito el recurso de casación al hecho de la omisión de la notificación de la cesión, no hay lugar a estudiar lo relacionado con el abuso del derecho o ejercicio anormal del derecho ni con el perjuicio resultante de ello, ni a indagar siquiera lo tocante a perjuicios morales.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, agosto veintidós de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Los señores Neftalí Rueda y Neftalí Rueda Rocha se obligaron por mutuo con interés en dos documentos privados suscritos en Bogotá, el uno por mil pesos, el 6 de julio de 1927, y el otro por trescientos pesos, el primero de enero de 1929, con plazo de un año desde su fecha cada cual, en favor del señor Ignacio García Tolosa, quien cedió ambos créditos, según nota de 1º de noviembre de 1929, al señor Gregorio García Tolosa, quien a su turno los cedió al señor Luis Eladio Benítez García, según nota de 17 de marzo de 1932 (Cdno. 3º, folios 15 y 24).

Este señor, en su calidad de cesionario, solicitó y obtuvo del Juzgado 5º del Circuito de Bogotá, decreto de embargo y secuestro preventivos de los saldos que a favor de los señores Ruedas hubiese en los Bancos de esta ciudad y de las mercancías del almacén de los mismos señores, en esta ciudad, en auto de 25 de noviembre de 1932 (fol. 1º, Cdno. 3º), las que quedaron en poder del secuestre según diligencia de 19 de diciembre de 1932 (fls. 26 y 27 ibidem).

Reclamadas las referidas órdenes del Juzgado, el Tribunal Superior las revocó en la de 18 de febrero de 1933 (fols. 1 y 2 ibídem), en atención a que no estando notificadas las cesiones a los Ruedas, no asistía al cesionario la acción incoada; levantado el secuestro, volvieron el 28 del mismo febrero a los Ruedas las cosas depositadas (fol. 16 ibidem), y para el dos del subsiguiente marzo presentaron estos señores la demanda inicial del presente juicio ordinario (Cno. 1º, folio 2 vuelta). Solicitan en ella se declaren absolutamente nulas dichas cesiones y se condene al señor Benítez a pagarles los cuatro mil pesos en que estiman los perjuicios que les causó con esas medidas preventivas, fijación que someten a estimación pericial.

Repartida la demanda al Juzgado 4º Civil de este circuito, se desató allí la primera instancia con la sentencia absolutoria, sin costas, de 6 de septiembre de ese año, confirmada, con costas, por el Tribunal en la de 28 de junio del siguiente (1934). El señor Rueda Rocha interpuso casación contra este fallo. Concedido el recurso, se declaró admisible y debe decidirse ya por estar su tramitación agotada.

El recurrente acusa la sentencia de violatoria de los arts. 15 de la ley 95 de 1890 y 2341 del C. C., en lo tocante, en su orden, a la nulidad de las cesiones y a los perjuicios.

La violación del art. 15 consiste, según él, en haber desconocido a los demandantes el interés que tienen para pedir esa nulidad y en no haberse declarado, a pesar de las pruebas que, en su sentir, obran al respecto, de cuya errónea apreciación también acusa al Tribunal.

Según el recurrente, está acreditado que Benítez no es dueño de los créditos; de modo que no sólo no lo era cuando solicitó las diligencias preventivas, época para la cual no estaba notificada la cesión, sino que no lo es en absoluto por no haber habido pago del precio, ni ánimo de transferir ni de adquirir, y dice que eso lo acreditan las posiciones en que tal confiesa el demandado.

Se observa: Benítez hubo de absolver posiciones, una vez antes del presente juicio y una en cada instancia, como consta en el cuaderno 3º, respectivamente, el 8 de febrero (folios 7 y 8), el 22 de mayo (fls. 10 y 11) y el 12 de diciembre (folios 3 y 4), todos de 1933. Extrajuicio, los señores García (Cayetano y Gregorio), absolvieron posiciones en 4 y 9 de febrero de ese año (Cdno. 3º, folios 6, 17 y 18). Uniformemente afirman los tres que el negocio de las cesiones tuvo dos épocas, una de mero proyecto o apalabramiento y otra de realización, y que si en aquélla no había aún contrato efectivo ni pago de precio, aunque sí se habían puesto las notas respectivas, en la segunda, que fue cuando ya quedó cerrado el negocio, sí hubo tal transferencia de una parte y tal adquisición de la otra parte, con el ánimo del caso por una y otra parte, y hubo pago del precio. Así explican que Benítez otorgara los recibos por intereses de que hablan los demandantes, no en nombre propio, sino como apoderado del acreedor primitivo, porque la celebración de aquellos contratos no tuvo realidad y, por ende, éstos no se perfeccionaron, sino algún tiempo después.

Que para las cesiones aquí cuestionadas hubiera las dos épocas de que hablan quienes las celebraron: una de proyecto en que se ignora si sobrevendrá voluntad y si ocurrirá pagar, y otra en que, contratándose, adviene la voluntad de las dos partes y se precisa el contrato porque éste efectivamente se celebra, es algo de ocurrencia constante en la vida de los negocios. Y si las cesiones de que se trata estaban ya celebradas cuando se instauró la demanda inicial del presente juicio, es claro que la pretensión de anularlas no puede prosperar porque se haya comprobado que a ellas antecedió aquella época de preparación o gestación en que no había aún ni ánimo de trasferir ni ánimo de adquirir ni pago del precio. Y esto es así, aunque mediase algún tiempo entre la celebración efectiva de los contratos de cesión y la aposición anticipada de las notas en que aparecían celebrados ya, sin estarlo aún.

En suma: habiéndose de juzgar esas cesiones a la luz con que aparecen en este pleito, sería inaceptable anularlas porque en época anterior al mismo no tuvieran aún elementos que dentro de éste sí tienen ya. Y como lo comprobado con las posiciones y recibos antedichos, únicas pruebas aducidas al respecto por los demandantes, es lo que aquí queda expuesto, bien se echa de ver que, aunque el Tribunal hubiese conceptuado que los demandantes estaban legalmente investidos del derecho de pedir la nulidad de las acciones, no habría podido llegar a declararla.

No hubo, pues, el error de apreciación de pruebas de que se acusa al Tribunal ni la consiguiente violación del citado art. 15 por este concepto.

Nótese que no se ha entrado a considerar el argumento del Tribunal, no tocado en el presente recurso, de si el deudor puede ser admitido a atacar la cesión, que es contrato en que él no es ni ha sido parte, y de si, en su caso, podría declararse tal nulidad en pleito en que no ha sido parte el cedente. De paso y a mayor abundamiento se observa que hubo una cesión de Cayetano a Gregorio García y otra de éste a Benítez, y que aquí han sido únicos litigantes éste como demandado y los Ruedas como actores.

Lo expuesto conduce a rechazar los cargos sobre pruebas y violación consiguiente del art. 15 en esa forma y concepto. Pasa a estudiarse el de violación por haberlo dejado de aplicar al negar a los demandantes el interés requerido por esa disposición.

Ese interés, dice el recurrente, es el que los demandantes tienen, como deudores, de no reputar como acreedor suyo a quien no lo es de verdad. Pero aquí su argumentación entraña una petición de principio, por cuanto para aceptarla sería preciso comenzar por dar por demostrado que lo que ellos tienen por tal verdad sí lo es efectivamente. El interés moral a que aluden, tampoco es admisible como suficiente ante la ley. Se nota, además, que aluden a él sin expresar en qué lo hacen consistir ni decir en qué forma produce o produciría efectos legales.

Ellos son tan deudores con traspasos de su acreedor primitivo como sin éstos. Quien legalmente sea su acreedor recibirá, en su día, válidamente (C. C., art. 1634), sea ese acreedor el primitivo, sea el que se fuere en una serie de traspasos tan larga como se suponga.

En lo que sí tenía alcance legal lo relativo a la cesión, ya lo produjo con la revocación citada de la orden sobre medidas preventivas.

En el certificado del folio 9 del cuaderno 1º aparece que la notificación de las cesiones se hizo a los Ruedas el 28 de febrero de 1933. No sobrará anotar, para claridad del relato, que según allí mismo aparece, el 16 del subsiguiente marzo se dictó mandamiento ejecutivo a cargo de ellos y a favor de Benítez por el principal de mil trescientos pesos con sus intereses, y que ese mandamiento, de que apelaron los Ruedas, fue confirmado por el Tribunal el 2 de junio de ese año.

De otro lado, aquí no se invoca ni aparece algo que dicse alcance legal o influencia al cambio, de la persona del acreedor, como sería, por ejemplo, una compensación. (C. C., art. 1718).

Si, pues, en lo atañedero al presente pleito, así como a los hechos en que se funda la demanda y a la situación contemplada dentro del proceso, en nada afecta a la situación legal de los créditos y de los deudores —aquí demandantes—, el reconocer a Benítez dueño de esos créditos por obra de dichas cesiones, no se puede legalmente reputarlos investidos del interés requerido por el art. 15 en referencia para incoar la acción que éste mismo establece.

Y cabe observar que, dentro de la lógica de su demanda, hasta podría serles adversa esa anulación, puesto que en el mismo libelo, al solicitar lo que piden sobre perjuicios, aspiran a que Benítez sea su deudor por éstos y, así las cosas, el interés que tan ahincadamente invocan debía llevarlos, no a seguir siendo deudores del acreedor primitivo, de quien no hay dato de que les deba algo, sino del cesionario Benítez que, caso de prosperarles la acción de perjuicios, sería por esto mismo su deudor.

Como se ve, tampoco es admisible el cargo de violación del art. 15 por el otro concepto que acaba de analizarse.

Pasa a estudiarse lo relativo a la acción de perjuicios.

El recurrente acusa la sentencia de violación directa del art. 2341 del C. C., dejándolo de aplicar, por haber absuelto de ellos al demandado. El cargo lo hace consistir en que el Tribunal pasó por alto el hecho de carecer de acción el señor Benítez cuando solicitó y obtuvo las diligencias preventivas ya dichas, y lo concreta en estas palabras: "... por ningún aspecto tenía el derecho, que lo atribuye la sentencia del Tribunal para exonerarlo del pago de perjuicios, los que sí lo son imputables por cuanto que pidió el embargo y secuestro cuando, según él mismo lo afirma, no estaba definido el contrato de cesión en virtud del cual obró, ni había cumplido con el precepto que establece el art. 1960 del C. C., con lo cual el Tribunal de la causa infringió el art. 2341 del C. C., que esa honorable Corte colocará en el pedestal que le corresponde".

Se observa: el hecho culposo o delictuoso necesario como elemento básico al tenor del art. 2341, no puede ser el de haber actuado Benítez sin llenar previamente el requisito de la notificación que el Tribunal en las diligencias preventivas echó menos. Cabalmente si a alguien perjudicó esa omisión fue a él, al punto de poder afirmarse o al menos fundadamente colegirse que esa omisión no fue voluntaria. Nada más sencillo, por otra parte, que llenarla. Y siendo esa formalidad indispensable para perfeccionar el contrato de cesión, es claro que Benítez no podía aspirar a que procediendo a sabiendas sin ella, todo le prosperase. El interés suyo era el de la firmeza de su actuación. Si las diligencias preventivas perjudicaron a los Ruedas; a él lo perjudicó visiblemente el que cayesen por la falta de aquella formalidad, que a buen seguro cumpliera él a tiempo, en aras del éxito. Es lógico suponer, aunque no se suponga como móvil sino el interés pecuniario, que el más interesado en proceder correctamente en lo que mira a la actuación judicial era él, a fin de que ésta no se convirtiese en pérdida de su esfuerzo, tiempo y gastos y en peligro de indemnización por obra del fracaso mismo.

Por otra parte, no se advierte malicia o dañada intención en abstenerse de la notificación previa, ya que ésta es una diligencia a que se puede proveer sin despertar sospechas ni poner por sí sola sobreaviso al deudor a quien el acreedor desea no alertar, a fin de caerle de improviso y evitar que oculte o enajene sus bienes.

Por lo dicho, aún en los casos en que al acreedor lo mueva sólo la intención de resguardar su propio derecho sin contemplaciones de ningún género con el deudor, y hasta en un caso extremo en que aquel derecho lo ejercite sólo con el propósito de perjudicar al deudor, no puede deducirse este propósito del mero hecho de faltarle una formalidad previa para su actuación desenfrenada, si la falta de esta formalidad más bien ha de redundar en fracaso de sus propias intenciones.

Formulada la demanda de casación como lo indica el párrafo transcrito, que es el contentivo del cargo relativo al citado art. 2341,

es claro que el recurso no puede prosperar, siendo así que el mero hecho de haber procedido Benítez sin dicha notificación previa a las medidas preventivas, no puede considerarse en ley el delito o culpa que son necesarios para que se produzca el caso contemplado por esa disposición legal como generador de la consiguiente indemnización.

Repítese que la sentencia se acusa de violatoria de ese art. 2341 exclusivamente por cuanto, al decir del recurrente, el Tribunal pasó por alto la circunstancia de haber omitido Benítez la notificación previa de las cesiones, esto es, por haber procedido a las diligencias preventivas sin haber llenado esa formalidad.

Formulado el recurso en forma tan limitada y circunscrita, no sólo no puede prosperar, según queda visto, sino que ni lugar da a estudiar lo relacionado con el abuso del derecho o el ejercicio anormal del derecho, ni con el perjuicio resultante de ello, en su caso; ni con la cuestión de si deben concurrir a la vez en el respectivo proceso sobre indemnización el elemento objetivo y el elemento subjetivo: ni hay lugar tampoco a indagar si en el presente obran debidamente acreditados el elemento o los elementos necesarios a estos respectos; ni, en general, a conceptuar, en relación con las teorías prevalentes acerca de estos importantes temas; ni a indagar siquiera lo tocante a perjuicios morales. La forma de acusación formulada por el recurrente en el presente caso no permite que la Corte éntre en el estudio de esos temas y cuestiones.

Cabe observar, además, que en el recurso, tal como se formula, hasta falta la relación o vínculo de causalidad indispensable entre la culpa y los perjuicios en pleito encaminado a indemnizarlos. Porque es claro que los de que se queja el recurrente, si los hubo, no procederían de haberse demandado por Benítez las dichas medidas preventivas antes de notificarse las cesiones, sino de haberse llevado a cabo esas medidas preventivas.

Como se ve, no es admisible el cargo relativo al art. 2341.

No sobrará advertir que la Corte no comparte varios conceptos de la sentencia recurrida, como el de no acoger ésta la acción de perjuicios porque Benítez no hizo sino pedir las medidas preventivas, y pedir no es obligar, con lo que, si semejante opinión prosperara, desaparecería hasta en su posibilidad misma la temeridad en todo pedimento, acción, demanda y recurso; o como el de que, haga lo que hiciere el acreedor en ejercicio de su derecho, el culpado es el deudor moroso, puesto que con el pago oportuno nada habría tenido que hacer aquél, teoría en que el Tribunal, siguiendo rígidamente el aforismo **neminem laedit qui jure suo utitur**, olvida consideraciones de orden filosófico, económico y social cada día más atendidas por la jurisprudencia y olvida, lo que es más lamentable, disposiciones expresas de nuestras leyes escritas, de que dan convincente ejemplo los arts. 274, 294 y 1021 del C. J., entre otras.

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, resuelve: no es el caso de infirmar la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el veintiocho de junio de mil novecientos treinta y cuatro, en el presente juicio.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Eduardo Zuleta Angel, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha, Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

RESCISION DE UN CONTRATO POR DOLO

La relación jurídica que se constituye en el momento de la notificación de la demanda, denominada litiscontestación, lazo jurídico de instancia, o, con más propiedad, relación jurídico-procesal, no es un contrato ni tampoco un cuasi-contrato. La fuerza probatoria especial que el artículo 1759 del Código Civil asigna a las escrituras públicas no abarca la sinceridad de los actos ejecutados por las partes ante el Notario y los testigos actuarios, ni las apreciaciones que haga este funcionario sobre el estado de las facultades mentales de los otorgantes. Sin consentimiento no existe la simulación. Dada la retroactividad de la partición, los consignatarios no son causahabientes los unos de los otros, sino que, directamente, cada uno de ellos tiene del difunto los bienes que la partición les adjudique. Es doctrina prevalente que la nulidad de los actos jurídicos celebrados por los absolutamente incapaces ha sido establecida en favor de ellos, con miras de protección de sus intereses, por cuyo motivo esa nulidad no puede ser alegada contra ellos y en su perjuicio.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.— Bogotá, agosto veintisiete de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Juan Francisco Mújica)

Materia del pleito

En libelos del 15 de febrero de 1927 y 1º de mayo de 1928, Elvira Yanguas, por medio de apoderado, demandó a Ricardo Rodríguez o Yanguas, Manuel María Garcés y Hernando Caicedo, en juicio ordinario ante el Juzgado 1º del Circuito de Cali.

Suplica en sus libelos la demandante: a). Que se decrete la rescisión, por causa de dolo, de la venta que de sus derechos hereniales en el juicio de sucesión por causa de muerte de Tiberio Rodríguez o Yanguas, hizo Elvira a su hermano Ricardo, contrato que consta en la escritura número 1083, pasada el 30 de septiembre de 1925 ante el Notario 1º de Cali; b)—Que se condene a Ricardo Yanguas a restituír a la demandante la tercera parte proindiviso de la cuota del derecho de dominio adjudicado a él sobre la comunidad de la finca rural de "Palmaseca", ubicada en el municipio de Palmira, junto con los frutos correspondientes; c)—Que se condene a Garcés y Caicedo a entregar a la demandante la tercera parte del derecho de dominio adjudicado a ellos sobre la casa números 3 y 5 de la calle 15, entre carreras 1ª y 2ª, de Cali, junto con los frutos correspondientes.

Los hechos relatados por la parte demandante pueden ser resumidos así: Tiberio Yanguas o Rodríguez murió en Cali el 10 de septiembre de 1925. El Juzgado 1º del Circuito de esa ciudad declaró sus herederas abintestato a estas personas: a)—Elvira Yanguas, por derecho personal: b)—Ricardo Rodríguez o Yanguas, también por derecho personal; c)—Y por derecho de representación, Ulpiano Ceballos, Catalina Ceballos de Reyes Pretel y Ana Ceballos de Mendoza, quienes constituyeron una sola estirpe.

Elvira Yanguas, quien nació el 16 de octubre de 1849, es una anciana decrépita que sufre de demencia senil. Ricardo Yanguas se aprovechó de esta circunstancia para celebrar el referido contrato de compraventa, a espaldas del hijo de la vendedora, en momentos en que él estaba ausente. Ricardo Yanguas manifestó que esa venta no era real y que su celebración tuvo por objeto poder representar a la demandante en el correspondiente juicio de sucesión. El precio de la compraventa se estipuló en doscientos pesos ($ 200.00), los cuales no pagó el comprador. Este precio es ínfimo, dado el avalúo judicial de los bienes relictos. Además, Ricardo Yanguas apreció el valor comercial de esos bienes por cuanto que tomó la administración de ellos a la muerte de su hermano Tiberio.

Por medio de la escritura número 211, otorgada el 13 de febrero de 1927 ante el Notario 2º de Cali, Ricardo Rodríguez o Yanguas vendió a Manuel María Garcés y Hernando Caicedo, tanto sus derechos hereditarios como los adquiridos de Elvira Yanguas en la porción radicada sobre la casa Nos. 3 y 5 de la calle 15 de aquella ciudad, por el precio de cinco mil pesos ($ 5,000.00).

Según consta en las escrituras números 448 y 680 de 8 de marzo y 5 de abril de 1927, pasadas ambas ante el mismo Notario 2º, Manuel María Garcés y Hernando Caicedo compraron a Ulpiano Ceballos, Catalina Ceballos de Reyes Pretel y Ana Luisa

Ceballos de Mendoza, a razón de novecientos pesos ($ 900.00), o sea por dos mil setecientos pesos ($ 2,700.00), la porción de los derechos hereditarios de éstos, radicados sobre la mencionada finca urbana.

En la diligencia de distribución y liquidación de los bienes relictos, el partidor tuvo en cuenta que el acervo líquido debería dividirse en tres porciones iguales, de las cuales una correspondería a Elvira Yanguas. De acuerdo con este criterio se adjudicó a Garcés y Caicedo el derecho de dominio sobre la casa urbana de Cali y se lo hizo la hijuela a Ricardo Yanguas.

El Juzgado aprobó la partición el 4 de mayo de 1927. El 13 de los mismos mes y año se registró aquella diligencia y el expediente del juicio de sucesión de Tiberio Rodríguez o Yanguas fue protocolizado en la Notaría 2ª de Cali, por medio del instrumento público número 957 de 14 de mayo de 1927.

Sentencia recurrida

El 15 de mayo de 1934, el Tribunal Superior de Cali decretó la nulidad del contrato a que se refiere la citada escritura, por causa de incapacidad absoluta de la demente senil Elvira Yanguas. Condenó a los demandados a restituir la tercera parte de las cuotas del derecho de dominio adjudicadas a ellos sobre los bienes raíces, junto con los frutos de éstos proporcionales a las cuotas dichas y nada dijo respecto de la restitución a Garcés y Caicedo de la porción correspondiente al precio pagado por ellos.

Materia del recurso

El recurrente acusa la sentencia por las causales, en su orden, 2ª, 1ª y 6ª del art. 520 del Código Judicial.

Como fundamento de la segunda causal, alega el recurrente que la litis contestatio es un cuasi-contrato trabajo en este pleito exclusivamente sobre el dolo, y como la sentencia declaró la nulidad de la compraventa, no por dolo sino por falta de consentimiento de una de las partes, dejó de estar en consonancia con las pretensiones que oportunamente dedujeron los litigantes.

M o t i v o s

La causa de la súplica de la demanda consiste en el hecho jurídico del dolo.

Este hecho jurídico está integrado aquí por dos elementos: a)—El derecho potestativo a la rescisión; b)—La fuente de éste, que es el complejo de los hechos simples constitutivos de la maniobra engañosa llevada a cabo por Ricardo Yanguas en la conclusión de la compraventa.

El Tribunal desintegró este complejo de hechos simples, origen del mencionado derecho potestativo, al no estimar sino uno de aquéllos, con prescindencia de los otros, para deducir en la realidad un hecho jurídico distinto del contenido en la súplica de la demanda.

La demencia sería fuente del derecho potestativo a la anulación del acto jurídico por falta de consentimiento, derecho que, aun cuando tiende al mismo resultado que el otro, o sea el de invalidar el negocio, no se refiere a la misma causa de impugnación, por cuyo motivo la sentencia del Tribunal no consistió en una simple variación del punto de vista jurídico de la intención de la demanda, sino que cambió la acción misma.

La Corte considera que la relación jurídica que se constituye en el momento de la notificación de la demanda, relación denominada litiscontestación, lazo jurídico de instancia, o, con más propiedad, relación jurídico-procesal, no es un contrato ni tampoco un cuasi-contrato.

En efecto, para ser contrato carece del elemento esencial consistente en el acuerdo de voluntades o en el cambio de consentimientos. El demandante formula la demanda porque le está prohibido hacerse justicia por sí mismo. Al demandado se le constriñe, por medio de la notificación de la demanda, contra su voluntad muchas veces, a establecer la relación jurídico-procesal. El demandado se ve forzado a defenderse, so pena de que si no lo hace, siempre será juzgado. Y por último, ambas partes quedan obligadas a la veracidad de la cosa juzgada.

No es un cuasi-contrato, porque no responde a la definición que de éste da el derecho contemporáneo.

Esa relación jurídico-procesal, que se distingue ante todo por ser una relación en movimiento, tiene su origen en la ley procedimental que es de derecho público y posee características especiales desde los puntos de vista de sus sujetos, su contenido y su naturaleza.

En cuanto a sus sujetos, nunca pueden ser menos de tres: juez, actor y reo.

Por su contenido, ella comprende el deber del órgano jurisdiccional de proveer las demandas de las partes.

Por su naturaleza, es autónoma y compleja. Compleja, a causa de que comprende un conjunto indefinido de derechos coordinados a un fin común, el cual forma la unidad de los actos procesales. Autónoma, debido a que es fuente de derechos para todas las partes, con vida y condiciones propias, ajenas a los derechos subjetivos, materia del litigio, y reguladas por normas de derecho público. Participa, pues, la relación jurídico-procesal de la naturaleza de la ley que la crea. Es decir, tal como esta ley, esa relación en parte pertenece al derecho público, porque regula, más o menos inmediatamente, una actividad pública, pero a la vez tiene una posición especial, en virtud del enlace continuo del interés general con el individual en el proceso civil.

Por ejemplo, nacen de la relación jurídico-procesal los derechos para las partes a que se refiere el Título X del Código Judicial, sobre competencia, y los derechos a que ese litigio se desarrolle conforme a la ordenación ritual, y a que no se alteren las actuaciones sustanciales del mismo. Para el demandante, el derecho de aclarar, corregir o enmendar la demanda, y el que crea el art. 232 de la misma obra. Para el demandado, el derecho a que no se le provoque a nueva contienda idéntica a otra ya establecida, y el de que el actor reúna legítimamente las condiciones de titularidad que se atribuye en la demanda, etc. Fue a consecuencia de la relación jurídico-procesal como los litigantes en este pleito contrainterrogaron los testigos y como los demandados obtuvieron la ampliación del dictamen pericial.

Es uno de los efectos de esta relación jurídico-procesal, someramente analizada, el poder, por parte del demandado, de impedir que se alteren los elementos del derecho subjetivo traídos por el demandante al proceso incoado.

El Tribunal falló, como se ha visto, estimando una acción no ejercitada por los litigantes, por cuyo motivo es necesario casar la sentencia por la causal segunda que invocó el recurrente, en virtud del poder ya analizado que tiene como demandado.

Sentencia de instancia

Del dictamen pericial rendido por los médicos, doctores José G. Ferreira, Jorge E. Bueno y Daniel Delgado, aparece que Elvira Yanguas sufre de demencia senil, la cual es una enfermedad lenta, gradualmente progresiva, crónica, irremediable, estado mórbido de la involución senil y función patológica de la vejez.

Según el art. 722 del Código Judicial, ese peritazgo hace plena prueba, porque fue rendido uniformemente por tres médicos, que expusieron, de acuerdo con su profesión, sin lugar a la menor duda y como consecuencia del examen clínico practicado a Elvira Yanguas el 27 de mayo de 1928, la naturaleza de la demencia que ella padecía, el grado de desarrollo de la enfermedad, el dato de su aparición aproximada y las características de aquélla.

La exposición de los peritos, a petición de la parte demandada, fue ampliada en el curso de la primera instancia del pleito.

El Tribunal Superior de Cali, en auto para mejor proveer, dictado el 3 de abril de 1934, ordenó a esos mismos peritos precisaaen "si el día 30 de septiembre de 1925, Elvira Yanguas padecía de demencia senil y no podía estar en el uso completo de sus facultades intelectuales". Esta providencia fue adoptada en virtud de lo prevenido en el inciso 2º del art. 719 del Código Judicial, por cuyo motivo la respuesta afirmativa de los médicos no era susceptible de haber sido puesta en conocimiento de la partes. Tampoco el referido auto constituye creación de una nueva prueba, porque su objeto no fue otro que el de obtener mayor claridad en el dictamen pericial.

La incapacidad de uno de los contratantes no evita la posibilidad del dolo por parte del otro.

La maniobra dolosa de Ricardo Yanguas aparece integrada por cuatro factores: a). La incapacidad por causa de demencia de Elvira Yanguas. Las relaciones que mediaban entre ella y Ricardo Yanguas, dado el vínculo de consanguinidad que los unía, hace presumir el conocimiento intuitivo, por parte de éste, del estado mental de su hermana. Esta última circunstancia fue confesada por él en posiciones; b)—El precio irrito de la compraventa y la falta de su pago, también confesada por el comprador en posiciones. Tiberio Rodríguez o Yanguas murió el 10 de septiembre de 1925. En uno de los hechos del libelo se dice que Ricardo Yanguas tomó la administración de los bienes relictos, lo cual, salvo prueba en contrario, se presume a causa de lo dispuesto en el art. 1297 del Código Civil. A consecuencia de la administración, Ricardo Yanguas,

necesariamente, se enteró del valor venal de los bienes herenciales. El 3 de febrero de 1927, el demandado vendió en dos mil quinientos pesos ($ 2,500.00) una cuota del derecho hereditario adquirido de Elvira; c). El haber manifestado Ricardo Yanguas a Rubén Bryon, Juan Bautista y Eleuterio Diago que el móvil determinante de la compraventa era obtener la representación de Elvira Yanguas para facilitar la liquidación de la sucesión; d)—El haber hecho Ricardo Yanguas la negociación a espaldas de los hijos de Elvira Yanguas y haber aprovechado la ausencia de Primitivo, hijo de ésta, para el otorgamiento de la escritura pública.

En este pleito no se ha tachado de falso el instrumento público en donde consta la compraventa. La fuerza probatoria especial que el art. 1759 del Código Civil asigna a las escrituras públicas, no abarca la sinceridad de los actos ejecutados por las partes ante el Notario y los testigos actuarios, ni las apreciaciones que haga este funcionario sobre el estado de las facultades mentales de los otorgantes.

El Notario 1º de Cali depone que él se presentó con la minuta escrita y acompañado de Ricardo Yanguas y los testigos actuarios en la habitación de Elvira Yanguas, a quien encontró enferma en la cama. Otros testigos relatan que estaba sola en ese momento. Como los otorgantes no sabían firmar, se llamó a los dos Diagos, a fin de que lo hicieran por ellos. Leyó el funcionario la escritura, preguntó a los interesados su conformidad, y como no observara incapacidad mental en Elvira Yanguas, se firmó el instrumento.

En autos figura un documento privado en el cual consta el contrato de mutuo que el 17 de junio de 1926 celebraron Rubén Bryon, como mutuante; Elvira y Ricardo Yanguas, como mutuarios, por setenta y tres pesos ($ 73.00). En ese documento se declara que la compraventa de los derechos hereditarios fue un acto de confianza. Dada la incapacidad absoluta de Elvira Yanguas, no se puede considerar que el contrato fue simulado porque sin consentimiento la simulación no existe. Por consiguiente, ese documento es sólo un elemento más para establecer el dolo por parte de Ricardo Yanguas.

Se alega por el recurrente que la actora carece de título para reivindicar de Garcés y Caicedo, porque nunca ella ha poseído el derecho de dominio que pretende, ni ha tenido título escrito de él. Y si la acción de dominio la ejercita como heredera de Tiberio Yanguas, además de haber pedido para la sucesión ha debido presentar título que acreditara a su causante como dueño de la finca.

El derecho de herencia de Elvira Yanguas, cuyo objeto era una cuota determinada en la universalidad de los bienes relictos de Tiberio Rodríguez o Yanguas, tuvo como origen exclusivo y como razón suficiente la ley, puesto que la demandante fue heredera abintestato de aquel hermano suyo. Por pertenecer la partición a la categoría de acto declarativo, no desplaza ni transfiere nada, su papel es de orden distributivo; por lo tanto, en el juicio de sucesión de Tiberio Rodríguez o Yanguas, ella consistió en localizar, junto con los de los otros aquel derecho hereditario, sustituyendo las cosas a la cuota. En consecuencia, el derecho de dominio que defienden los demandados Garcés y Caicedo como suyos, proviene en línea directa de Elvira Yanguas. En efecto, ellos compraron a Ricardo Yanguas una parte del derecho herencial que éste adquirió dolosamente de la demandante, y fue este derecho el que se materializó, por virtud de la partición, en las cosas singulares que el partidor puso, hasta concurrencia de la vocación hereditaria de Elvira, en los lotes de todos los demandados. Dada la retroactividad de la partición, los consignatarios no son causahabientes los unos de los otros, sino que, directamente, cada uno de ellos tiene del difunto los bienes que la partición les adjudica. Como efecto de la rescisión de la venta que hizo Elvira Yanguas, se reputa que de su patrimonio nunca salió el derecho hereditario en cabeza de ella, por cuyo motivo la demandante es dueña de las cosas sobre las cuales se situó, cuando la partición, aquel derecho suyo. De ahí que Garcés y Caicedo, en su calidad de poseedores actuales, no puedan ser reputados dueños, porque la demandante justificó serlo.

La acción de reivindicación ejercitada en la demanda, persigue, pues, la finalidad de que se restituya su plenitud integral a ese derecho de dominio de la actora, lesionado en su existencia.

Los incisos 1º y 2º del art. 1899 del Código Civil no tienen aplicación cuando el vendedor, como en el caso actual, comparece en su calidad de demandado, desde el principio del pleito.

Ahora bien. Como Garcés y Caicedo son poseedores de buena fe y además evictos de la cosa sin su culpa, el vendedor de ellos, Ricardo Yanguas, está obligado, por ley, al saneamiento.

Se ha alegado la nulidad de este pleito por falta de personería del mandatario de Elvira Yanguas, a causa de estar probada la incapacidad de ésta, desde antes de haber conferido el poder.

Es doctrina prevalente que la nulidad de los actos jurídicos celebrados por los absolutamente incapaces ha sido establecida en favor de ellos, con miras de protección de sus intereses, por cuyo motivo esa nulidad no puede ser alegada contra ellos y en su perjuicio.

Por otro aspecto, no puede hacerse valer esa nulidad como procedimental, porque ella no consiste en la carencia, perversión o infracción, sea de las condiciones o bien de los elementos que deben darse en cada proceso, sino en un acto jurídico realizado antes del pleito. Por esta razón, de que no se trata de una nulidad adjetiva de personería, tampoco cabe invocar esa nulidad como excepción. Ello ha debido intentarse en forma de acción en demanda de reconvención.

Resolución

La Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia que el 15 de mayo de 1934 profirió el Tribunal Superior de Cali, y en su lugar resuelve:

1º—Declárese que es nulo, por causa de dolo, el contrato de compraventa que consta en la escritura número 1083 del 30 de septiembre de 1925, pasada ante el Notario 1º de Cali. Según ese contrato, Elvira Yanguas vendió a Ricardo Rodríguez o Yanguas todos los derechos hereditarios que a ella "le corresponden o puedan corresponderle en la sucesión intestada e ilíquida de Tiberio Rodríguez o Yanguas".

2º—Condénase a Ricardo Rodríguez o Yanguas a restituir a la demandante, tres días después de notificado el auto que en obedecimiento de esta sentencia dicte el inferior, la tercera parte de la cuota del derecho de dominio proindiviso adjudicada a él, en el juicio de sucesión por causa de muerte de Tiberio Rodríguez o Yanguas "sobre la finca rural situada en el indiviso de 'Palmaseca', jurisdicción del municipio de Palmira, compuesta de diez plazas o fanegadas de terreno, casa pajiza, cultivos de maíz, caña de azúcar y plátano, con un derecho primitivo de doscientos cincuenta pesos ($ 250.00), y comprendida dentro de los linderos especiales siguientes: Norte, con propiedad de los señores Holguín Hermanos; Sur, con predio de los herederos de Juan F. Carbonell; Este, con predio de José Lemos; y Oeste, con predio de Angel María Sausedo. Los linderos generales del indiviso de 'Palmaseca', son: Norte, terrenos de Josepilla; Sur, terrenos de Guanabanal y Arrastraderos; Oriente, terrenos de Cienagalarga y Occidente, el Río Guachal."

3º—Condénase a Ricardo Yanguas a entregar a Elvira Yanguas, como poseedor de mala fe, dentro del término a que se refiere el punto anterior, los frutos que haya percibido de la tercera parte de tal cuota del derecho de dominio, a partir del 13 de mayo de 1927, hasta cuando se verifique la restitución, o los que hubiere podido percibir con mediana inteligencia y actividad, o el valor de ellos a justa tasación de peritos.

4º—Condénase a Manuel María Garcés y a Hernando Caicedo a restituir a Elvira Yanguas, dentro del término mencionado en el numeral segundo, la tercera parte del derecho de dominio adjudicado a ellos en el juicio de sucesión por causa de muerte de Tiberio Rodríguez o Yanguas sobre la casa de construcción antigua, cubierta de tejas de barro, con su terreno correspondiente, situada en el Barrio de la Ermita de Cali, en la calle 15, entre carreras 1ª y 2ª, alinderada así: Por el norte, con casa de Antonia Pilar y solares de Jury & Cobo y Rubén Bryon; por el sur, con casas y solares de Carlos Guerra y Mario Palacios; por el oriente, con la calle 16, y por el occidente, con la citada calle 15.

5º—Condénase a Manuel María Garcés y a Hernando Caicedo, como poseedores de buena fe, a entregar a Elvira Yanguas, dentro del plazo mencionado en el numeral segundo, los frutos que de la referida cuota del derecho de dominio hayan percibido hubieren podido percibir, con mediana inteligencia y cuidado, desde el 31 de mayo de 1928 hasta cuando se verifique la restitución, o el valor de esos frutos a justa tasación de peritos.

6º—Condénase a Ricardo Yanguas a restituir, dentro del plazo fijado en el ordinal segundo, a Hernando Caicedo y Manuel María Garcés la castidad de dos mil quinientos pesos ($ 2,500.00), mitad del precio de la compraventa que consta en la escritura número 211 del 3 de febrero de 1927, pasada ante el Notario 2º de Cali, junto con el valor de los frutos que estos dos, conforme a lo dispuesto en el ordinal 5º, paguen a Elvira Yanguas.

7º—Cancélese la escritura número 1083 del 30 de septiembre de 1925, pasada ante

el Notario 1º de Cali, así como su registro correspondiente. El inferior librará los oficios del caso a los funcionarios respectivos.

8º—Cancélese el registro de la demanda, previo registro de esta sentencia.

9º—Revócase la sentencia que el 15 de septiembre de 1930 profirió el Juzgado 1º del Circuito de Cali.

10.—Con excepción de las de este recurso de casación, que no se han causado, condénase en las costas del pleito a Ricardo Yanguas o Rodríguez. El inferior las liquidará oportunamente.

Cópiese, estampíllese, publíquese y notifíquese. Insértese copia de esta providencia en la GACETA JUDICIAL.

Eduardo Zuleta Angel, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha. Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

SOCIEDADES DE HECHO

Definición y clasificación de las sociedades de hecho.—Sociedades de hecho que se forman por virtud de un consentimiento expreso y sociedades de hecho que se fundan en un consentimiento tácito o implícito y se originan en la colaboración de dos o más personas en una misma explotación. Requisitos que debe reunir esa explotación para que pueda inducirse de los hechos el consentimiento implícito y por consiguiente la existencia de la sociedad de hecho. Requisitos adicionales necesarios en el caso de que la sociedad de hecho se constituya entre concubinos.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil. Bogotá, noviembre treinta de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Eduardo Zuleta Angel)

I

HECHOS

1º—El 20 de octubre de 1924, los señores Carlos del Valle, como apoderado de la señora Sofía Portocarrero vda. de Luque, por una parte, y Alejandro Valencia Arango, en su nombre, por la otra, otorgaron ante el Notario de Tumaco la escritura distinguida con el número 198, que en su parte pertinente dice así: Los otorgantes "convienen, en los términos de este contrato, en poner fin a toda diferencia que pudiera surgir entre Valencia y la representada del Valle con motivo de los negocios que se desarrollaron en esta ciudad con el nombre de Club de Tumaco; 2º—Valencia pagará a Del Valle, en representación de Sofía Portocarrero vda. de Luque la suma de mil quinientos pesos oro legal, así: quinientos pesos al firmarse la presente escritura y mil pesos dentro del término de seis meses, a partir de esa fecha. Para garantizar la obligación, Valencia hipoteca la casa situada en esta ciudad por los siguientes linderos... En consecuencia, Valencia queda dueño exclusivo del negocio y todas las existencias, sin que Sofía vda. de Luque tenga ningún otro derecho, pues por la presente quedan todos arreglados y lo mismo ésta queda libre de toda obligación para con el señor Valencia."

2º—Pocos días después de otorgada esa escritura, en el mes de noviembre del mismo año, la señora Sofía Portocarrero vda. de Luque —por "reiteradas instancias de Alejandro Valencia Arango", según dice ella, o, "por los continuos ruegos y súplicas" de dicha señora, según afirma Valencia Arango— volvió a vivir y a trabajar con éste en el Club de Tumaco.

3º—Durante el lapso comprendido entre noviembre de 1924 y el 7 de enero de 1931, la citada señora Portocarrero vda. de Luque, como lo afirma el Tribunal, trabajó con Valencia en el Club Tumaco.

4º—Respecto de las circunstancias o condiciones en que se efectuó ese trabajo de la señora Portocarrero vda. de Luque en el Club Tumaco, el Tribunal, mediante detenido análisis de las pruebas, estima que se comprobó lo siguiente: a)—La señora Portocarrero trabajaba en calidad de compañera de Valencia; b)—Cuando Valencia estaba presente, la señora Portocarrero "se entendía con los quehaceres domésticos", principalmente, pero también "está probado que sacaba créditos para el Club que se cargaban a Valencia"; c)—Cuando Valencia se ausentaba, la señora Portocarrero quedaba al frente del negocio; d)—Hubo un verdadero trabajo conjunto de Valencia y de la Portocarrero, tendiente a un fin común: desarrollar los negocios del Club Tumaco. Ambos cooperaron, de modo regular y permanente, en ese sentido, en el lapso ya indicado; e).—Generalmente era Valencia quien se entendía con terceros; en su nombre se hacían las compras y los pedidos; como suyo figuraba el establecimiento ante el público y a su nombre se formulaban las facturas, cuentas, etc.

5º—La señora Portocarrero, durante todo el lapso indicado, dormía en el establecimiento antes citado, tomaba allí sus alimentos, y allí pasaba la mayor parte de su tiempo.

6º—Poco después de otorgada la escritura pública antes citada, Valencia Arango y la Portocarrero pensaron o proyectaron constituir, mediante las solemnidades legales, una sociedad de derecho para determinar las condiciones del aporte, participación o intervención de cada uno de ellos en el negocio para cuya prosperidad trabajaban conjuntamente.

7º—Valencia Arango, que de manera obstinada y tenaz ha negado que la señora Portocarrero de Luque hubiera sido su socia y

que rechaza la afirmación básica de ésta sobre la existencia de una sociedad de hecho entre ambos, explica de esta suerte la intervención y el trabajo de la señora Portocarrero de Luque en el Club Tumaco: "Dicha señora (doña Sofía) me ha ayudado a trabajar en calidad de querida o compañera, pues desde mucho tiempo antes dicha señora Portocarrero vivía conmigo y por ese motivo estaba obligada a ayudarme a trabajar, puesto que yo atendía a su subsistencia y a sus gastos personales".

8º—El señor Valencia Arango ha insistido, desde la iniciación del litigio, en que no ha existido ningún contrato entre él y la señora Portocarrero y en que el trabajo y la colaboración de ésta —que él no niega— fueron la consecuencia de las obligaciones que, en sentir de Valencia, tenía la señora Portocarrero, por su calidad de querida, concubina o compañera.

II

SENTENCIA ACUSADA

El Tribunal de Pasto —fundándose en que el trabajo de la señora Portocarrero de Luque, en el Club Tumaco, por la manera como él se efectuó, implicaba un aporte de industria a una sociedad de hecho creada entre Valencia y la Portocarrero, y teniendo en cuenta que los hechos que, a su juicio, se comprobaron, hicieron nacer y subsistir, sin convenio inicial expreso, pero mediante un acuerdo tácito una verdadera sociedad de hecho— falló de la manera siguiente el juicio ordinario que Sofía Portocarrero vda. de Luque inició, ante el Juez del Circuito de Pasto, contra Alejandro Valencia Arango:

"Revócanse los puntos 1º, 2º, 3º y 5º, de su parte resolutiva (la de la sentencia del Juez), y en su lugar se declara: 1º—Que desde el mes de noviembre de 1924, hasta el siete de enero de mil novecientos treinta y uno ha existido en la ciudad de Tumaco y al rededor de los negocios del Club Tumaco, una sociedad de hecho y comercial, entre los señores Alejandro Valencia Arango y Sofía Portocarrero vda. de Luque.

2º—Que esa sociedad, ya disuelta, debe liquidarse.

3º—Que los valores o bienes aportados a esa sociedad deben ser restituídos a los socios aportantes.

4º—Que los bienes adquiridos durante esa sociedad y como consecuencia de ella deben dividirse entre los socios.

5º—El haber social de la sociedad de hecho, antes referida, se dividirá entre los socios proporcionalmente al trabajo de cada socio y de los bienes que hubiesen aportado, división que se hará mediante la prueba correspondiente de los bienes y del valor del trabajo aportado.

Se confirman los puntos 4º y último de la sentencia, erróneamente enumerado tercero".

III

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El recurrente invoca como causales de casación la primera y la segunda, y aduce con respecto a cada una de ellas varios motivos, así:

Primera causal.—Primer motivo.—Sostiene el recurrente que se violaron los artículos 2079, 2094 y 2095 del C. C., así como el 475 del Código de Comercio y 481 del C. J., y al efecto, razona en su sentencia así: a). Violó el Tribunal el art. 2079 del C. C., porque para declarar que había existido desde noviembre de 1924 hasta el 7 de enero de 1931, una sociedad de hecho entre Valencia y Portocarrero, se fundó en la presunción de un consentimiento tácito o implícito deducido de hechos o indicios posteriores a noviembre de 1924, lo que no podía el Tribunal hacer, ya que la formación de una sociedad, aunque sea de hecho, requiere un consentimiento expreso, un convenio o acuerdo de voluntades explícita y concretamente manifestado, ya porque la litis se trabó sobre la afirmación básica de la demandante de que había existido ese consentimiento expreso esencial para la formación de la sociedad, ya, en fin, porque el consentimiento tácito en que se fundó el Tribunal, como deducido que fue de hechos o indicios posteriores a noviembre de 1924, se refiere a una época posterior a aquella en que se da por constituída la sociedad; b)—Violó el Tribunal el art. 2083 del C. C., en relación con el 475 del C. de C., porque sin haberse acreditado "los caracteres esenciales de la sociedad de hecho, que no podrían ser distintos de los que legalmente debe comportar una sociedad regular comercial, salvo la omisión de formalidades", se ordenó la liquidación de las operaciones relativas a los negocios desarrollados al rededor del Club de Tumaco, partiendo de la base de que hubiera existido efectivamente una sociedad de hecho, a tiempo que no se acreditaron los elementos esenciales de toda sociedad; c)—Violó asimismo el Tribunal esos dos textos (el 2083 del C.

C. y el 475 del C. de C.), por cuanto decretó la división entre los socios, no sólo de los bienes adquiridos durante la sociedad, sino también de los adquiridos como "consecuencia ella"; d)—Finalmente violó el Tribunal los arts. 2094 y 2095 del C. C., así como el 481 del C. J., al resolver que el haber social se dividiría entre los socios proporcionalmente al trabajo de cada uno de ellos y a los bienes que hubiesen aportado, y al remitir a un juicio nuevo y distinto la prueba y apreciación de los bienes y actividades aportados por los socios, después de haber reconocido, por una parte, que eran de la exclusiva propiedad de Valencia Arango los bienes que la demandante pidió que se declararan pertenecientes a la sociedad, en la petición sexta de la demanda, y, por otra parte, que no estaba demostrado que se hubieran hecho los aportes sobre los cuales se trabó la litis, por virtud de las afirmaciones de la demanda, y que tampoco estaba demostrado el acervo común que dice la demanda se formó con bienes adquiridos durante la sociedad.

Segundo motivo.—Hubo por parte del Tribunal indebida aplicación de todas las pruebas presentadas por el demandado, tendientes a acreditar que el negocio o negocios del Club de Tumaco, en el período de noviembre de 1924 al 7 de enero de 1931 fueron gestionados exclusivamente por Valencia Arango y que éste apareció siempre ante terceros como único adquirente y dueño de los inmuebles del Club y como único interesado en el asunto, sin que hubiera razón social ni otro elemento que permitiera siquiera suponer la existencia de una sociedad entre Valencia Arango y la actora.

Causal segunda.—Primer motivo.—Hay incongruencia, según el recurrente, en primer lugar, por haber planteado el Tribunal la cuestión de la formación y comprobación de la sociedad de hecho invocada por la demandante, fuéra del lapso indicado en la demanda, o sea del mes de noviembre de 1924, sustituyendo los hechos generadores de la sociedad en ese mes, por hechos posteriores distintos y no generadores de la sociedad en el lapso preciso indicado en la demanda. Todos los hechos y pruebas examinados por el Tribunal como demostrativos de la sociedad de hecho, extralimitan ese lapso del mes de noviembre de 1924 y no entrañan circunstancias concomitantes a la formación de la sociedad. "Creo que sobre este punto, concluye el recurrente, no tengo necesidad de insistir, porque está suficientemente demostrado en el examen que hice y con los razonamientos que expuse en el capítulo segundo de este alegato, relacionado con algunas cuestiones litigiosas importantes".

Segundo motivo.—Hay también incongruencia en forma ostensible, entre lo pedido por la actora y lo fallado por el Tribunal, por cuanto no habiéndose acreditado el aporte de valores y bienes, de parte de los socios a la pretendida sociedad, y antes bien habiéndose excluído los que se dijeron formar parte del acervo social o haberse adquirido durante la sociedad con bienes comunes, no obstante se resolvió en el numeral 3º, en una forma abstracta, que deben restituírse bienes a los socios aportantes, sin la demostración de haberse hecho el aporte, y el numeral 4º del mismo fallo del Tribunal, se falló también, incurriendo en incongruencia, en el sentido de que bienes que no se ha comprobado haberse adquirido, durante la sociedad, bien sea por la sociedad o por cuenta de ella, deben dividirse entre los socios, agregando una circunstancia no pedida en la demanda, cual es que deben dividirse o ser materia de esa partición los bienes no sólo adquiridos durante la sociedad pretendida, sino, como consecuencia de ella, extremo éste que no fue planteado en la demanda ni objeto de la litis contestatio.

Tercer motivo.—Ostensible es también, en sentir del recurrente, la incongruencia de que da cuenta el texto del numeral 5º de la sentencia del Tribunal, que ordena dividir entre los socios, según lo anotado ya, el trabajo de cada socio, o mejor dicho, el haber social de la sociedad de hecho formada con este trabajo y con bienes que hubiesen aportado los socios, siendo así que en el juicio se demostró no haberse efectuado aporte de trabajo ni de bienes algunos, ni haberse constituído haber social perteneciente a la sociedad de hecho. Y como tampoco se dio la prueba del valor de los bienes y del trabajo aportados, o que se dicen aportados sin prueba que determine los aportes, la sentencia es incongruente, ya que, no pudiendo fallar en abstracto sobre apartes hipotéticos, decidió la forma de división de un haber social abstractamente formado, y sentó la regla de la proporción de la división conforme al valor del trabajo y de los aportes deferidos, no acreditados, distintos de los aducidos en la demanda como fundamentales de la petición.

IV

EXAMEN DE LOS CARGOS FORMULADOS

Sección primera

Primera causal.—Primer motivo

Las sociedades de hecho se dividen en dos clases, así:

Primera.—Las que se forman por virtud de un consentimiento expreso y que, por falta de uno o de varios o de todos los requisitos o de las solemnidades que la ley exige para las sociedades de derecho, no alcanzan la categoría de tales.

Segunda.—Las que se originan en la colaboración de dos o más personas en una misma explotación y resultan de un conjunto o de una serie coordinada de operaciones que efectúan en común esas personas y de las cuales se induce un consentimiento implícito.

Contra el reconocimiento de las sociedades de hecho de la segunda clase —que los expositores llaman **sociedades creadas de hecho o por los hechos**, no puede alegarse que la sociedad es un contrato que no se forma sino por manifestaciones recíprocas y concordantes de la voluntad de las partes y que este elemento fundamental no existe en esas denominadas sociedades creadas de hecho: en éstas tal acuerdo no falta; lo que acontece es que se acredita por medio de una presunción.

De las circunstancias de hecho se induce el consentimiento que puede ser tácito o implícito.

Se presumirá ese consentimiento; se inducirá de los hechos, el contrato implícito de sociedad, y se deberá, en consecuencia, admitir o reconocer la sociedad creada de hecho, cuando la aludida colaboración de varias personas en una misma explotación reúna las siguientes condiciones:

1ª—Que se trate de una serie coordinada de hechos de explotación común;

2ª—Que se ejerza una acción paralela y simultánea entre los presuntos asociados, tendiente a la consecución de beneficios;

3ª—Que la colaboración entre ellos se desarrolle en un pie de igualdad, es decir, que no haya estado uno de ellos, con respecto al otro u otros, en un estado de dependencia proveniente de un contrato de arrendamiento de servicios, de un mandato o de cualquiera otra convención por razón de la cual uno de los colaboradores reciba salario o sueldo y esté excluído de una participación activa en la dirección, en el control y en la supervigilancia de la empresa;

4ª—Que no se trate de un estado de simple indivisión, de tenencia, guarda, conservación o vigilancia de bienes comunes, sino de verdaderas actividades encaminadas a obtener beneficios.

La circunstancia de que se haya empleado una denominación social o una razón social, o de que, en una u otra forma, se les haya hecho creer a terceros que existe una sociedad, es importantísima cuando se trata de acciones de esos terceros contra los asociados o contra la sociedad o viceversa, pero en lo concerniente a las relaciones de los socios entre sí, tal circunstancia no tiene mayor trascendencia: el que no se haya empleado una razón social o una denominación social y el que no haya habido ante terceros apariencia de sociedad, ni impide ni dificulta que se reconozca como existente, por presunción o deducción, la sociedad creada de hecho, para lo concerniente a las relaciones de los socios entre sí.

Si la sociedad —lo que es muy frecuente— se ha creado de hecho entre concubinos, será necesario que medien, además, para poderla reconocer, estas dos circunstancias adicionales:

1ª—Que la sociedad no haya tenido por finalidad el crear, prolongar, fomentar o estimular el concubinato, pues si esto fuere así, el contrato sería nulo por causa ilícita, en razón de su móvil determinante. En general, la ley ignora las relaciones sexuales fuéra de matrimonio, sea para hacerlas producir efectos, sea para deducir de ellas una incapacidad civil, y por ello, en principio, no hay obstáculo para los contratos entre concubinos, **pero cuando el móvil determinante en esos contratos es el de crear o mantener el concubinato, hay lugar a declarar la nulidad por aplicación de la teoría de la causa;**

2ª—Como el concubinato no crea por sí solo comunidad de bienes, ni sociedad de hecho, es preciso, para reconocer la sociedad de hecho entre concubinos, que se pueda distinguir claramente lo que es la común actividad de los concubinos en una determinada empresa creada con el propósito de realizar beneficios, de lo que es el simple resultado de una común vivienda y de una intimidad extendida al manejo, conservación o administración de los bienes de uno y otro o de ambos.

De acuerdo con los principios jurídicos que acaban de exponerse —que no solamente no pugnan con los artículos que el recurrente

considera violados, sino que representan la síntesis de las concepciones doctrinarias y jurisprudenciales más modernas y autorizadas (véanse: Hémard Nº ....; Marcel Nast, Nota en Dalloz, 1935, 2, 41), y que por lo tanto constituyen un criterio rigurosamente científico por la interpretación y aplicación de tales textos— el Tribunal, en atención a que encontró demostrados los hechos resumidos al principio de este fallo, declaró, de conformidad con lo pedido en la demanda, que había existido entre noviembre de 1924 y el 7 de enero de 1931, en la ciudad de Tumaco, y al rededor de los negocios del Club Tumaco, una sociedad comercial de hecho, entre Alejandro Valencia Arango y Sofía Portocarrero de Luque, y que tal sociedad debía ser liquidada.

Que el Tribunal haya reconocido la existencia de esa sociedad y haya decretado su liquidación, a pesar de no haberse probado el consentimiento expreso y mutuo de que habla el recurrente, no implica, según lo que acaba de explicarse, violación de los artículos 2079, 2083, 2094 y 2095 del C. C. y 47b del C. de Cº, puesto que, como se ha visto, hay sociedades creadas de hecho o por los hechos que tienen su origen en la colaboración de varias personas en una misma explotación y en las cuales el consentimiento es o puede ser tácito y se deduce del conjunto o la serie coordinada de operaciones efectuadas en común por esas personas.

Recientemente la jurisprudencia francesa, en armonía con la doctrina que acaba de exponerse, ha decidido: "que la colaboración de un concubino en los negocios del otro es susceptible de hacer nacer una sociedad de hecho". (Aix, 18, Dic. 1933.Dalloz. 1935, 2, 41).

Comentando esa sentencia, el renombrado profesor Nast dice lo siguiente:

"En general, las sentencias admiten esta acción (la acción pro socio) entre concubinos cuando se establece que realmente ha existido una sociedad de hecho y especialmente cuando, como sucede con frecuencia, los concubinos han explotado, en común, un comercio, una industria, una hacienda, etc. Con todo, se han emitido algunas dudas sobre la legitimidad de esta solución, en cuanto que los concubinos no se propusieron como objeto, desde un principio, una participación de beneficios, condición necesaria para que haya sociedad (art. 1832, C. C.), sino que únicamente se propusieron poner en común sus ganancias para subvenir a las necesidades domésticas. La verdad es que es imposible adoptar una solución única para todos los casos que se presenten: todo depende de una cuestión de hecho y particularmente de la intención de los concubinos, tal como ella pueda desprenderse de la conducta que ellos hayan tenido. Cuando han explotado en común fondos de comercio o de industria o un fondo rural, será conveniente decidir, según las circunstancias, que existía entre ellos una asociación en participación o una sociedad de hecho colectiva o que, por el contrario, no existía entre ellos ninguna sociedad, porque la colaboración del uno en la explotación gerenciada por el otro haya consistido solamente en una prestación de servicios sujeta a remuneración. Cuando los concubinos han vivido bajo el mismo techo, en principio, la propiedad de los bienes muebles como de los inmuebles pertenece al uno o al otro, como en el caso de cónyuges separados de bienes, o de amigos que viven en común; pero podrán considerarse como bienes indivisos de ambos, y por tanto, sujetos a partición, aquellos bienes que hayan adquirido en común o con sus economías comunes y aquellos bienes que no pueda saberse a cuál de ellos pertenecen"

Al exponer el primer motivo de la primera causal, el recurrente, además del argumento fundamental a que acaba de referirse la Corte, expone estas otras consideraciones para sustentar su afirmación de que los expresados textos fueron violados:

a)—La litis se trabó sobre la base de la afirmación, hecha por la demandante, de que la sociedad se había formado en virtud de un consentimiento expreso y mutuo, en noviembre de 1924, y el Tribunal, al no encontrar acreditado ese consentimiento expreso y mutuo, acudió, para sustituírlo, a deducciones "que presumen o hacen presumir, en el criterio del Tribunal, un consentimiento tácito que no ha sido alegado".

b)—Los hechos y circunstancias tomados en cuenta por el Tribunal para deducir ese consentimiento no son coetáneos a la alegada formación del contrato social en noviembre de 1924, sino posteriores;

c)—No habiéndose probado que se hicieran en noviembre de 1924 los aportes de que habla la demanda; no habiéndose probado tampoco la existencia del acervo común que dice la demanda "se formó con bienes adquiridos durante la sociedad", no era posible resolver, como resolvió el Tribunal, que debía hacerse una liquidación proporcional a los aportes y que los bienes adquiridos durante la sociedad, "y como consecuencia de ella" deben dividirse; ni era posible tampoco remitir a las partes a otro juicio para

decidir sobre los aportes hechos, su valor y cuantía, a tiempo que se declaraba existente la sociedad y se ordenaba su liquidación

Al respecto la Corte considera:

En la petición subsidiaria a la primera de la demanda pidió la actora que se declarara que la sociedad de hecho "ha existido entre las fechas que se establezcan durante el juicio". No se podría explicar esta petición si no se interpretara la demanda en el sentido de que la actora no se limitó a alegar un consentimiento o acuerdo expreso en noviembre de 1924, sino que también alegó un consentimiento tácito o implícito que pudiera inferirse sobre las pruebas sobre realización de operaciones en provecho de ella y de Valencia.

Por otra parte, del conjunto de hechos básicos de la demanda se deduce claramente que la actora, más que sobre un convenio expreso, fundó su acción en un conjunto o serie de actos de cooperación o colaboración comercial, de los cuales se induce un consentimiento implícito, pues si bien es cierto que en el hecho décimotercero habla la demandante de que en noviembre de 1924 **formaron ella y Valencia Arango nuevamente la misma sociedad de hecho con idénticas bases tanto en la distribución de pérdidas y ganancias como en lo relativo a administración de la empresa del Club**, no es menos cierto que —dado el contexto general de la demanda, en que insiste especialmente la actora sobre la importancia y la eficacia de su labor para la fundación y desarrollo del Club Tumaco, desde 1927— las expresadas frases del hecho décimo-tercero, que es el fundamental al respecto, no tienen por qué ser interpretadas en el sentido de que la demandante expone como fundamento exclusivo y esencial de su demanda la existencia de un convenio expreso. Finalmente, en lo que atañe a la primera de las consideraciones transcritas, cabe observar que si en realidad hubiera variado el Tribunal la cuestión planteada en la litis, al sentenciar sobre la base de un consentimiento tácito no alegado, la acusación procedente sería la de violación de disposiciones sustantivas como consecuencia de una errada interpretación de la demanda, pero no la de violación directa de los artículos citados por el recurrente en la forma en que éste presenta aquí el cargo.

En lo referente a la segunda de las consideraciones aludidas, bastaría observar que ese razonamiento podría ser procedente si se tratara de un cargo de violación de la ley como consecuencia de un error manifiesto en la apreciación de las pruebas, pero que no es procedente tratándose como se trata aquí de una acusación por violación directa. Pero a lo que acaba de decirse puede y debe agregarse que —dada la doctrina antes expuesta sobre sociedades creadas de hecho— no interesa saber, para el reconocimiento de una sociedad de esa clase, si los hechos o circunstancias tenidos en cuenta son o no coetáneos de la época en que se presume constituída la sociedad. Lo que interesa saber, y esto fue lo que estudió el Tribunal, es si de esas circunstancias se deduce que en realidad de verdad la sociedad existió durante el período o lapso en que se verificaron los negocios cuya liquidación se pide. Las pruebas pueden versar sobre hechos anteriores o posteriores al día en que se da como inicial de la sociedad. Esto no importa si en verdad de esos hechos se deduce que la sociedad comenzó ese día. En el caso presente era natural que las pruebas sobre actos de cooperación o colaboración comercial de los litigantes llevaran al Juzgador a deducir que la sociedad había comenzado en noviembre de 1924, y ello por dos razones: de una parte, estaba la escritura de 20 de octubre de 1924, que liquidaba las relaciones anteriores de los litigantes, y, por otro lado, el hecho fundamental alegado por la demandante, y en lo sustancial aceptado por el demandado, consistente en que aquélla volvió al Club Tumaco a vivir y a trabajar con Valencia Arango desde noviembre de 1924.

Por último, en lo atinente a la tercera de las expresadas consideraciones, se observa: la actora no pretendió en la demanda que se señalara y determinara el monto del haber común, ni hizo petición concreta sobre la cuantía de las utilidades que debieran ser repartidas, ni solicitó que se determinara el valor exacto de los aportes de cada una de las partes, ni siquiera pidió que se hiciera una declaración sobre los bienes o valores en que tales aportes habían consistido. Pidió simplemente, por una parte, que se declarara la existencia de la sociedad y se ordenara su liquidación, repartiendo entre los socios el haber común y las utilidades, y, de otra parte, que se declarara que, entre los bienes que formaban parte del acervo común divisible, estaban comprendidos los dos inmuebles alinderados en la demanda. El Tribunal negó esta última petición. La primera fue resuelta en sentido favorable, fundándose para ello el Tribunal en que sí había habido sociedad, entre otros motivos, porque se habían hecho, por lo menos, los

siguientes aportes: por parte de la Portocarrero, su trabajo, y por parte de Valencia Arango, su trabajo y el establecimiento del Club Tumaco. Desde el punto de vista de la necesidad de aportes para la existencia de la sociedad, era bastante que se probara que uno y otro socio habían hecho aportes. El determinar la cuantía de éstos y el precisar si, además de los indicados, se habían hecho otros, y por qué valor, no era materia de este pleito, porque las peticiones segunda, tercera y cuarta de la demanda constituían apenas una consecuencia de la primera declaración solicitada y habían sido formuladas en una forma abstracta, como deducciones de la existencia misma de la sociedad.

Sección segunda

Primera causal.—Segundo motivo.

Enumera el recurrente cinco órdenes de pruebas como no apreciadas por el Tribunal, así: "El primer orden, sobre adquisición de inmuebles, actuaciones ante las autoridades públicas, documentos privados en los cuales aparece el señor Valencia Arango como único adquirente y dueño, en su propio nombre, de los inmuebles que la demandante pretende son sociales, y como único sér activo de los negocios del Club Tumaco, ante la misma demandante y ante extraños, sin relación o vínculo social con ella y sin representación de la pretendida sociedad.

"El segundo orden de pruebas relativo a pago de impuestos municipales, servicio de luz, de aseo, muelle, impuestos de hotel, cantina y billar, todos los cuales figuran gravando directa y exclusivamente a la persona del señor Valencia Arango, acreditándose los pagos consiguientes con los recibos correspondientes.

"El tercer orden: movimiento comercial interno y de importación directa, todo efectuado por Valencia Arango en su propio nombre, sin que se vislumbre someramente que en tales operaciones mediara asociación con la señora demandante.

"Cuarto orden: propaganda pública de dichos negocios, admitida por la misma demandante, donde aparece dicho Valencia Arango como único propietario y gestor de los negocios del Club Tumaco.

"Quinto orden: trabajos en dicho establecimiento, reparaciones de toda clase, efectuadas por orden, cuenta y riesgo del señor Valencia, sin que se vea con ello ni el interés, ni la ingerencia, ni el derecho de ningún otro socio, ni el beneficio de ninguna asociación. A esto deben agregarse las cuentas, libros y demás papeles examinados en la diligencia de inspección ocular practicada por comisión conferida por el Tribunal al Juez 1º del Circuito de Tumaco, diligencia que se cumplió el ocho de marzo de mil novecientos treinta y tres, y que concluye así: "En vista de los papeles y de los hechos que se dejan relacionados, conceptuamos que el nombre del Club Tumaco no puede considerarse como una razón social, sino como el de un establecimiento del cual aparece como propietario el señor Valencia Arango. El señor Juez aprobó lo expuesto por los señores peritos, por ser lo que pasó a su vista y consta en los papeles y documentos presentados".

Considera la Corte:

Sin duda el fallador no hizo un análisis detenido de las pruebas que en concepto del recurrente no fueron apreciadas, pero no podría sostenerse que las pasó por alto, ya que hay en el texto de la sentencia objeto del recurso pasajes de los cuales se deduce que sí las tuvo en cuenta, y más aún: que sacó de ellas las consecuencias que era posible sacar. Sólo que en el ánimo del fallador fueron más adecuados a formar convicción los elementos que sirvieron de base a sus declaraciones. Véase, en apoyo de lo dicho, este concepto: "Valencia no ha confesado las bases de la sociedad, pero ha confesado la existencia de ella, porque él ha dado su aceptación a la intervención de la demandante. Y contra ésta confesión nada vale el que se haya demostrado que todas las relaciones transeúntes del Club Tumaco las llevara Valencia, lo cual es evidente, tanto por la correspondencia, como por los comprobantes de operaciones comerciales, como por la propaganda. Pero una cosa son las relaciones con terceros, y otra las inmanentes, de los socios entre sí. Esa prueba, aducida por Valencia, no demuestra que la Portocarrero no hubiera sido su socia, aceptada por él; lo más que podría demostrar es que él era el encargado de la gerencia, lo que constituye una de las afirmaciones que la actora hace en su libelo".

Pero aún aceptando que fuera cierto lo que afirma el recurrente, eso sólo no bastaría para casar el fallo, porque el Tribunal es soberano en la apreciación de las pruebas y sólo puede la Corte variar la estimación que él haga cuando se establece un error manifiesto.

En el presente caso el sentenciador reconoció la existencia de la sociedad fundán-

dose en múltiples elementos probatorios y principalmente en éstos:

1º—La inadmisible explicación dada repetidamente por el mismo Valencia sobre el hecho no negado por él del trabajo de la Portocarrero en el Club Tumaco. Para procurar que tal hecho no se tomara como determinante de la creación de hecho de la sociedad, dijo Valencia que ese trabajo había sido realizado por la Portocarrero en virtud de sus obligaciones de concubina y en compensación de la alimentación y vivienda suministradas por Valencia, pero es claro que el Tribunal, lejos de poder descartar con esa explicación la sociedad de hecho, tenía que encontrar y encontró en tan peregrina consideración un elemento probatorio en favor de la Portocarrero, como que de esa manera quedaba relevada la circunstancia fundamental de que el trabajo de ésta no tenía en verdad otra causa jurídica que la de la existencia de la sociedad.

2º—El calificativo de "socia comercial", dado por Valencia Arango a la viuda de Luque en memorial dirigido a una autoridad de Policía y reconocido luégo en posiciones;

3º—La manifestación de Valencia Arango en posiciones de que dicha señora le ayudaba a trabajar, como compañera y no como sirvienta o empleada, manifestación confirmada por varios testimonios traídos a los autos;

4º—El indicio que sobre el hecho de haber existido la sociedad, surge de las declaraciones de Carlos Santander y Efraín Llorente, que afirman haber visto, con posterioridad al año de 1924, una minuta que se dice aprobó Valencia Arango y que estaba destinada a elevarse a escritura pública, en que se fijaban las bases sociales;

5º—La misma vida común que llevaban Valencia Arango y la viuda de Luque en el Club de Tumaco, donde se les veía igualmente interesados en las gestiones de los negocios del mismo;

6º—El hecho acreditado de que cuando Valencia Arango se ausentaba de Tumaco, quedaba encargada de los negocios del Club la viuda de Luque, como lo declaran los testigos Rodríguez, Sarasti y Torres (fs. 36, 37 y 39, respectivamente);

7º—Las anotaciones encontradas entre los libros y papeles del Club Tumaco al practicar la inspección ocular del 8 de marzo de 1933 y de las cuales aparecen anticipos hechos a la nombrada viuda de Luque o por su cuenta;

8º—La escritura de 20 de octubre de 1924, citada al comenzar la presente sentencia. De dicha escritura se infiere que —aun cuando Valencia hizo lo posible por no confesarlo así—, entre él y la Portocarrero había existido hasta esa fecha una sociedad de hecho. Nada hay en el proceso que permita creer que, al volver poco después la Portocarrero al Club, sus relaciones comerciales con Valencia iban a ser de naturaleza distinta a aquellas que habían provocado la liquidación que se efectuó por virtud de la expresada escritura.

De todo ello dedujo el Tribunal la utilidad común perseguida en desarrollo de los negocios del Club Tumaco, teniendo, por otra parte, como establecida la concurrencia del elemento aportes.

Bien pudiera suceder que fueran las probanzas dichas deficientes para fundar las declaraciones hechas por el Tribunal en la parte resolutiva de su fallo, pero en el caso que se estudia, sin que se haya establecido error manifiesto en cuanto a la apreciación de ellas, no podría la Corte entrar a reconocer una mayor fuerza, para sacar otras conclusiones, a las pruebas que señala el recurrente como pasadas por alto, porque con ello se desconocería el principio de la libertad del fallador en la apreciación de las pruebas. Y si no puede reconocerse, por lo dicho, una mayor fuerza a aquéllas, tampoco se puede, consecuencialmente, tener por establecido el error de derecho que para el recurrente implica el que se hubiera atenido el Tribunal a pruebas que en concepto de aquél son deficientes, frente a otras que estima definitivas.

Sección tercera

Segunda causal. Primer motivo

En la demanda pidió la actora que se declarara la existencia de una sociedad de hecho entre ella y Valencia Arango, "desde el mes de noviembre de 1924, hasta el 7 de enero de 1931", y en subsidio, la declaración de que esa sociedad había existido entre las fechas que llegaran a establecerse durante el juicio. El Tribunal hizo la declaración principal fundándose en elementos probatorios que aparecen de autos. Si hubiera habido mala apreciación de ellos, si se hubiera incurrido en errores evidentes de hecho o en errores de derecho, ello prestaría fundamento a la causal primera de casación, pero no a la segunda. Ya se vio, al estudiar el segundo motivo de la primera causal, que no había habido errores manifiestos de hecho ni errores de derecho. Ya se vio tam-

bién, al estudiar el primer motivo de esa primera causal, que no importa que los hechos de los cuales se deduzca la sociedad creada de hecho sean anteriores o posteriores a la fecha que se da como inicial de la sociedad, si de tales hechos en realidad se deduce que la sociedad existió desde ese día. Ya se vio también que en el caso presente, la escritura de 20 de octubre de 1924 y el hecho de haber vuelto a vivir y a trabajar la demandante con Valencia en noviembre del mismo año, le sirvieron al Tribunal para resolver que efectivamente, en ese mes, había comenzado la sociedad creada de hecho a que se refiere este litigio.

La cuestión planteada por el recurrente en este cargo es una cuestión de pruebas, a la cual ya hizo referencia la Corte, pero no una cuestión de incongruencia.

Sección cuarta

Segunda causal.—Segundo motivo

En el numeral 3º de la parte resolutiva de la sentencia del Tribunal, éste decidió, en consonancia con la petición tercera de la demanda, "que los valores o bienes aportados a esta sociedad deben ser restituídos a los socios aportantes". Entendió el fallador que esta declaración era consecuencia de la hecha en el numeral 1º sobre existencia de la sociedad de hecho. Entre las razones que lo indujeron a declarar cata existencia de la sociedad de hecho expuso el Tribunal la de que sí había habido aportes, que consistían, por lo menos, en esto: por parte de la Portocarrero, su trabajo personal, y, por parte de Valencia, la empresa del Club Tomaco y su industria. Como no se pidió que se hicieran declaraciones sobre la cuantía de los aportes ni se solicitó que se declarara que éstos consistían en tales o cuáles bienes, el Tribunal nada dijo sobre esto, pero dejó que las partes ventilaran en otro juicio esa cuestión. Ahora bien; si se pidió que se hiciera la declaración a que se refiere la petición tercera de la demanda y el Tribunal la hizo como consecuencia de la declaración fundamental sobre existencia de la sociedad (la cual a su vez se fundó, entre otros motivos, en que sí había habido aportes), no se ve la incongruencia entre lo pedido y lo fallado. Si el Tribunal hubiera incurrido en un error evidente de hecho al apreciar que sí hubo aportes, habría habido base para acusar la sentencia por la primera causal, pero no por ésta que se estudia.

Consideraciones análogas pueden hacerse en relación con lo decidido por el Tribunal en el numeral 4º, así como respecto de la circunstancia de que éste se hubiera valido de la expresión "adquiridos durante la sociedad y como consecuencia de ella". No se encuentra en la parte motiva de la sentencia fundamento alguno para darle a esta frase el alcance que le da el recurrente. Lo que quiso con ella el Tribunal no fue aumentar el contenido de lo que se pidió que se declarara sino advertir que los bienes que deben repartirse son aquellos con respecto a los cuales se reúnan estos dos requisitos: a)—Haber sido adquirido con posterioridad a la constitución de la sociedad, y b)—Haber sido adquiridos como consecuencia de los negocios sociales. En otros términos, el Tribunal, muy justamente, quiso precisar debidamente la solución haciendo notar que para saber cuáles eran los bienes repartibles no se debía atender solamente a un criterio cronológico sino también a un criterio de causalidad.

Sección quinta

Segunda causal.—Tercer motivo

Ya se dijo que el Tribunal declaró la existencia de la sociedad fundándose para ello, entre otros muchos motivos, en que sí había habido aportes. Establecido esto, el Tribunal no tenía por qué entrar a decidir sobre la cuantía de los aportes porque no era materia del pleito, ni tenía tampoco por qué entrar a resolver si, además de los aportes que el Tribunal tuvo en cuenta para declarar la existencia de la sociedad, había habido otros, porque ésto no era materia del pleito. Pero sí tenía que resolver —porque ésta sí era una cuestión planteada en la demanda—, en qué forma se debía hacer la división del haber social y las utilidades de esa sociedad que el Tribunal consideró haber existido. De conformidad con lo establecido por el art. 2094 del C. C., falló esa cuestión el Tribunal en el sentido de que la división debía hacerse en proporción a los aportes, en lugar de hacerse por iguales partes, como lo pretendía la demandante. Precisamente, por lo que no se había demostrado que los aportes fueran iguales fue por lo que el Tribunal no resolvió que la división se hiciera por partes iguales. Si sólo se hubiera aportado el trabajo de uno y otro socio habría estado bien que la división se decretara por partes iguales. Pero como se parte de la base de que hubo otros aportes

ya reconocidos, y puede suceder que todavía se demuestren otros distintos, era lo natural que se ordenara la división en proporción al valor o cuantía del monto de los aportes de cada socio. No existe, pues, la incongruencia de que habla el recurrente: planteadas por la demandante la cuestión fundamental de la existencia y consiguiente liquidación de la sociedad y la cuestión consecuencial de la división del haber social, el Tribunal resolvió, de conformidad, la primera cuestión, sobre la base de que sí había habido aportes, y, teniendo en cuenta que no se sabía la cuantía de cada uno de ellos, resolvió la segunda cuestión conforme al artículo 2094, en el sentido de que la división debía hacerse, no por partes iguales, sino a prorrata del valor de los aportes, dejando para determinar en otro juicio la cuestión, no planteada en éste, relativa al valor o cuantía de cada uno de los aportes.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia acusada, proferida por el Tribunal Superior de Pasto con fecha treinta y uno de agosto de mil novecientos treinta y tres.

Las costas a cargo del recurrente.

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

Eduardo Zuleta Angel, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha. Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

DEMANDA PARA EL PAGO DE UNAS SUMAS DE DINERO Y PARA LA RESTITUCION DE OTRA QUE SE ESTIMO INDEBIDAMENTE PAGADA.—BIENES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL Y BIENES PROPIOS DEL CONYUGE.—SENTIDO DEL RECURSO DE CASACION

Los dineros que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio o durante él adquiriere, pertenecen a la sociedad conyugal. La actora no pudo pedir para sí y en su propio nombre, sino para la sociedad conyugal disuelta por muerte de su esposo. Son bienes propios del cónyuge los adquiridos a título gratuito y los aumentos materiales a ellos. (Arts. 1782 y 1783, C. C.). Aunque el Tribunal erró en el monto de una partida de dinero, tal error no funda una verdadera causal de casación, porque no se trata de un juicio de cuentas, ni la actora ha demandado por error de cuenta. Suponiendo probados los errores de hecho y de derecho que alega el recurrente, e imaginando que los textos legales resultan mal citados o mal interpretados en la parte expositiva del fallo, nada de eso autorizaría para impugnar en casación una sentencia que no quebranta ninguna ley en la parte dispositiva, que es la obligatoria. En tal caso la Corte tiene en cuenta que cumple el fin principal de la casación, unificar la jurisprudencia nacional, restableciendo en la parte expositiva de su fallo la que, en su concepto, es la verdadera doctrina legal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Civil.—Bogotá, agosto treinta y uno de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo)

El 16 de febrero de 1925, la señora Mercedes Murillo de Peláez, mujer casada con el doctor Eduardo Peláez, depositó en el Banco de Caldas, compañía anónima domiciliada en Manizales, la suma de mil ciento veintiocho pesos ($ 1,128.00) en moneda corriente (f. 7).

Estima la señora Murillo de Peláez que tal suma no entró al haber de la sociedad conyugal que formaba ella con el doctor Peláez, muerto el 17 de febrero de 1925, un día después de aquel en que dicha señora efectuó el depósito (f. 19).

El doctor Peláez hizo testamento, y dio al señor Nepomuceno Mejía M. el cargo de hacer ejecutar sus disposiciones como albacea sin tenencia de bienes (f. 128).

Con fecha 17 de diciembre de 1925, el señor Nepomuceno Mejía M., que ejercía la gerencia del Banco de Caldas, dirigió una carta a la señora Murillo de Peláez, carta a que pertenecen los dos párrafos que en seguida se copian:

"Es el caso que de acuerdo con sus deseos de terminar la construcción de la casa que había empezado el nunca bien lamentado doctor Peláez y de acuerdo con su autorización, Enrique Arango E., fervoroso admirador de Eduardo, también por indicación mía y por consejo suyo, continuó dirigiendo la construcción de la casa y fue girando al Banco de Caldas por los dineros necesarios para terminarla. Esos gastos, con sus intereses hasta hoy montan a cinco mil quince pesos ($ 5,015.00), que sumados a los pagos hechos por defunción del doctor y otros por valor de trescientos treinta y cinco pesos $ 335.00) montan a cinco mil trescientos cincuenta pesos ($ 5,350.00)".

"Como actualmente estamos terminando lo referente a la fusión del Banco de Caldas en el Banco del Ruiz, me permito enviarle un pagaré por la suma total para que usted se digne devolvérmelo firmado, mientras termina la sucesión del doctor y vemos la manera de cubrir aquella obligación" (f. 3).

Atenta la señora Murillo de Peláez a esta solicitud del señor Mejía M., firmó un pagaré por cinco mil trescientos cincuenta pesos ($ 5,350.00) en oro acuñado, a favor del Banco de Caldas, con plazo de 120 días. Este pagaré fue firmado el 17 de diciembre de 1925. El Banco de Caldas lo cedió al Banco del Ruiz el 18 de los mismos mes y año. Tiene una nota de cancelación extendida por el banco cesionario con fecha 10 de marzo de 1926 (f. 4).

El 10 de marzo de 1926 comunica el Banco del Ruiz a la señora Murillo de Peláez que el extracto de la cuenta de ésta, en el expresado banco, es el siguiente (f. 5):

Valor del documento .....$	5,350.00
Intereses hasta la fecha, al 10%	123.35
Total .....$	5,473.35

El 6 de mayo de 1926 informa el mismo banco a la misma señora "que su cuenta corriente con el Banco de Caldas, según figura en nuestros libros, es así:

"1925
Dic. 17. Documento para abril 17, 1926 ..... $ 5,350.00
1926
Marzo 1º Intereses hasta esta fecha 123.35
Marzo 10. Dio hoy (al Haber) $ 5,473.35".

En consecuencia, tal cuenta quedó cancelada en la fecha expresada".

"En nuestros libros figura un sobrante de $ 111.00 m. c. por conversión de acciones a favor de usted, por el cual puede girarnos cuando a bien lo tenga" (f. 6).

El Banco del Ruiz se dirige a la señora Murillo de Peláez, en carta fechada el 10 de mayo de 1926, para manifestarle "que, efectivamente, en el movimiento de su apreciable cuenta con el Banco de Caldas figura el recibo Nº 76710, del 16 de febrero de 1925, por la suma de $ 1,128.00, pero dicho saldo tuvo un movimiento, según lo expresa el adjunto extracto de cuenta, que le incluímos. Esa cuenta terminó el 22 de septiembre del mismo año con un saldo a su cargo de $ 326.58 m. c., saldo que, según lo informaron los empleados del Banco de Caldas, quedó incluído en documento por mayor suma que usted les firmó y que ya está cancelado" (f. 7).

En el extracto que anuncia la anterior carta se hallan estos datos:

El 16 de febrero de 1925 fueron depositados $ 1,128.00, según recibo Nº 76710. Después de un movimiento de esta cuenta, que duró desde el día de su apertura hasta el 22 de septiembre del año expresado, aparece a cargo de la señora Murillo de Peláez un saldo de $ 326.58, saldo que, al decir de los empleados del Banco de Caldas, fue incluído en la suma total a que se refiere el pagaré firmado y pagado por dicha señora. En el movimiento de esta cuenta no vuelve a figurar el nombre de la señora Murillo de Peláez ni como giradora ni como depositante. Figuran los nombres de otras personas y en veces únicamente los números de los recibos dados por el banco (f. 8).

El 18 de mayo de 1926, se dirige la Compañía Antioqueña de Transportes a la señora Murillo de Peláez para informarle que los dividendos correspondientes a las acciones que "en época pasada estaban en poder del Banco de Caldas en calidad de garantía", le fueron entregados "oportunamente al Banco de Caldas en los meses de marzo, abril y mayo de 1925" (f. 9).

Como el Banco de Caldas fue incorporado en el Banco del Ruiz y éste en el Banco de Colombia, la señora Murillo de Peláez giró contra la última entidad, el 6 de mayo de 1930, por la cantidad de $ 1,128.00, depositada por ella el 16 de febrero de 1925, según consta en recibo Nº 76710. También giró por los intereses devengados (f. 2).

El Banco de Colombia anotó al pie del cheque aludido: "No se cubre el cheque anterior porque en los libros del Banco de Caldas aparece esta cuenta cancelada" (f. 2).

Con estos antecedentes, la señora Murillo de Peláez, en libelo de fecha 17 de junio de 1930 (f. 10), demandó en juicio ordinario al Banco de Colombia (Sucursal de Manizales), para que en sentencia definitiva se hicieran estas declaraciones:

a)—La de que a partir del 16 de febrero de 1925, y en el curso de ese año, la demandante colocó en el Banco de Caldas que funcionaba en Manizales, en calidad de depósito disponible, cantidades que ascendieron a la suma total de $ 1,660.50 (f. 12).

b—La de que las cantidades que expresan los cheques girados sobre esa cuenta por personas distintas de la demandante, cantidades que ascienden a la suma de $ 1,987.08, no son "imputables por error de hecho y de derecho, a la cuenta de depósitos de la actora" (f. 12 vta.).

c)—La de que el banco demandado está en la obligación de pagar a la demandante la cantidad de $ 1,660.50, valor de los depósitos; "que los pagos hechos a otras personas con ese depósito, lo fueron de modo indebido y, por lo mismo, tengo derecho a repetir, que en consecuencia se condene al banco referido al pago de dicha suma con los intereses correspondientes hasta el día del pago efectivo" (f. 12 vta.).

d)—La de que la cuenta abierta por el Banco a la demandante, en el año de 1925, que dio origen al crédito constante en el documento de 17 de diciembre del mismo año, "fue abierta por error de hecho y de derecho, y de consiguiente, el pago que hizo la actora señora Murillo, fue indebido" (f. 12 vta.).

e)—La de que el Banco debe restituir a la demandante, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, la suma de $ 5,473.35, que ella pagó indebida-

mente, y que asímismo debe pagarlo los intereses corrientes a esa cantidad desde el día en que se efectuó el pago (f. 13).

f)—La de que si el demandado se opone a la demanda, sea condenado en las costas del juicio (f. 13).

Con apoyo en la carta de la Compañía Antioqueña de Transportes, de que se ha hecho mérito, y habida consideración, de que, según la demandante, los dividendos de esta compañía ascendieron a $ 148.50, ella adicionó "el punto c) de la parte pelitoria de la demanda, en el sentido de que el Banco de Colombia, sucursal de Manizales, está en la obligación de pagar a la demandante la suma de mil ochocientos nueve pesos ($ 1,809.00), valor de los depósitos consignados en él" (f. 13 vta.).

Por escrito de fecha 20 de marzo de 1931, el Banco de Colombia dio contestación al libelo de demanda. El Banco aceptó algunos hechos, negó otros, se opuso a que se hicieran las declaraciones pedidas por la demandante y solicitó que ésta fuese condenada en costas (f. 42).

Por sentencia de 16 de noviembre de 1932, proferida por el juzgado primero del circuito de Manizales, fue absuelto el Banco de Colombia, Sucursal de Manizales, de los cargos que en su demanda hizo la señora Murillo de Peláez (f. 81).

El juzgado no estimó del caso tratar a fondo el asunto discutido, a causa de que la actora no trajo a los autos, en el curso de la primera instancia, prueba de que el Banco de Caldas hubiera sido incorporado en el Banco del Ruiz.

El tribunal superior de Manizales, en sentencia de 5 de mayo de 1934, confirmó el fallo del juzgado primero y condenó en costas a la demandante (f. 77).

El Tribunal funda su sentencia en cuatro puntos que se resumen así:

1º—En que si es verdad que la actora depositó en el Banco de Caldas la cantidad de $ 1,128.00, y si es verdad que el albacea hizo abrir una cuenta en dicho banco, para continuar la construcción de la casa empezada por el doctor Peláez, gastos que fueron cargados en la cuenta personal de aquélla, sin su previo consentimiento, también es verdad que la demandante ratificó tácitamente lo hecho, al firmar el 17 de diciembre de 1925, por insinuación del señor Mejía M., un pagaré en favor del Banco de Caldas (f. 4).

2º—En que el señor Mejía M., si pudo mover la cuenta de la actora hasta elevar un saldo en contra suya por $ 5,350.00, y si pudo insinuar la firma del pagaré mientras se terminaba la mortuoria del doctor Peláez y se veía la manera de cubrir aquella obligación, claramente se observa que al hacer el señor Mejía M. "tal advertencia o promesa, obraba, no como gerente sino como albacea, y por tanto era él quien particularmente se obligaba, pues es claro que en tal forma no podía comprometer al banco".

3º—En que no aparece que al incorporarse el Banco de Caldas en el Banco del Ruiz, se substituyera éste en alguna obligación del banco incorporado y a favor de la demandante.

4º—En que tampoco aparece que al incorporarse el Banco del Ruiz en el Banco de Colombia, éste se hubiera substituído en alguna obligación a cargo del banco incorporado y a favor de la demandante "ni tampoco en contra de ésta, ya que cuando se hizo tal fusión, el documento que la señora Murillo había firmado a favor del Banco de Caldas, y que éste había cedido al del Ruiz, estaba cancelado.

La demandante interpuso recurso de casación.

Su apoderado ante la corte alegó "contra la sentencia recurrida la causal primera de casación, o sea error de derecho y de hecho en la apreciación de los contratos de fusión de los Bancos de Caldas y del Ruiz y de fusión del Banco del Ruiz y el Banco de Colombia: de las operaciones llevadas a cabo por el Banco de Caldas relacionadas con la cuenta corriente de la señora Mercedes Murillo v. de Peláez y de las cantidades depositadas en esta cuenta; de los efectos jurídicos resultantes de que la señora Murillo v. de Peláez hubiera firmado el pagaré de 17 de diciembre de 1925 a favor del Banco de Caldas; de los efectos jurídicos producidos por el pago de ese documento al Banco del Ruiz; error de derecho en la apreciación de la carta de 17 de diciembre de 1926 dirigida a la señora Mercedes Murillo de Peláez y que lleva la firma de Nepo Mejía M., gerente a la sazón del Banco de Caldas".

La corte considera:

No hay duda de que el primer fundamento de la sentencia proferida por el tribunal, con fecha 5 de mayo de 1934, adolece de errores que aparecen de modo manifiesto en los autos.

Es cierto que el señor Nepomuceno Mejía M., con el fin de que continuara la construcción de la casa empezada por el doctor Peláez, hizo abrir una cuenta en el Banco de Caldas. De ello hay prueba en los autos. Pero no es cierto que los gastos de esa construcción fueran cargados, así en general, a la cuenta personal de la señora Murillo de Peláez. No. La cuenta abierta para gastos de construcción lleva este nombre, como puede verse en el folio 111: "Enrique Arango E. Cta. casa". La señora Murillo de Peláez no figura sino en una partida de fecha 26 de marzo de 1925, en la que aparece que el banco tomó de la llamada cuenta particular de ésta la suma de $ 1,015.00 y la llevó al haber de la denominada "Enrique Arango E. Cta. casa". En ésta no se explica el por qué de la traslación. En la otra, de la señora, sí se dice, en asiento del mismo 26 de marzo (f. 109), que el cargo se hace según orden del albacea.

Tampoco es cierto que la señora diera su consentimiento tácito a esa traslación de fondos, por el hecho de firmar el pagaré de 17 de diciembre de 1925, a iniciativa del señor Mejía M., pues de la carta que éste dirigió a aquélla no se deduce que se solicitara su consentimiento para la traslación de fondos. Tal carta dice simplemente que el señor Arango E. ha girado al banco por los dineros necesarios para terminar la construcción de la casa, y que esos dineros, con sus intereses, ascienden a $ 5,015.00, a los cuales es preciso agregar la cantidad de $ 335.00 procedentes de gastos hechos "por defunción del doctor y otros". La destinataria de la carta tampoco tenía por qué entender que los pagos hechos "por defunción del doctor y otros" consistieran en el déficit de su cuenta particular (f. 8), ni por qué deducir de esa carta que en su cuenta hubiera déficit y que se hubiera hecho esa traslación, la cual precedió en siete meses a la carta.

Cuando el tribunal afirma que los gastos para la construcción de la casa "fueron cargados a cuenta personal de la señora Murillo", no tiene razón si se refiere a la totalidad de esos gastos, imputados, como se ha dicho, en la cuenta abierta bajo el nombre de Enrique Arango E.; pero sí la tiene en cuanto es cierto que la cantidad de $ 1,015.00 fue trasladada de la cuenta que lleva el nombre de la señora a la cuenta de construcción del edificio, y sí puede tenerla en cuanto es posible, si bien falta la prueba de ello, que otras partidas del debe de la cuenta llamada "Mercedes M. de Peláez", cuya iniciación se remonta a la víspera del día en que falleció el doctor Peláez, hayan sido gastadas en la mencionada obra material (fs. 109, 175 y 176). Se habla de "cuenta personal" porque así se expresa el Tribunal.

El segundo fundamento de la sentencia proferida por el Tribunal da la impresión de algo inconcluso. Allí se habla de que el señor Mejía M., por cuanto escribió la carta "no como gerente sino como albacea", era "quien particularmente se obligaba"; pero no se sabe, dentro del criterio del tribunal, en qué consistió esa supuesta obligación ni cuál es el acreedor de ese supuesto deudor: si la demandante, o la sucesión del doctor Peláez, o la sociedad conyugal que éste formó con la señora Murillo, o el banco.

Aparte de que en la consabida carta parece que el señor Mejía M. habla unas veces como gerente del Banco de Caldas y otras como albacea del doctor Peláez, o interesado por los negocios de la sucesión de éste y por los de la esposa de éste, sin que sea dable afirmar que esas calidades fueran incompatibles en la redacción de la carta, ni tampoco que su conducta al escribirla fuera sospechosa, pues hasta donde las pruebas dan luz sobre el caso se comprende que dicho señor quería prestar servicios a la familia de su amigo y al mismo tiempo proteger los intereses del banco; aparte de todo esto, se repite, los fundamentos primero y segundo de la sentencia dan pie para pensar que el tribunal, dentro de su equivocada noción sobre el significado de la firma del pagaré, incurrió en error de hecho.

Este error del Tribunal no basta para infirmar el fallo recurrido, porque no implica violación de ninguno de los textos legales invocados por el recurrente.

El tribunal no tenía por qué ni para qué tratar en los fundamentos tercero y cuarto de su sentencia sobre los efectos que frente a la demanda promovida por la señora Murillo de Peláez tuvieran la fusión de los Bancos de Caldas y del Ruiz, primero, y del Ruiz y de Colombia, después.

Los efectos que esas dos fusiones, o más bien incorporaciones, pudieron producir ante los acreedores de las entidades incorporadas, no deben ser materia de estudio en este juicio, ni para preconizar en cabeza del banco sobreviviente la subrogación en todos los derechos y la substitución en todas las obli-

gaciones de los bancos incorporados, ni para sostener que el único banco sobreviviente, subrogatario y sustituto de los dos bancos fenecidos, es dueño apenas de una parte del activo de éstos y responsable apenas de una parte del pasivo de los mismos.

Tales investigaciones, precisas y preciosas si no mediaran las circunstancias a que en seguida tendrá de referirse la corte, carecen por completo de interés antes estos dos principios que ella adopta como nervió de su fallo:

Primero.—La señora Mercedes Murillo de Peláez, cónyuge sobreviviente del doctor Eduardo Peláez, no puede pedir que se hagan las declaraciones a), b) y c) de la demanda, haya o no haya razón en el fondo de lo pedido y sea o no sea deudor el banco demandado, puntos sobre los cuales no debe la corte dar concepto, porque dicha señora demandó en su nombre y para sí en vez de hacerlo en nombre de la sociedad conyugal disuelta, que formó con su esposo, y para tal sociedad disuelta.

Segundo.—La señora Murillo de Peláez, al demandar restitución de lo indebidamente pagado, ha debido probar que el dueño de la casa en cuya edificación se invirtieron los dineros a que se refiere gran parte del pagaré, era persona distinta de la misma demandante: la sucesión del doctor Peláez, la sociedad conyugal, el señor Mejía, el banco, etc., etc.

Primer principio

Como lo observa muy bien don Andrés Bello, en la sociedad conyugal hay tres entidades distintas: el marido, la mujer, y la sociedad, trilogía indispensable para el deslinde de las obligaciones y derechos de los cónyuges entre sí.

En desarrollo de esta idea dominante en el título 22 del libro 4º de nuestro código civil, distínguense perfectamente tres patrimonios: el del marido, el de la mujer y el de la sociedad que los dos forman.

El haber de la sociedad conyugal se compone, entre otros bienes, del dinero que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, o durante él adquiriere, obligándose la sociedad a su restitución. Prescríbelo así el artículo 1781 del código civil, en su ordinal 3º Y como para que no quedase duda sobre la aportación del dinero de los cónyuges a cambio de créditos contra la sociedad por sumas iguales a las aportadas, el mismo artículo 1781, en su ordinal 4º, dice que también componen el haber de la sociedad las especies muebles que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, o durante él adquiriere, quedando obligada la sociedad a restituir su valor según el que tuvieron a tiempo del aporte o de la adquisición. Obsérvese cómo por dos veces, dentro de un mismo texto, sienta el legislador la doctrina de que el dinero, bien mueble por excelencia, se moviliza de los haberes particulares de los socios al fondo de la sociedad conyugal, así cuando pertenece a los cónyuges desde antes de nacer la sociedad como cuando ellos lo adquieren durante el matrimonio.

Principios de derecho con tánta insistencia consignados en el código civil, no pueden quebrase por un texto como el distinguido con el número 1782, en el cual se lee que las adquisiciones hechas por cualquiera de los cónyuges, a título de donación, herencia o legado, se agregan a los bienes del cónyuge donatario, heredero o legatario, y que las adquisiciones hechas por ambos cónyuges simultáneamente, a cualquiera de estos títulos, no aumentan el haber social sino el de cada cónyuge.

Tómese el artículo 1782, sin relacionarlo con el que lo precede, y ha de imponerse la conclusión de que el dinero heredado durante el matrimonio por cualquiera de los cónyuges, aumenta el haber del heredero en vez de agregarse al de la sociedad. Pero coordínense estas dos disposiciones, colocadas dentro de un mismo capítulo, una después de otra, y será preciso concluír diciendo que el artículo 1782 del código mira a las adquisiciones de bienes raíces solamente, puesto que las de dinero y otras especies muebles, no eximidas de la comunión en las capitulaciones o en la lista testificada que autoriza la ley, deben entrar en el haber de la sociedad conyugal.

Si el anterior razonamiento no fuera concluyente, como lo estima la corte, bastaría recordar que, según el artículo 1795 del código civil, toda cantidad de dinero y de cosas fungibles, todas las especies, créditos, derechos y acciones que existieren en poder de cualquiera de los cónyuges al tiempo de disolverse la sociedad, se presumirán pertenecer a ella, a menos que aparezca o se pruebe lo contrario. Debe presumirse, pues, que el acreedor en la cuenta abierta bajo el nombre particular de la actora —si es que esa cuenta subsiste y arroja un saldo activo contra alguna persona, puntos sobre los cuales la corte se abstiene de adelantar conceptos—, no es personalmente esa cónyuge sobreviviente sino la disuelta sociedad conyu-

gal que ella formó con su cónyuge finado.

En su demanda (f. 10) afirma la actora que la cantidad de $ 1.128.00, colocada por ella en el Banco de Caldas, con fecha 16 de febrero de 1925 (folio 1), según recibo número 76710, "procede de parte de la herencia que me correspondió en la sucesión de mi finado hermano, Aníbal Murillo, y de consiguiente me pertenece exclusivamente, es decir, no hace o no hizo parte de la sociedad conyugal que formé con mi malogrado esposo doctor Eduardo Peláez (art. 1782 del C. civil)".

En la contestación a la demanda, folio 42, dice a este propósito el Banco de Colombia: "La afirmación que en él hace la actora de que ese dinero formaba parte de lo que adquirió por herencia de su hermano señor Aníbal Murillo, también la aceptó, pero rechazo las consecuencias jurídicas que desprende la señora de Peláez de esta circunstancia, **porque tales dineros sí formaron parte del haber de la sociedad conyugal que formó con su cónyuge doctor Eduardo Peláez**".

Tiene razón el demandado.

Si se replicara que esta falta de personería afecta las peticiones a), b) y c) únicamente en lo atañedero a la cantidad de $ 1.128.00, colocada el 16 de febrero de 1925, cuando aún existía la sociedad conyugal Peláez-Murillo, disuelta el 17 de ese mes y de ese año, por muerte del marido, fácil sería contestar diciendo que el nombre de la señora, viuda ya, no volvió a aparecer en el movimiento de esa cuenta, la cual siguió moviéndose por activa y por pasiva.

Pero así como se ignora quién autorizó los giros contra cuyo pago se querella la demandante —porque asegura no haber firmado los cheques ni haber autorizado a otras personas para que los firmaran—, también se ignora quién colocó algunos dineros como a los que se refieren siete recibos, aunque parece razonable suponer que haya sido enterante la misma señora que inició la cuenta y con fondos de la sociedad conyugal disuelta. Igualmente fácil resultaría complementar esa contestación haciendo ver que si la cuenta fue abierta para la sociedad conyugal, aunque en su denominación no figura sino el nombre de la cónyuge, ha de creerse, salvo prueba en contrario, que los depósitos posteriores al inicial anotado, procedían de la sociedad disuelta. Tanto más razonable parece esta presunción al recordar que todo el movimiento de la cuenta precedió a las fechas de los inventarios practicados en la sucesión del cónyuge difunto, y que en el expediente no sólo no existe prueba de que esta sociedad fuese liquidada sino que hay motivos para creer que se halla iliquida, puesto que no se la menciona en la diligencia de inventarios y avalúos ni en la partición de bienes (folios 98, vuelta, 127, 175 y 176). El banco ya ha afirmado que el dinero objeto de la primera consignación no pertenecía a la cónyuge consignante. El mismo banco sabe que la sociedad conyugal está disuelta, puesto que en el juicio hay prueba de ello (f. 130).

Aunque el banco se reconociera deudor de algún saldo en la cuenta de depósito disponible abierta bajo el nombre de la señora Murillo de Peláez, su comprobada ciencia sobre la disolución social le impediría pagar válidamente a aquella señora, reputándola poseedora del crédito, como lo prevé el artículo 1634, inciso 2º, del código civil, porque no le sería dable alegar error de buena fe, a causa de haber afirmado en la contestación de la demanda que la cuenta fue abierta con dinero de la sociedad conyugal, y a causa de que él no puede ignorar que ese dinero, transformado en un crédito, existía en poder de la cónyuge al tiempo de disolverse la sociedad, lo cual impone la presunción de pertenecer a esta sociedad, si es que tal crédito subsiste y si es que, subsistiendo, pesa contra el banco demandado. La presunción está establecida por el artículo 1795 del código civil.

No hay duda de que la señora Murillo de Peláez y el Banco de Caldas celebraron el 16 de febrero de 1925 un contrato, usualmente conocido en el comercio con el nombre de "cuenta corriente". La corte no entra a estudiar, porque no es el caso de hacerlo, las consecuencias que en el movimiento de la cuenta pudo tener el hecho de que ese contrato adoleciera de nulidad relativa por incapacidad de la mujer contratante, incapacidad establecida en favor de la misma mujer y del marido (art. 1743 del C. C.); ni entra a estudiar tampoco, por la misma razón, lo que hubiera pasado si el banco, reputando de buena fe poseedora del crédito a la cónyuge contratante, atiende a los giros de ella sobre la cuenta abierta en su nombre (art. 1634 del C. C.). No sin recordar que es nulo el pago hecho al acreedor privado de la administración de sus bienes, que los maridos reciben legítimamente por sus mujeres y que aún la diputación a una mujer para recibir se pierde por haber pasado la diputada a potestad de marido (arts. 1636, 1637 y 1644 del C. C.), limítase la corte a

considerar el siguiente hecho desnudo, que mira a la ejecución del contrato: el crédito que se supone subsistente, y que en opinión de la demandante pesa sobre el demandado, es un crédito que la ley manda presumir como propiedad de la sociedad conyugal. Admitiendo que el crédito exista, y que el deudor sea la persona indicada por la actora, obra bien y prudentemente ese deudor al abstenerse de pagar a quien no le cobra para la sociedad conyugal en cuyo acervo se admite, en vía de estudio, la existencia de tal crédito.

En cuanto a los dineros consignados con posterioridad a la disolución social, insiste la corte en creer que, a falta de contrarla prueba, es razonable estimar que las consignaciones sucesivas fueron hechas, como la inicial, con dineros pertenecientes a la sociedad, ya disuelta. La corte funda esta presunción, vuelve ella a decirlo, tanto en el hecho de que al abrirse la cuenta fue acreedora la sociedad conyugal como en el hecho de que el movimiento efectuado después de la disolución precedió a los inventarios hechos en la sucesión del doctor Peláez, y, por lo tanto, a cualquiera liquidación social. Esta presunción, que naturalmente admite prueba en contrario, se refuerza al pensar que algunas de las partidas consignadas con posterioridad a la muerte del doctor, bien pueden consistir en frutos, intereses y lucros de cualquiera naturaleza, que provinieran, sea de los bienes sociales, sea de los bienes propios de cada uno de los cónyuges y que se hubieran devengado durante el matrimonio.

A lo expuesto, en relación con las cantidades colocadas después de disuelta la sociedad conyugal, observa la corte que la cuenta de depósito disponible puede descomponerse así:

Depositado en vida del doctor Peláez .....$	1,128.00
Depositado después de la muerte de éste .....$	532.50
Total del depósito .....$	1,660.50
Retirado para invertirlo en la edificación .....$	1,015.50
Diferencia .....$	645.00

Como se ve, aun aceptando que fallecido el cónyuge los depósitos continuaron haciéndose por cuenta personal de la señora, no habría por qué pensar que si acaso resulta un saldo activo de $ 645.00, porque se niegue la legalidad de los otros retiros hechos y se haga responsable de ello a alguna persona, deba ese saldo pertenecer únicamente a la cónyuge, con exclusión de la sociedad conyugal.

La corte se limita a observar que la actora no podía demandar para sí y en su propio nombre, y saca la consecuencia de esta irregularidad; pero la corte no emite ni puede emitir concepto sobre el fondo de las peticiones a), b) y c) del libelo de demanda, ni sobre las consecuencias de las dos fusiones bancarias aludidas.

Segundo principio

Como se ha dicho, al demandar restitución de lo indebidamente pagado, la demandante ha debido probar que el dueño de la casa en cuya edificación se invirtieron los dineros a que se refiere el pagaré, era persona distinta de la misma demandante: la sucesión del doctor Peláez, la sociedad conyugal, el señor Mejía, el Banco, etc., etc. Pero la demandante no solamente no trajo esta prueba, sino que en su alegato de conclusión presentado al señor juez 1º del circuito de Manizales, alegato visible a folios 53 y siguientes, emplea estas palabras: "El señor Arango mencionado (Enrique Arango E.) se encargó de dirigir la construcción de una casa en un solar de mi propiedad adquirido por herencia, e iba girando por los dineros que necesitaba para esa obra; ya se habían invertido algunas sumas de consideración en tal casa, cuando ocurrió el fallecimiento del doctor Peláez, que lo fue el 18 de febrero de 1925, según así aparece demostrado con la partida de defunción de origen eclesiástico de dicho doctor Peláez; entonces el gerente señor Mejía, diciéndose albacea del finado doctor Peláez, optó por continuar por su cuenta la construcción de la casa en referencia, siempre bajo la dirección de Arango E."

Con esta declaración de la demandante, unida a la falta de prueba en contrario, debe considerarse que la casa en construcción, de que tanto se habla a lo largo del juicio, está levantada sobre un suelo que no perteneció a la sociedad conyugal Peláez-Murillo ni estuvo tampoco en el dominio particular del cónyuge finado. Ese suelo, por haber sido objeto de una adquisición hecha por la cónyuge a título de herencia, no aumentó el haber social sino que permaneció en el patrimonio de la señora adquirente. En conse-

cuencia, no pertenece a la sucesión del doctor Peláez. De ahí que no se le hiciera figurar en los inventarios practicados en el juicio de sucesión de dicho doctor, juicio en el cual, se repite, no aparece liquidada la sociedad conyugal (folios 95 vuelta y siguientes).

Los aumentos materiales que mientras vivió el marido acrecieron al solar de la mujer, formando por edificación un mismo cuerpo con dicho solar, no entraron a componer el haber social sino que se agregaron al patrimonio de la cónyuge propietaria. El artículo 1783 del código civil no deja duda al respecto. Averiguaríase a la luz del artículo 1802 del mismo código, como estuviera el caso **sub judice**, si la cónyuge propietaria debe o no debe recompensa a la sociedad disuelta; por los dineros invertidos en aquellos aumentos materiales.

En cuanto a las construcciones hechas después de la muerte del marido, habría quizás un problema de accesión de cosa mueble a inmueble (art. 739 del C. C.), si no fuera porque la mujer firmó en silencio el pagaré de 17 de diciembre de 1925, después de conocer la carta de esa misma fecha en que el señor Nepomuceno Mejía M., de la manera más explícita, le hace notar por tres veces que la construcción de la casa fue continuada según deseo, consejo y autorización de la destinataria de esa carta.

Si se hubiera demostrado que el suelo pertenecía a la sucesión del doctor Peláez, o siquiera a la sociedad conyugal que éste formó con la señora Murillo, podría pensarse en que tal señora firmó el pagaré por acomodamiento, es decir, con el fin de prestar su firma a otra persona, como lo autoriza el artículo 31 de la ley 46 de 1923. Mas apareciendo como de ella el suelo, lógico es concluír que conocida por la dueña esa carta de 17 de diciembre de 1925, fue la firma del pagaré un elemental acto de honradez, ya que la firmante no podía pretender que una edificación en suelo suyo —levantada según su deseo, su consejo y su autorización— corriera a cargo de una sucesión, de una sociedad conyugal disuelta o de un banco, tres entidades distintas de la propietaria del suelo. Esto en lo que concierne al reconocimiento de lo gastado en la edificación.

La actora adicionó su demanda en el sentido de que el banco fuera también condenado a pagarle la cantidad de $ 148.50, como valor de unos dividendos correspondientes a acciones en la Compañía Antioqueña de Transportes.

La actora no ha comprobado ser dueña de determinado número de acciones en esa compañía, ni ha establecido plenamente el hecho de que los dividendos fueran entregados a persona distinta de ella misma. En el movimiento de la cuenta que encabeza su nombre está, en tres renglones, la partida de $ 148.50, lo cual parece indicar que los dividendos fueron llevados al haber de tal cuenta. No hay aquí base para una condenación.

Observa la Corte que en la petición d), fundamental en la demanda, dice la actora "que el banco demandado abrió a la demandante, en el año de 1925", una cuenta de gastos "que dio origen al crédito que se hizo constar en el documento de 17 de diciembre del citado año; fue abierta por error de hecho y de derecho, y de consiguiente, el pago que hizo la actora señora Murillo fue indebido".

Como hubo dos cuentas, una iniciada con el nombre de la señora el día que precedió a la muerte de su marido, y otra abierta después del fallecimiento de éste, con la denominación de "Enrique Arango E. Cuenta casa", y como sólo la última fue principiada con el carácter de cuenta de gastos, compréndese que la peticionaria incurrió en la equivocación de juzgar que la cuenta de construcción de casa fue abierta en su nombre, lo cual hace equívocas las peticiones d) y e) en su libelo.

El banco recibió $ 7,010.50 y cubrió $ 7,010.50.

La actora alega que parte de lo cubierto fue pagado sin orden de ella e invertido en cosas que no le obligaban a ella.

A este cargo, inicial en la demanda de instancia, contestó el tribunal diciendo que todo había quedado ratificado por la firma del pagaré.

En la demanda de casación, si bien se alega contra la afirmada ratificación, no se cita como violado, por mala interpretación o por alguna otra causa, el artículo 1754 del código civil.

El pagaré de 17 de diciembre de 1925 monta $ 5,350.00, que se descomponen así:

Gastos hechos en la edificación de la casa, según carta, con intereses ..... $	5,015.00
Otros gastos	335.00
Suma ..... $	5,350.00

No hay prueba de que la actora supiera, al firmar el pagaré, que en éste quedaba incluída la suma de $ 326.58, saldo rojo de la llamada cuenta particular; pero la carta sí es prueba de que aquélla accedió a obligarse por $ 335.00, que en el documento se agregaron a los $ 5,015.00, de gastos de edificación, según la carta para formar un total de $ 5,350.00.

En cuanto a la cantidad empleada en la edificación, ya se ha dicho que nadie se la debe a la actora, sobre la base sentada por ella de que el suelo edificado era suyo, y que ella no comprobó que otra persona fuera la propietaria de ese suelo, para que la edificación se estimara hecha en provecho ajeno.

Es posible que la suma de $ 5,015.00, a que alude la carta, tenga un error contra la señora firmante del pagaré, pues no se ve cómo proviniendo esa suma de descubiertos provisionales hechos para la edificación y siendo el saldo de esa cuenta, sin los intereses del último mes, de $ 4,460.33, y coincidiendo con la del libro de depósitos número 4 y con el de garantía personal número 2, suba en el de préstamos, todos de la misma fecha, a $ 5,350.00, con el solo aumento de $ 335.00 de que habla la carta.

La corte no se detiene a ahondar en este asunto, porque la demandante no ha alegado error de cuenta.

Es admisible la posibilidad de que el error no sea de la cuenta sino de la carta, porque en la partida de $ 5,015.00 estén incluídas algunas cantidades referentes a otros gastos, distintos de los que requirió la edificación.

También es admisible que esto tenga otra explicación.

La acción de error de cuenta podría ser motivo de otro juicio, en el cual se averiguaría si hubo error, en qué cuantía y a cargo de quién. En este juicio la actora demandaría personalmente.

Como la demandante situó el caso en el campo estrictamente civil, y como los hechos se desarrollaron en época anterior a la vigencia de la ley 28 de 1932, sobre régimen patrimonial en el matrimonio, la corte no se ha ocupado en estudiar la cuestión debatida ni conforme a esta ley ni conforme a las leyes sobre bancos ni sobre instrumentos negociables.

La corte examinará en orden lógico las causales de casación aducidas, porque ése es deber suyo, según lo mandado por el artículo 537 del código judicial. Pero se anticipa a declarar que hay una razón suficiente para no recibir ninguna de esas causales: la de que suponiendo probados los errores de hecho y de derecho que alega el recurrente e imaginando que los textos legales resulten mal citados o mal interpretados en la parte expositiva del fallo, nada de eso autorizaría para impugnar en casación una sentencia que no quebrante ninguna ley en la parte dispositiva, que es la obligatoria. En tal caso la corte tiene en cuenta que cumple el fin principal de la casación, unificar la jurisprudencia nacional, restableciendo en la parte expositiva de su fallo, la que, en su concepto, es la verdadera doctrina legal.

Son éstas las causales:

1ª—Error de hecho y de derecho en la apreciación de las dos fusiones bancarias.

Se considera:

La apreciación, jurídica o injurídica, de los contratos sobre fusión de bancos, no afecta la parte resolutiva del fallo acusado, porque, como se ha puesto de presente, la actora incurrió en el error de hacer en su nombre y para sí las peticiones a), b) y c) de la demanda; demandó sin derecho la restitución de cantidades invertidas en la mejora de un inmueble que no comprobó pertenecer a tercera persona y del cual hasta afirma ser de su exclusivo dominio; no trajo al juicio elementos suficientes para deducir que otra cantidad de que se ha hablado deba serle reintegrada a la señora por la entidad a quien demandó, y no ha alegado error de cuenta en alguna partida global que puede estar equivocada en contra de la demandante, según se ha dicho. No se admite esta causal.

2ª—Error de hecho y de derecho en la apreciación de las operaciones llevadas a cabo por el Banco de Caldas, en relación con la cuenta corriente de la señora Murillo de Peláez y de las cantidades depositadas en esa cuenta.

A este propósito dice el recurrente:

"Pero en seguida hace (el tribunal) afirmaciones del todo reñidas con las pruebas

que figuran en autos, ya que dice que la cuenta de la señora Murillo tuvo un movimiento que elevó el saldo en contra a la cantidad de $ 5,350.00, y esto no sucedió nunca, como puede verse del extracto de la cuenta corriente de la señora Murillo en el Banco de Caldas que le fue enviada por el sub-gerente del Banco del Ruiz con fecha 10 de mayo de 1926 y que figura al folio 8 del cuaderno principal y de la copia de tal cuenta tomada en el término de prueba de la primera instancia y que aparece al folio 20 del cuaderno de pruebas de la actora".

Se considera:

Realmente, ni la cuenta particular abierta bajo el nombre de la demandante, ni la cuenta para construcción de casa abierta bajo el nombre del señor Arango E., ni las dos juntas, arrojan, según los libros, el saldo de $ 5,350.00 a que se refieren la carta y el documento. Ya la corte lo había hecho notar anteriormente, sin emitir concepto sobre el fondo del asunto. Este error del tribunal no funda una verdadera causal de casación, porque no se trata de un juicio de cuentas, ni la actora ha demandado por error de cuenta. Se desecha.

3ª—Error de hecho y de derecho en la apreciación de los efectos jurídicos resultantes de haber firmado la señora Murillo de Peláez el pagaré de 17 de diciembre de 1925, en favor del Banco de Caldas.

Se considera:

Como se ha dicho, el tribunal erró al estudiar el alcance de la carta y el de la ratificación que el pagaré implica. Pero ni el recurrente citó el artículo violado, ni, caso de citarlo, prosperaría el juicio por este aspecto, a causa de que según lo expuesto a propósito de la primera causal, la sentencia tenía que ser absolutoria. Se desecha.

4ª—Error de hecho y de derecho en la apreciación de los efectos jurídicos producidos por pago de ese documento al Banco del Ruiz.

Se considera:

Esta causal está englobada en la primera, que reza sobre fusión de los bancos. Se desecha también.

5ª—Error de derecho en la apreciación de la carta de 17 de diciembre de 1925.

Se considera:

Está incluída en la causal tercera, porque el pagaré fue firmado para atender a la solicitud hecha en la carta. Se desecha.

Se estudian en seguida la procedencia o improcedencia de las citas legales hechas por el recurrente:

Los artículos 2336 y 2245 del código civil no proceden. El primero contiene la definición de depósito; el segundo da algunas reglas sobre este contrato, distinto del celebrado el 16 de diciembre de 1925.

Los artículos 2313, 2315 y 2318 del código civil, sobre pago de lo no debido, resultan inaplicables porque la demandante no ha demostrado que pagó indebidamente.

El artículo 2488 del código civil no fue violado, porque la demandante no ha demostrado ser acreedora.

El artículo 1º del código de comercio es tan general y tan ajeno a la controversia, que su inclusión en la demanda parece obedecer a error de cita.

Los artículos 1155 del código civil y 8º de la ley 153 de 1887 no fueron violados por el tribunal, en su concepto sobre fusiones bancarias, porque ni está demostrado que falte ley exactamente aplicable al caso de las fusiones, ni, caso de estarlo, debía el tribunal aplicar precisamente por analogía el precepto sobre asignaciones a título universal, que cita la demanda.

En mérito de lo expuesto, la corte suprema de justicia, en sala de casación en lo civil, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley,

f a l l a :

No se infirma el fallo recurrido y se condena a la recurrente en las costas del juicio.

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

Eduardo Zuleta Ángel, Liborio Escallón. Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J. Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha. Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

ERPRETACION DE LA VERDADERA INTENCION DE LAS PARTES AL CELEBRAR UN CONTRATO

NO FUE DE COMPRAVENTA, COMO LO ESTIMO LA SENTENCIA, SINO DE MUTUO, POR LO CUAL SE CASA EL VEREDICTO

Conocida claramente la intención de los contratantes debe estarse a ella (art. 1618, C. C.), aunque discrepe del tenor literal de las palabras de que se valieron. Rastrear los móviles, establecer cuáles iniciaron y acompañaron el proceso volitivo que culminó en la celebración de un contrato e indagar las finalidades que con éste se propuso o de él esperó cada una de las partes, es labor indispensable las más de las veces para captar y decidir problemas relativos a un contrato, como el de su validez, por ejemplo. Para saber cuál fue el contrato que celebraron las partes, la atención debe de preferencia dirigirse hacia ese móvil preciso llamado INTRINSECO por unos tratadistas, ORGANICO por otros y aun INTENCIONAL por otros, en atención a que llega a confundirse con la intención misma, y que es lo reputado como CAUSA del contrato, desde el punto de vista de la teoría clásica de la causa.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, septiembre once de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Luis M. Ramírez H. y Restituto Montoya, vecinos de Guática, otorgaron ante el Notario de Anserma el 20 de mayo de 1914 la escritura Nº 231, en que éste dice vender a aquél por suma recibida, la casa y solar allí determinados con pacto de retroventa, con un año de plazo.

En marzo de 1918 ejecutó Ramírez a Montoya por entrega de ese inmueble, y el juicio terminó por abandono del actor, según auto de 4 de agosto de 1931, que declaró caducada la instancia.

En demanda admitida el 10 de febrero de 1932 por el Juzgado 2º del Circuito de Riosucio y dirigida contra Roberto de J. Velásquez y Vicente Hoyos como poseedores actuales del aludido inmueble total, Ramírez pide en vía ordinaria la reivindicación de esa finca. Admitida en auto de 6 de abril de ese año (1932), la denuncia del pleito hecha por ambos a Montoya, se notificó a éste, el 16 de los mismos, y él después de declararse no probadas las excepciones dilatorias, contestó oponiéndose. Así se ve en el cuaderno 1º, a folios 12, 19, 22 y 46, respectivamente.

La primera instancia se decidió a favor de Ramírez, en sentencia de 6 de mayo de 1933, sin costas; apelada por Montoya, la confirmó con costas el Tribunal de Manizales en la de once de junio de 1934, contra la cual el mismo Montoya, por medio de apoderado, interpuso casación, recurso que se concedió previo el avalúo del caso, que se declaró admisible y que, tramitado debidamente, debe decidirse ya.

Múltiples son los cargos formulados contra la sentencia recurrida. La Corte, ordenándolos como dispone el art. 537 del C. J., pasa a estudiar ante todo el relativo a violación de las disposiciones legales sustantivas que en seguida se traen a cuento. Y como, según pasa a verse, lo halla fundado, pronunciará la resolución que corresponde, como manda el art. 538 de ese Código, la que, en el presente caso, ha de ser la sentencia de instancia.

Ese cargo se resume así: la intención de las partes fue contratar un mutuo, y como el Tribunal, desoyendo esa intención y las pruebas que la establecen, decidió sólo por el tenor literal de la escritura citada que reza compraventa, dejó de aplicar el art. 1618 del C. C., así como el 2221 del mismo, que define el mutuo, y aplicó indebidamente el 1939, que define la retroventa y, por haber acogido la acción reivindicatoria, sobre la errónea base de ser esa escritura título de dominio del actor, violó el art. 946, por haberlo aplicado sin ser el caso.

Se debe, pues, ante todo, verificar qué fue lo contratado en realidad entre Ramírez y Montoya, si una compraventa o un mutuo. En este dilema se cifra o encierra el problema.

La citada escritura, cuya copia registrada forma los folios 1 y 2 del cuaderno principal, induce por su redacción misma a suponer desde luego que la razón decisiva para contratar fue el suministro por Ramírez a Montoya del dinero en ella expresado y que, si bien en ella se habla de compraventa, no es cierta la intención de adquirir Ramírez y de transferirle Montoya el inmueble en ella determinado, y que ese dinero fuera

el precio de este bien y se entregase por el uno y se recibiese por el otro como tal precio, sino que esa redacción de suyo sugiere que esa suma fue prestada y la venta una mera apariencia que en rigor sirviese de amenaza para Montoya de perder su finca y de garantía para Ramírez de no perder su dinero.

En efecto: esa escritura está redactada en los términos que en lo pertinente se copian, a saber: "... compareció el señor Restrepo Montoya, varón... y dijo: Que en calidad de retroventa, por el término de un año contado de hoy en adelante, da en venta real y enajenación perpetua al señor Luis María Ramírez II., también varón, mayor de edad y del mismo vecindario, a quien igualmente conozco, es a saber: una casa de habitación en construcción, de dos pisos, la cual construye actualmente con sus propios recursos, con solar de catorce varas de frente a la plaza pública de Guática y demarcada así, con su solar..." Expuestos los linderos y dicho que el suelo lo compró a Matías Navarro, declara, además, en seguida allí Montoya: primero, que no tiene vendido ese inmueble; segundo, que no está gravado con censo o hipoteca; tercero, que lo vende en cincuenta mil pesos papel moneda (sic) que confiesa tener recibidos; cuarto, que ése es el justo precio; quinto: "Que la entrega de la casa y solar solamente la hará dentro de un año contado de hoy en adelante en caso de que no pudiere reembolsar al comprador la cantidad arriba dicha con sus respectivos intereses, pues que tales inmuebles quedarán en su poder durante el tiempo de este contrato". Y Ramírez declaró: Que acepta esta escritura por estar a su satisfacción; que da por bien hecho el que no se le entregue desde hoy la finca dicha y que se obliga a otorgar la escritura del caso al señor Montoya, restituyéndole lo que hoy le vende, si éste le reembolsare dentro del año dicho los cincuenta mil pesos con sus respectivos intereses al tres por ciento mensual".

Una escritura que rompe o se inicia, acentuándola, con la manifestación del pacto de retroventa; que deja al vendedor con lo vendido, sin carga alguna para él por esta causa, por todo el tiempo del plazo; que fija el plazo para devolver con intereses y que señala éstos en la forma que todo ello se lee en las cláusulas transcritas, y que, además, advierte la terminación de toda relación jurídica entre las partes con el pago oportuno de capital e intereses por quien lo recibe, hace ver o al menos poderosamente sugiere que lo contratado no es una compraventa sino un mutuo.

De ahí que la Corte anote cómo la redacción misma de ese instrumento es de suyo indicio de lo que acaba de decirse.

Montoya ha sostenido eso a lo largo del presente juicio, en sus excepciones dilatorias, en su contestación de la demanda, en sus alegatos. Así lo sostuvo, con igual uniformidad en la citada ejecución, de la cual hay repetidas copias de las piezas pertinentes en este proceso, tal como se las ve formando los folios 4 a 7 del cuaderno 1º, 2 a 4 del 2º, 2 a 6 del 3º, y 5 a 7 del 5º

Y Ramírez por su lado, eso cabalmente fue lo que confesó al absolver posiciones en primera instancia ante el Juez de la causa el 18 de noviembre de 1932. En esa diligencia, que se lee al folio 8 vuelto del cuaderno 3º, respondió "Es cierto" a las preguntas 1ª y 2ª que del pliego respectivo se copian en seguida:

"1ª—Cómo es cierto, sí o no, poniendo a Dios por testigo, que en el mes de mayo de mil novecientos catorce usted le dio, en calidad de préstamoo mutuo, al señor Restituto Montoya, la cantidad se cincuenta mil pesos papel moneda a interés mensual del 3 por ciento y con plazo de un año contado desde la fecha del veinte del citado mes?"

"2ª—Cómo es cierto, que aquel contrato de mutuo lo solemnizó usted con el señor Montoya por medio de la escritura Nº 231 que se otorgó en Anserma el 20 de mayo de 1914, escritura que usted conoce y que obra en los autos? (Que se le lea al absolvente dicha escritura si acaso no recordare su número y fecha)".

Aunque con esta transcripción basta para hallar la confesión de que acaba de hablarse, no sobra, para mejor apreciar lo atañedero a intención, transcribir del cuadro de posiciones y de la diligencia de absolución que se están citando, estas otras:

La pregunta 3ª dice: "Cómo es cierto, sí o no, usted en su calidad de hombre honrado, respetuoso de Dios y de la verdad, confiesa que el señor Restituto Montoya le estuvo pagando a usted cumplidamente los intereses de la deuda de los cincuenta mil pesos dados en mutuo hasta el año de 1915 o 16, o hasta qué fecha le pagó aquellos intereses según sus cuentas?"

Y la respuesta es de este tenor: "Que no es cierto y explica: el señor Montoya Restituto pagó algunos contados por concepto de intereses de la deuda de que se trata, pero muy poca cosa".

La pregunta 4ª dice: "Como es cierto que el 8 de julio de 1917 el señor Restituto Montoya, le otorgó a usted un documento privado por la cantidad de trescientos ochenta pesos oro legal, o sea ntreinta y ocho mil pesos papel moneda, en el cual quedaban incluídos intereses y parte de capital correspondientes a la primera deuda?"

Y la respuesta es de este tenor: "Que no es cierta y explica: que los treinta y ocho mil pesos papel moneda a que se refiere la pregunta fueron materia de una nueva obligación, sin que en ella quedaran incluídos los intereses ni parte de capital de la deuda de los quinientos pesos".

La pregunta 7ª dice: "Como es cierto, sí o no, que en alguna ocasión en que usted urgió al señor Restituto Montoya para que le pagara el resto de la deuda, éste le llevó una cantidad considerable de dinero para que se pagara, la que había conseguido a virtud de negocio de venta de la casa pactado con el señor Gregorio Castaño?"

Y la respuesta es de este tenor: "Que no es cierta y explica: el señor Montoya mandó en alguna ocasión al absolvente la cantidad de cincuenta pesos oro, cantidad que el absolvente se negó a recibir, ya que requería el pago total de la deuda".

La pregunta 9ª dice: "Como es cierto, sí o no, que usted no ha estado un solo momento en posesión del inmueble a que se refiere la escritura numerada en el numeral 2º de este pliego de posiciones, inmueble que ni siquiera le fue entregado a usted ni lo ha sido en ninguna época?"

Y la respuesta es de este tenor: "Que es cierto".

La pregunta 10ª dice: "Como es cierto, sí o no, que el 6 de marzo de 1918, por conducto de su apoderado, señor doctor Enrique A. Becerra, usted demandó ante el juez del circuito de Riosucio, la entrega del inmueble a que se refiere la escritura número 231 citada y subsidiariamente el pago de perjuicios?"

Y la respuesta es de este tenor: "Que es cierta y explica: hace muchos años, sin poder precisar el año, el absolvente confirió poder al doctor Enrique A. Becerra a fin de que defendiera los derechos del absolvente, mas no puede recordar si el poder facultaba al doctor Becerra para demandar la entrega del inmueble a que se refiere la escritura número 231".

Es, pues, concepto claro y afirmación expresa de Ramírez, acorde en un todo con los conceptos y repetidas afirmaciones de Montoya, que lo contratado por ellos y solemnizado por medio del referido instrumento público de 20 de mayo de 1914 fue un mutuo con interés.

Si, pues, ésa fue la intención de los contratantes, si ella es claramente conocida y si, por lo mismo, en cuanto discrepa del tenor literal de las palabras de que ellos se valieron en el citado instrumento, ha de prevalecer sobre éstas, por mandato del art. 1618 del C. C., es evidente que el Tribunal sentenciador desoyó las pruebas que acreditan aquella intención, entre ellas la escritura misma y, cardinalmente, la confesión de Ramírez, pruebas de cuya errónea apreciación lo acusa el recurrente, y que consiguientemente violó, por haberlo dejado de aplicar, ese art. 1618. Y que, por la misma causa, violó también los arts. 2221 y 1939 de ese código en el concepto apuntado por el recurrente, así como el art. 946 ibídem. En el concepto aludido, o sea el que se vio al referir suscintamente aquí cuál es el cargo primordial aducido en casación contra el fallo de cuya revisión se trata.

Rastrear los móviles, establecer cuáles iniciaron y acompañaron el proceso volitivo que culminó en la celebración de un contrato e indagar las finalidades que con éste se propuso o de él esperó cada una de las partes, es labor indispensable las más de las veces para captar y decidir problemas relativos a un contrato como el de su validez, por ejemplo.

Pero en el caso presente, en que el problema se concreta con toda nitidez en el antedicho dilema de si lo contemplado en este pleito es una compraventa o un mutuo, y en que, por tanto, es el contrato en sí lo que debe estudiarse, no para establecer si una y otra parte tuvieron voluntad de contratar, sino simplemente para saber qué fue lo que contrataron, la atención debe de preferencia dirigirse hacia ese móvil preciso llamado intrínseco por unos tratadistas, orgánico por otros y aun intencional por otros, en atención a que llega a confundirse con la intención misma, y que es lo reputado como causa del contrato, desde el punto de vista de la teoría clásica de la causa.

Ramírez, de quien se afirma en este proceso (y hay elementos para creerlo) tenía la profesión o hábito de dar dinero a interés, no se propuso, al entregar a Montoya los cincuenta mil pesos papel moneda (sic), adquirir el inmueble, de suerte que los entregara como precio, y por ende, como pago; y Montoya, a su turno, lo que se proponía

era conseguir ese dinero en préstamo para devolverlo con los intereses estipulados, y en manera alguna recibirlo en calidad de precio de su inmueble, de que no se despojaba, sino sobre el cual, de modo enrevesado sin duda, establecía el gravamen de una caución. Es claro que se está aquí hablando del ánimo de uno y otro de ellos dos, hoy litigantes. No es, pues, que se esté refrendando como legal el medio ideado por ellos para garantizar el préstamo.

¿Cuál fue la causa para Ramírez? Colocar su dinero, a buen interés y con la mejor seguridad posible. Cuál fue la causa para Montoya? Conseguir ese dinero prestado. Uno y otro procedían por razones más o menos remotas que no habría objeto en indagar en este caso y con posibles finalidades remotas que sería igualmente improcedente inquirir. Para el contrato en sí y, con él, para el presente fallo, lo conducente es saber el motivo intencional de uno y otro de los dos.

Y ese móvil no fue la adquisición ni la transferencia del inmueble que la citada escritura pública dice ser materia de la compraventa, porque la contingencia de quedar transferido por Montoya a Ramírez se estableció y consideró por ambos como mera garantía. No fue una compraventa condicional, sino un préstamo de dinero en que la compraventa desempeñaba una mera función accesoria de caución, con la transferencia como amenaza.

Si, pues, no hubo intención de transferir a título de compraventa esa inmueble sino la de celebrar un mutuo, y si esa intención de una y otra parte contratante está claramene establecida en el proceso y pugna o no se compagina ni lógicamente puede coexistir con la de compraventa, por más que lo literal de la escritura diga compraventa, el juzgador no puede menos de reconocer que las probanzas que aquellos establecen han sido erróneamente apreciadas por el Tribunal que, siguiendo a pesar de ellas la letra de esa escritura pública, se niega a reconocer lo que efectivamente hubo, que, dada esa inequívoca intención de las partes, fue un mutuo; ni puede menos de reconocer, del propio modo, la consecuencial violación de la disposición legal que obliga a escuchar esa intención y, de otro lado, las que definen respectivamente la compraventa que dice haber, sin haberla, y el mutuo que sí hubo y se desconoce.

No caben las acciones que asisten al comprador en relación con las concomitantes obligaciones del vendedor cuando un mutuo se disfraza con un pacto de retroventa, sino las que emanan del verdadero contrato, que es el de mutuo.

De lo contrario, se sacrificarían disposiciones legales tutelares del dominio y demás derechos del deudor cifradas, para los efectos contemplados aquí, en que se surta, llegado el caso, una tramitación judicial, en la que sus bienes son enajenados en subasta pública sobre la base de un avalúo practicado con su intervención, al que se provee cabalmente para establecer esa base justa encaminada a venta efectiva; de suerte que su obligación para con su acreedor sea cumplida sin menoscabos innecesarios para ese cumplimiento y que implicarían abuso del derecho por parte de éste. Además, en un mutuo cabe en su caso, una reducción de intereses que no tendría cabida si se le tomara por compraventa.

Apenas habrá que advertir la diferencia entre una compraventa efectiva, intencionalmente contratada como tal y que, por lo mismo, no deja de tener esa calidad porque se la sujete, en su caso, a un pacto de retroventa, y, de otro lado, un contrato como el del caso presente, que no fue compraventa sino de nombre, por la sola calificación que en su escritura le dieron las partes, quienes inequívocamente declaran sobre su ánimo lo que se ha visto, esto es, que no fue el que habría sido indispensable para ese contrato, sino el correspondiente a un mutuo.

Aquí, pues, no se identifica con el contrato de mutuo un contrato de compraventa con pacto de retroventa, sino que encontrándose que lo celebrado por las partes fue un mutuo, la Corte se guarda de reputarlo compraventa y de incurrir en el error en que Juzgado y Tribunal incurrieron admitiéndolo como tal.

En suma: la Corte encuentra fundado el cargo de violación de las citadas disposiciones legales en el concepto expuesto y por lo mismo encuentra que la sentencia recurrida debe casarse.

Para dictar la de instancia, considera:

Si la acción incoada por Ramírez es la de reivindicación, que asiste al dueño, según los arts. 946 y 950 del C. C., y si el único título conque Ramírez se presenta para acreditar su dominio es la citada escritura de 20 de mayo de 1914, es claro que carece de esa acción, en cuanto ese instrumento contiene el contrato distinto ya visto en el presente fallo, que no le confiere ni trasmite propiedad sobre el inmueble en cuestión; y es claro, de otro lado, que los demandados, poseedores, no tienen por qué ver aquí destruída la presunción que por su sola calidad

de tales les da el art. 762 de ese código. Además, ellos aducen los títulos inscritos que trajeron a los autos desde que, al ser notificados de la demanda inicial, denunciaron el pleito al prenombrado Montoya, a saber: la escritura Nº 593 otorgada ante el Notario de Anserma el 3 de noviembre de 1925, por la cual Montoya vendió parte de ese inmueble a Luis María Velásquez; la adjudicación que de esto se hizo a Roberto de J. Velásquez en la mortuoria de aquél, registrada el 5 de enero de 1927, y la escritura Nº 397, otorgada ante el Notario de Ríosucio el 18 de noviembre de 1931, por la cual dicho Montoya vendió a Vicente Hoyos el resto de la finca en referencia.

Así, pues, el demandante carece aquí de la acción que ejercita, con lo que basta para que la sentencia sea absolutoria.

Mas, como Ramírez no puede tacharse de temerario en su acción, siendo así que la escritura que aduce como fundamento y base de su demanda efectivamente contiene en sus palabras una compraventa, de donde pudo de buena fe, aunque erradamente, deducir que en ley cabría aparecer con calidad de adquirente que esas palabras le daban, por más que no se la diese la realidad confesada por él de ese mismo contrato, realidad distante de título que le confiriese o trasladase el dominio, no quedaría justificada una condenación en costas en el juicio, máxime si se atiende a que en ambas instancias él vio acogida su pretensión; y en cuanto a las del recurso, basta advertir que no es recurrente.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales el once de junio de mil novecientos treinta y cuatro, y en su lugar, revocando la del Juzgado Segundo del Circuito de Riosucio de seis de mayo de mil novecientos treinta y tres, absuelve a los demandados de los cargos de la demanda. Sin costas.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Eduardo Zuleta Angel, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha, Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

HOMICIDIO

No puede dar fundamento a causal de casación la cuestión de injusticia notoria si ella no fue previamente debatida en las instancias del juicio. Cuando el veredicto del Jurado no ha agregado ninguna atención a su consideración de que aquel homicidio fue simplemente voluntario, no hay lugar a aplicar las disposiciones que establecen una penalidad atenuada.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, febrero cinco de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias)

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, por sentencia de febrero primero de mil novecientos treinta y cinco, confirmó la de primera instancia proferida por el Juzgado Superior de San Gil de seis de noviembre de mil novecientos treinta y cuatro en la causa seguida contra Víctor Julio López por homicidio en la persona de Antonio Ruiz.

La sentencia del Tribunal, además de la confirmación de las penas impuestas, declaró:

"1º—Que el veredicto del Jurado no adolece de injusticia notoria;

"2º—Que la ley penal ha sido rectamente aplicada; y

"3º—Que no hay causales de nulidad en el presente proceso".

El Juez a quo calificó la delincuencia de Víctor Julio López en tercer grado y le aplicó como pena principal la de seis años de presidio y las accesorias correspondientes, por violación del artículo 600 del Código Penal. Como queda dicho, esta sentencia fue la confirmada por el Tribunal.

El siete de febrero de mil novecientos treinta y cinco se notificó al reo la sentencia, y en tiempo oportuno, en febrero diez y nueve de mil novecientos treinta y cinco, el reo interpuso recurso de casación, que le fue concedido el 20 del mismo mes, todo de conformidad con el artículo 1º de la ley 78 de 1923, con el 6º de la misma ley y con los artículos 5º y 7º de la ley 118 de 1931.

Estando agotada la tramitación, propia del recurso, se pasa a decidir lo pertinente y legal, de acuerdo con las consideraciones que en seguida se expresan:

Al Jurado reunido al efecto el cinco de noviembre de mil novecientos treinta y cuatro, sometió el Juez Superior de San Gil el siguiente cuestionario:

"El acusado Víctor Julio López es responsable del hecho de haber dado muerte voluntariamente y con intención de causarla a Antonio Ruiz, por medio de las heridas inferidas con instrumento cortante, que se hallan descritas en la diligencia de autopsia que obra al folio 5 vuelto, hecho ocurrido el veintiséis de septiembre de mil novecientos treinta y dos, en la vereda de Las Palmas, de la jurisdicción municipal de Mogotes?"

El Jurado contestó por mayoría, pues dos de sus miembros salvaron sus votos:

"Sí es responsable".

Sobre esta base de calificación de los hechos criminosos, que corresponde al Jurado de conformidad con el artículo 236 de la ley 57 de 1887, y con apoyo en el mismo artículo y en el 324 de la misma ley, el Juez pronunció sentencia condenatoria, en la cual, aplicando el artículo 600 del Código Penal, condenó a Víctor Julio López a la pena principal de seis años de presidio y a las accesorias correspondientes como reo de homicidio voluntario en la persona de Antonio Ruiz.

Apeló del fallo el defensor del reo y el Tribunal, al revisarlo, confirmó, como ya se anotó arriba, el primero de febrero de mil novecientos treinta y cinco, el fallo, sobre el cual versa el recurso de casación.

Dos causales invoca el reo al interponer el recurso:

La de injusticia notoria del veredicto, o sea la causal 5ª del artículo 3º de la ley 118 de 1931; y la de ser violatoria la sentencia de la ley penal por indebida aplicación de la misma, o sea la causal 1ª del artículo 3º de la precitada ley.

Respecto de la primera causal, el señor Procurador General de la Nación, en su vista de junio 10 de 1935, expone:

"La primera (causal) es inadmisible y no puede prosperar, porque la cuestión sobre injusticia notoria del veredicto no fue debatida previamente en las instancias (número 5º, artículo 3º, ley citada)".

El señor Procurador está en lo cierto. En efecto, el numeral 5º aludido dice a la letra:

"5º—Ser la sentencia violatoria de la ley, por haberse dictado sobre un veredicto viciado de injusticia notoria, siempre que esta cuestión haya sido debatida previamente en las instancias".

No aparece en los autos que esta condición previa que establece la causal para que se estudie y prospere haya sido materia de debate en las instancias.

El defensor se contentó con apelar del fallo de primera instancia, y en la segunda ni siquiera presentó alegato. La sentencia del Tribunal analizó el punto de la injusticia notoria, pero no con base de alegación por parte del reo o de su defensor, ni porque hubiera habido debate sobre la materia, sino por la verificación analítica que dispone el artículo 163 de la ley 40 de 1907 en todas las sentencias recaídas en los juicios por Jurado.

Faltando, pues, la condición previa del debate en las instancias acerca de la injusticia notoria, la causal quinta alegada es inadmisible en el caso que se estudia, y de consiguiente el recurso de casación fundado en esta causal no puede prosperar.

Con relación a la segunda causal, que es la primera del artículo 3º de la ley 118 de 1931, o sea:

"1º—Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ésta o por indebida aplicación de la misma", el reo recurrente la plantea así:

"Suponiendo, en gracia de discusión, que el veredicto no fuera injusto, entonces el Tribunal también violó la ley por mala aplicación, pues si se acepta como indicio la declaración de Antonio Méndez, entonces, en rigor de lógica, hay que concluír que como en ese testimonio se insinúa una riña y además las huellas materiales que quedaron en el teatro del suceso acreditan esa modalidad, el artículo que se me ha debido aplicar era el 602 y no el 600, como erróneamente lo hizo el Tribunal en la sentencia de que me ocupo, con lo cual también se violó la regla 1ª del citado artículo 3º de la expresada ley.

"Cito, pues, como disposiciones violadas los artículos 600 y 602 del Código Penal".

La alegación de indebida aplicación de la ley, el de ser violatoria, por lo tanto, de la ley penal la sentencia, la hace consistir, como se ve el recurrente, en que se ha debido aplicar el artículo 602 y no el 600 del Código Penal, tanto por el Juez como por el Tribunal que confirmó la sentencia. Al respecto cabe observar que el artículo 600 se refiere al homicidio simplemente voluntario, de manera genérica, o sea al contemplado en los casos enumerados por el artículo 587 del Código Penal. La disposición genérica del artículo 600 es la sanción del homicidio voluntario que corresponde a los casos del artículo 587 y debe aplicarse según lo dice el artículo 600, menos en aquellos previstos en alguna disposición especial.

El artículo 602, que cree el aplicable a su caso el reo, se refiere también al homicidio voluntario, pero es caso específico, previsto por esa misma disposición especial que tiene en cuenta para la disminución de la pena, la riña promovida por el que murió, siempre que no haya traición o alevosía por parte del homicida y las circunstancias puntualizadas en los números 1º, 2º, 4º, 5º y 7º del artículo 587, "que sean menos graves", es decir, cuando los delitos a que se refieren esos numerales tengan un matiz en que la reacción se explique como proporcionada a la ofensa, a la agresión o injuria o a impedir la comisión de otro delito o al aprosamiento de un homicida o criminal o a las circunstancias subsiguientes a una riña, provocada por el que murió, circunstancias que excluyen la premeditación, y siempre que no haya traición o alevosía.

Pero ninguna de estas notas de atenuación o modificación tuvo en cuenta el Jurado, pues el veredicto, dado por mayoría, sólo contiene la expresión: "Sí es responsable", sin agregar explicación alguna que le quitara a su concepto y juicio matiz alguno sobre la responsabilidad completa, a que se refiere el cuestionario como homicidio voluntario.

Para mayor abundamiento, la Sala cree pertinente transcribir aquí la relación de los hechos tal como aparece en la sentencia del Tribunal, que a su turno transcribe el denuncio y el análisis de la responsabilidad. Dice así esa parte pertinente:

"Marginó el proceso el denuncio que, ante el señor Juez municipal de Mogotes, presentó Ignacio Ruiz el veintiocho de septiembre de mil novecientos treinta y dos, que en lo

conducente dice así: "El martes veintisiete del presente, como a las nueve de la mañana, en el punto llamado 'El Roble', en casa de Heliodoro García, en vereda de 'Quebradas', de esta jurisdicción, me encontré con Angel María Herrera y me contó que le había dicho Víctor Julio López, que el lunes veintiséis del presente, como a las cuatro y media de la tarde, habían llegado tres tiznados a su casa y habiéndole trozado unas cabuyas que estaban asegurando la puerta de la casa y estando él adentro, salió por la misma puerta corriendo y que había matado a Antonio Ruiz, mi hermano medio. Con esta noticia me volví yo para mi casa a convidar a mi hermano Alejandro Ruiz y nos fuimos a casa de Víctor Julio López, que está situada en la cuadrilla de 'Palmas', de esta jurisdicción, junto con el mismo Herrera, Primitivo Figueroa, Esteban Figueroa y Samuel Barrera; al llegar a la casa encontramos un sangrío en el patio, y como a unos cuatro metros de distancia del borde de la casa, en una faldita al pie de unas matas de fique, encontramos a mi hermano Antonio Ruiz, muerto; también observamos que en el patio había señales de que había habido pelea o lucha, pues encontramos cortadas en la tierra como con machete. Esteban Figueroa, policía de esa vereda, ordenó que alzáramos al muerto y lo trasladáramos a mi casa, y al alzarlo vimos que tenía dos heridas y que el sombrero estaba trozado por dos partes como con cuchillo. También hago constar que le encontré en uno de los bolsillos del pantalón dos pesos y medio en dinero efectivo y un cuchillito pequeño como a un metro de distancia de donde estaba el muerto. Cito como testigos a los ya arriba nombrados y a Mercedes Figueroa, Heliodoro García, Ricardo López y los que éstos citen. También manifiesto que Víctor Julio López estuvo con nosotros cuando fuimos a levantar el cadáver. No me consta quién hubiera sido Víctor Julio López, puesto que en casa de él apareció muerto'.

"Tanto en el auto que declaró abierta la causa, y que fue consentido por las partes, de fecha diez y seis de febrero de mil novecientos treinta y cuatro, fol. 40, como en el fallo de la primera instancia, del seis de noviembre de aquel mismo año, el señor Juez, con maestría encomiable, ordenó, clasificó y analizó las pruebas, en cuanto a la responsabilidad atañe, tal como lo reza el siguiente inserto, aunque parezca ya prolija su reproducción:

'Con la ausencia absoluta de testigos presenciales surgió la tramoya de los tiznados que resulta inverosímil ante la serie de indicios graves que viene a delinear la responsabilidad de Víctor Julio López como autor de la muerte de Antonio Ruiz, así:

'a)—Víctor Julio López y Antonio Ruiz estuvieron discutiendo en la tarde del lunes veintiséis, se ultrajaron y hasta sacaron cuchillo, según la declaración de Antonio Méndez, así (fol. 13):

'Respecto a lo que se me pregunta con relación a los hechos que se averiguan, me consta lo siguiente: el lunes veintiséis del pasado mes de septiembre, como a eso de las nueve de la mañana, llegué yo a casa de Víctor Julio López y lo encontré conversando con Antonio Ruiz; nos estuvimos un rato juntos; ellos estaban arreglando unas cuentas de plata que se debían, según les oí en la conversación que tenían. En seguida nos tomamos unos tragos de aguardiente y a poco de eso se molestaron, por sus cuentas probablemente, pues se ultrajaron recíprocamente de palabra. En seguida vi que Antonio Ruiz sacó un cuchillo pequeño, cachinegro, y vi como que le mandó una puntada a Víctor Julio López, por el movimiento del brazo que hizo; en seguida Víctor Julio López sacó un cuchillo grande que tenía cintado, y cogió un palo en la otra mano; yo les dije que entre amigos no se pusieran a molestias, y en eso guardaron sus cuchillos otra vez. Yo vi que el difunto Antonio guardó el cuchillo en la pretina con todo y cubierta y se estuvieron quietos tomando otros tragos, y seguramente volvieron a molestarse, pues estábamos todos ya embriagados. Yo vi que Víctor Julio se sobrealzó otra vez y echó a gritar y a joder y a echarle machetazos a un palo que estaba clavado en el patio; entonces yo me fui y recuerdo que estaba todavía de día, y después no supe qué pasaría'...

'Corroboran estos hechos las declaraciones de Dolores Prada (fol. 6), quien vio dos bultos en el patio de la casa de Víctor Julio López el veintiséis como a las dos de la tarde, y oyó gritos de pelea; y de Rosalbina Méndez (fol. 12), quien vio a las tres de la tarde del día veintiséis un hombre en el patio de la casa de Víctor Julio López, oyó unas voces llamando a Víctor y unos niños que lloraban y poco rato después sintió unos quejidos; Antonio Figueroa (fol. 9) también sintió los quejidos.

'b)—Víctor Julio López dice que pasó toda la noche ausente de su casa, y lo mismo dice su mujer, y que no volvieron hasta el día siguiente ya tarde; sin embargo fue hallado en el patio de la casa un bagazo con ceniza

fresca, a pesar de haber llovido esa noche (declaraciones de Nicolás Angarita, fol. 7; José Prada, fol. 11), lo que indica que la casa no estuvo sola por la noche y es admisible que los tiznados duraran allí toda la noche.

'c)—Víctor Julio López pasó toda la noche del día siguiente al crimen en ir y venir hacia las casas de los vecinos contando el cuento de los tiznados, y en todo pensó menos en su mujer y en sus hijos, de quienes decía no saber qué habrían hecho desde las dos de la tarde del día anterior; así lo declaran los testigos Ricardo López (fol. 8), quien dice que Víctor llegó a su casa a las cinco de la mañana del veintisiete, y que después de contarle el suceso de los tiznados siguió para 'El Roble'.

'Angel María Herrera dice que Víctor llegó a su casa a las cinco y media, a convidarlo para que lo acompañara hasta su casa; Aquilino Figueroa declara en el mismo sentido.

'Este indicio cobra una fuerza incontrastable si se piensa que hubiera sido mucho más fácil y efectivo correr esa misma noche hacia cualquiera de las casas de los vecinos para imponerlos del asalto y perseguir a los bandidos, que pasarla en el monte, expuesto al frío y a la lluvia, dejando a su mujer y a sus hijos sin defensa.

'd)—Víctor Julio insinuó desde un principio la idea de que no debían llevar el cadáver de Antonio Ruiz a Mogotes, sino al corregimiento de 'Ricaurte', en donde necesariamente se haría casi imposible la práctica de diligencias indispensables a la comprobación del delito y era mucho más difícil el transporte del cadáver (declaraciones de Nicolás Angarita, fol. 7, y Mercedes Figueroa, fol. 3), de donde se deduce claramente la intención manifiesta de Víctor Julio de desviar la acción inquisitiva de la justicia.

'e)—Antonio Méndez, en su indagatoria ya transcrita, dice que Antonio Ruiz y Víctor Julio López tenían ambos machetes y que en la pelea éste le daba machetazos a un palo que había en el patio, y en este punto se encontraron muchas huellas de sangre y pisoteo y el palo machetiado (declaraciones de José Prada, fol. 11, y Esteban Figueroa, fol. 9), y, como solamente ellos estuvieron esa tarde en la disputa, pues nadie vio tiznados ni bandidos por aquellos parajes, y allí resultó muerto Antonio Ruiz, es muy factible que el autor del homicidio en cuestión haya sido Víctor Julio López, asunto éste que el Jurado debe resolver en definitiva'.

"Tal el eje vertebral del proceso, cadena indicial que marca la trayectoria indicativa de Víctor Julio López, como responsable único de este delito y que, al dar esa luz, disipa los tiznados fantasmas que forjara la imaginación del encausado, recurso ya frecuente en la historia criminal de la región".

A su vez, el señor Procurador, haciendo la crítica de la causal, se expresa en los siguientes términos:

"El artículo 602 citado dice así:

" 'Si el homicidio se cometiere en riña promovida por el que murió, ya directamente o ya por medio de ofensas, agresiones, violencias, injurias o deshonras graves, de las que excluyen la premeditación, causadas a su contrario, para que éste provoque la riña, siempre que no hay habido traición o alevosía por parte del homicida, la pena será de tres a seis años de reclusión'.

"De dónde puede deducirse que Ruiz promovió la riña directamente o por medio de ofensas, agresiones, violencias o deshonras graves, y que por tal causa López la provocó y mató a Ruiz sin traición o alevosía? Sobre tales circunstancias no dijo una palabra el Tribunal de conciencia, ni le era permitido al Juez de derecho admitirla por su cuenta, sin demostración alguna en los autos. La declaración de Antonio Méndez más bien podría servir para hacer pensar que la riña fue promovida por López, pues dice que después de su intervención amistosa se estuvieron quietos tomando otros tragos. Y agrega: 'Yo vi que Víctor Julio se sobrealzó otra vez y echó a gritar y a joder y a echarle machetazos a un palo que estaba clavando en el patio...'

"Si la muerte de Ruiz hubiera tenido lugar en los términos del artículo 602, lo natural habría sido que López lo confesara así, en vez de negar todo y de apelar a la burda farsa de los bandidos que lo atacaron, farsa insostenible y destruída por ella misma y por los graves indicios que arrojan los autos. Era, pues, aplicable el artículo 600 y no el 602 del Código Penal.

"Por lo expuesto, este Despacho conceptúa que debe mantenerse firme el fallo recurrido".

Tampoco, pues, es admisible la causal segunda alegada como fundamento de esta casación.

No puede prosperar ella. De consiguiente el fallo debe mantenerse.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no infirma la sentencia objeto del recurso.

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

Pedro Alejo Rodríguez, José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias. Alberto Malo E., Srio. en ppd.

ABIGEATO

Cuando el recurrente invoca una causal de ley derogada, pero cuyo fundamento corresponde al de una ley vigente no invocada, es admisible el recurso. La causal 4ª del artículo 3º de la ley 118 de 1931 se refiere no sólo a los juicios por jurado, sino a aquellos en que interviene únicamente el juez de derecho, caso en el cual la causal puede prosperar cuando la irregularidad consiste en la discrepancia entre la sentencia y los cargos formulados en el auto de proceder.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, febrero cinco de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias)

El artículo 1º de la ley 78 de 1923 establece el recurso de casación en asuntos criminales, contra las sentencias definitivas que pronuncien en última instancia los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y de las cuales resulte al reo la imposición de una pena que sea o exceda de seis años de presidio, reclusión o prisión.

Hizo uso de este recurso extraordinario, Antonio González Prada contra la sentencia definitiva del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, el 27 de marzo de 1935, por escrito de esa fecha.

El recurso fue interpuesto oportunamente, dentro del término señalado por el artículo 3º de la citada ley 78 de 1923. Concedióle el Tribunal el 2 de mayo, y así vinieron los autos a la Corte el 8 del mes citado y fueron repartidos el 25 del mismo mes. Está concluída la tramitación correspondiente.

Para resolver se considera:

El trece de marzo de mil novecientos treinta y cinco el Tribunal de Busaramanga condenó a Antonio González Prada a sufrir las penas de seis años de presidio y cuatro meses de reclusión, más las accesorias correspondientes.

Y como se tratara de un delito contra la propiedad, hurto de ganado mayor, y apareciese comprobada la reincidencia, el Tribunal confirmó lo dispuesto por la sentencia de primera instancia, proferida por el Juez 4º del Circuito de Bucaramanga el cinco de noviembre de mil novecientos treinta y cuatro, y que revisaba, confirmación que se refiere a lo dispuesto por el artículo 2º de la ley 105 de 1922.

Por manera que, según esa confirmación, la sentencia del Tribunal, además de las penas expresadas de presidio y reclusión, establece que una vez cumplidas éstas, el reo sea relegado por el término de seis años a la colonia penal y agrícola que determine el Gobierno.

El Procurador General de la Nación en su vista de fecha 27 de agosto del año pasado, conceptuó que es el caso de mantener en firme la sentencia recurrida.

Para llegar a esa conclusión analiza los antecedentes del proceso y el escrito de interposición del recurso, lo mismo que un alegato dirigido por el reo a la Corte, en que se queja de que por el hurto de una vaca se le haya penado a doce años de presidio, lo que considera denegación de justicia.

Refiriéndose el Procurador especialmente a la causal alegada por el reo como fundamento del recurso, dice:

"El reo interpuso recurso de casación fundado en el numeral 3º del artículo 3º, ley 78 de 1923, o sea por no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder.

"La causal apuntada no existe, pues en dicho auto se trata justamente del delito de hurto de ganado mayor y se habla de que el acusado es reincidente, cargos por los cuales fue sentenciado.

"En un memorial dirigido a la honorable Corte, dice González que por el solo delito de hurto de una vaca se le ha condenado a doce años y meses de presidio, y eso con la prueba de su mala conducta anterior y no con la del delito mismo. Que las leyes exigen la comprobación del cuerpo del delito y de la responsabilidad del sindicado, cosa que no ocurre en su caso; que el reconocimiento en rueda de presos no se hizo como lo manda la ley y que esto dio margen a la sentencia; que el cómputo de reincidencias fue mal hecho; que una vaca en ningún caso vale más de dos años de presidio, y que imponer doce o más es denegación de justicia, que solo puede verse en los anales del Departamento de Santander... Estas alegaciones pueden contestarse fácilmente.

"Como puede verse en la sentencia transcrita, el cuerpo del delito de hurto y la responsabilidad del agente, están comprobados de manera plena, de acuerdo con la ley, sin

que fuera necesario el reconocimiento en rueda de presos, puesto que no se trataba de la identificación del acusado por parte del ofendido. Igualmente puede verse en la sentencia, hecho con toda claridad, el cómputo de reincidencias, en virtud del cual le resulta al reo un aumento de dos años y cuatro meses, que unido a los cuatro de la pena propiamente dicha, da un total de seis años cuatro meses de presidio. Y ésa fue la pena que le aplicó el Tribunal en definitiva, no la de doce años o más de que tánto se duele el recurrente. Los seis años de relegación los señala el Juez de primera instancia en esta forma:

"'Una vez que González Prada haya sufrido la pena impuesta de seis años dos meses de presidio, y de conformidad con el artículo 2º de la ley 105, será relegado por el término de seis años a la Colonia Penal y Agrícola que determine el Gobierno, a quien se le dará el correspondiente aviso'.

"Esta relegación, de carácter administrativo, no es propiamente una pena por el hurto de la vaca.

"Por lo expuesto, conceptúo que es el caso de mantener firme la sentencia recurrida".

La ley 118 de 1931 reglamentó en forma más precisa que la 78 de 1923, el recurso de casación.

El artículo 3º de la ley 78 antes citada fue sustituído por el 3º también de la ley 118 de 1931. Ambos señalan las causales del recurso.

El inciso 3º de la ley 78 corresponde al 4º de la ley 118, que es el vigente; por lo tanto el recurrente hizo la cita de una disposición sustituída y derogada para fundamentar el recurso. En derecho formulario estricto, la causal invocada no prosperaría por error de cita. Pero como el principio es el mismo en el inciso 3º derogado de la ley anterior como en el inciso 4º de la ley vigente en el artículo respectivo, debe atenerse el juzgador a lo esencial de la causal y no a su forma, principio de interpretación consignado en el artículo 5º de la ley 118 de 1931, ya que este artículo establece que para que el recurso de casación se conceda, basta que se interponga dentro del plazo de quince días siguientes a la notificación de la sentencia, sin que haya necesidad de expresar la causal o causales que le sirvan de fundamento. Y dentro de ese mismo orden de interpretación y fijando el procedimiento el artículo 6º de la ley 118 de 1931, estatuye que ante la Corte deben alegarse las causales. No cumpliéndose con esto, llenará el Procurador esa obligación cuando encontrare fundamento para ello; y agrega la ley que el mismo funcionario deberá "ampliar y desarrollar aún más la demanda de casación del recurrente, cuando encontrare que tal cosa deba hacerse con el fin de que la Corte pueda entrar en el estudio de fondo del recurso".

De lo dicho se desprende:

Que siendo la causal alegada la misma, debe considerarse;

Y que habiendo el Procurador ampliado y desarrollado la demanda con la cita de la disposición vigente, debe estudiarse.

Lo dicho equivale a significar que la Corte ha de estudiar el fondo del asunto, aunque el recurrente invocase una causal de ley derogada, pero cuyo fundamento corresponde al de una ley vigente no invocada.

La causal a cuya luz ha de discriminarse el recurso interpuesto es, pues, la del numeral 4º del artículo 3º de la ley 118 de 1931.

Ese numeral reza:

"4º—No estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, o estar dicha sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado".

Esta causal se refiere no sólo a los juicios por Jurado, sino a aquellos en que interviene únicamente el Juez de derecho, caso en el cual la causal puede prosperar cuando la irregularidad consista en la discrepancia entre la sentencia y los cargos formulados en el auto de proceder.

Tál el caso de que se trata, puesto que dice relación a un delito de abigeato, de competencia del Juez de Circuito por razón de la cuantía (arts. 100 y 110, ley 105 de 1931).

Antonio González Prada, natural y vecino de Girón, soltero, jornalero, fue llamado a juicio por el Juez 4º del Circuito de Bucaramanga el veintiséis de abril de mil novecientos treinta y cuatro, por el delito de hurto de una vaca de propiedad de Norberto Reyes, cometido en la noche del 8 de octubre de 1933, en el punto "El Gramal", de la jurisdicción municipal de Girón, delito que define y castiga el Código Penal en los Capítulos 2º y 3º del Libro III de dicho Código.

Ese auto de enjuiciamiento lo confirmó el Tribunal de Bucaramanga en auto de diez de septiembre de mil novecientos treinta y cuatro.

El cargo formulado fue, de consiguiente, el de hurto, y específicamente el de hurto de ganado mayor; sobre él se abrió el de-

bate y sobre él versó la sentencia. Tanto en el auto de proceder como en la sentencia se resume el cargo así:

"A Norberto Reyes le fue hurtada una vaca; esa vaca se encontró en poder de Antonio González Prada. Este individuo es de mala conducta anterior, consistente en actos lesivos de la propiedad. Que existe contra el mismo la presunción legal antes anotada. Y que de consiguiente hay la prueba que para enjuiciar exigen los artículo 1627 del Código Judicial y 25 de la ley 104 de 1922".

"Se repite —continúa la sentencia de primera instancia—, existiendo en contra del procesado Antonio González Prada la presunción legal de que trata el artículo 1º de la ley 33 de 1918, y no habiendo sido desvirtuada tal presunción, debe proferirse fallo condenatorio, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 1656 del C. J."

Y la sentencia definitiva del Tribunal de Bucaramanga, que es la recurrida, se basó en los mismos hechos y en la misma apreciación, en los mismos cargos materia del juicio de priera instancia, que fueron a su vez los formulados en el auto de proceder.

Sobre esos cargos se aplicó la ley. La sentencia del Tribunal dice al respecto:

"De acuerdo con el valor de la cosa hurtada, es aplicable el artículo 795 del Código Penal, en armonía con el 2º de la ley 60 de 1911. La delincuencia está bien calificada en grado medio, por concurrir con la atenuante de la ignorancia de González, la agravante de haberse cometido el delito de noche, de modo que por ese aspecto le corresponden cuatro años de presidio".

Tál es la pena señalada por el cargo formulado en el auto de proceder en el caso de Antonio González Prada y por el delito de hurto de ganado mayor que fue lo que ocasionó este proceso.

Pero acontece que desde el auto de proceder, el Juez observó que este sindicado tenía mala conducta anterior con relación a delitos sobre la propiedad, y en cumplimiento del artículo 1º de la ley 105 de 1922 allegó los documentos comprobatorios, consistentes en sentencias ejecutoriadas, para calificar la reincidencia y aplicar, por esta circunstancia colateral, la agravación de la pena, de acuerdo con lo dispuesto por la regla general del Código Penal en su artículo 140 y concordantes, y con la específica del artículo 2º de la ley 105 de 1922 que sobre reincidencias de abigeato ordena entonces la relegación del reincidente a una colonia penal y agrícola, como lo dispuso la sentencia recurrida.

Por lo expuesto, en el presente negocio como la sentencia recurrida sí está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, y teniendo en cuenta, además, lo que dispone el artículo 1º de la ley 105 de 1931, sobre el examen de cualquiera otro punto para llegar a la conclusión de que no es el caso de infirmarla.

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de casar la sentencia recurrida.

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

HOMICIDIO VOLUNTARIO.—CALIFICACION EN SEGUNDO GRADO ANTE LA RESPUESTA SIMPLEMENTE AFIRMATIVA DEL JURADO

Ante la causal alegada, y siendo así que la respuesta del Jurado fué simplemente afirmativa de homicidio voluntario, sin que hubiera introducido modificación alguna, no puede considerarse indebida la aplicación del artículo 600 del Código Penal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, febrero once de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez)

En la noche del 14 de Agosto de 1933, encontrándose en el zaguán de una tienda de guarapería de la población de El Espino, Boyacá, Eusebio Rodríguez y Francisco Rojas, libando vasos de guarapo, hablaron de política, y de un momento a otro volvióse Eusebio y asestó en el pecho de Francisco Rojas una tremenda puñalada sobre el corazón, que lo dejó sin vida instantes después.

Adelantada la investigación y previo el respectivo llamamiento a juicio, el Juez 1º Superior de Santa Rosa de Viterbo propuso a la consideración del Jurado que calificó la responsabilidad de Rodríguez, el siguiente cuestionario:

"El acusado Eusebio Rodríguez, mayor de edad y oriundo de El Espino, ¿es responsable de haberle dado muerte, con intención y voluntariamente, a Francisco Rojas, a causa de una herida producida con arma cortante y punzante que le perforó el corazón, hecho ocurrido en las primeras horas de la noche del catorce de agosto de mil novecientos treinta y tres, en el zaguán de la taberna de la señora Florentina W. de Herrera, en el centro del mencionado municipio?"

La pregunta del Juez fue contestada por los jueces de conciencia en forma sencillamente afirmativa.

Con base en este veredicto, el juzgado dictó sentencia el 5 de octubre de 1934, por medio de la cual condenó a Eusebio Rodríguez a la pena de nueve años de presidio, y sus accesorias, con aplicación de los artículos 587, numeral 6º, y 600 del Código Penal. La delincuencia fue considerada como de segundo grado.

Notificada la sentencia, el enjuiciado manifestó que apelaba de ella para ante el Tribunal Superior; y el juzgador de segunda instancia, en fallo de 4 de diciembre de 1934, mantuvo en firme la sentencia pronunciada contra Eusebio Rodríguez por el Juez 1º Superior de Santa Rosa.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación el defensor del reo, y concedido que le fue, se remitieron los autos a esta Sala de la Corte. Como recibió aquí ya la tramitación legal correspondiente, se procede a resolver lo que es del caso.

El memorial presentado por el defensor de Rodríguez ante el Tribunal Superior de Santa Rosa, dice en lo pertinente, así:

"Se funda el recurso en las causales siguientes: 1ª—Por ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva por mala interpretación de ésta. (Causal 1ª del art. 3º de la ley 118 de 1931). 2ª—Por ser la sentencia violatoria de la ley penal por indebida aplicación de la misma. (Causal citada, parte segunda).

La primera de las causales se funda en que de acuerdo con el expediente, existe prueba de que se trata de una provocación, caso en el cual es de rigor interpretar el ordinal 1º del art. 587 del C. P. en relación con el inciso segundo del art. 602 del mismo, precisamente porque en caso de existir dos disposiciones que den margen a su aplicación, se interpreta la más favorable al reo y se aplica de preferencia, quedando en armonía la interpretación y la aplicación de la ley. Se ha violado el art. 44 de la ley 153 de 1887, y las otras disposiciones citadas.

La segunda causal se funda precisamente en que la disposición aplicable no es el art. 600 del C. P., sino el inciso segundo del art. 602 del mismo, en armonía con el ordinal 1º del art. 587 allí. Se trata de una provocación grave, claramente establecida en los autos, circunstancia ésta que ampliaré ante la Corte".

En la Corte no presentó el recurrente, ni su defensor, memorial alguno para sustentar el recurso.

La vista del señor Procurador reza como sigue:

"A la argumentación poco clara y menos aceptable del recurrente, se contesta así:

En el expediente no existe prueba de la clase de provocación que hubiera llevado a Rodríguez a su reacción homicida, y aun cuando existiera, no era de rigor estudiar

la disposición del inciso 2º del artículo 602, porque ésta se aplica cuando a juicio del Juez el delito sea de los menos graves, no por el hecho de ser más favorable al reo. Con este criterio, las penas se volverían ilusorias, puesto que no se aplicarían las correspondientes sino las más favorables.

El artículo 600 dice:

'El reo de homicidio simplemente voluntario sufrirá la pena de seis a doce años de presidio, menos en los casos previstos en alguna disposición especial'.

Ahora bien: el homicidio ejecutado por Rodríguez fue simplemente voluntario, sin que de sus circunstancias ni de lo resuelto por el Tribunal de conciencia pueda decirse que está previsto en alguna disposición especial. Luego la ley penal fue bien interpretada y aplicada, y, por lo mismo, la sentencia recurrida debe mantenerse firme".

La Sala observa:

En primer lugar, la respuesta del Jurado al cuestionario donde se le preguntó acerca de la muerte de Francisco Rojas, es declarativa de la responsabilidad de Rodríguez, por homicidio simplemente voluntario, sin modificación alguna; y como por otra parte, según lo expresa el señor Procurador, en los autos brilla por su ausencia toda prueba con respecto a que mediara provocación u ofensa de Rojas a Rodríguez, las disposiciones aplicables no podían ser sino las que tuvo en cuenta el Tribunal en su sentencia recurrida, o sean los artículos 587 (numeral 6º) y 600 del Código Penal.

Con respecto a indebida aplicación de la ley penal, por la calificación del delito respecto de circunstancias agravantes y atenuantes, nada se ha alegado.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el parecer del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en la causa contra Eusebio Rodríguez, por homicidio.

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

Pedro Alejo Rodríguez, José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Alberto Mole B., Srio. en ppd.

HOMICIDIO SIMPLEMENTE VOLUNTARIO

Hay casos en que la ley autoriza al juzgador para que de acuerdo con su conciencia y con su inteligencia, decida lo que considere equitativo. La ley no le señala al juzgador en esos casos una pauta diferente de la que le dicte su fuero interno. En tales casos las sentencias así pronunciadas no pueden ser objeto de casación, pues si lo fuesen, la Corte penetraría en el criterio personal del Juez y en su conciencia, y de esa manera vendría a modificar un fallo proferido sobre la base de elementos espirituales que escapan a la precisa y justa apreciación de las normas jurídicas.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, febrero catorce de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias)

El 1º de mayo de 1933 inicióse ante la Alcaldía de Sopó la investigación de un homicidio acaecido en esta fecha en la vereda "La Diana" y en jurisdicción del citado municipio.

Practicadas las pruebas para el esclarecimiento de los hechos, y llegado el momento para decidir del mérito del sumario, el informativo dio base para que el Juez 3º Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dictase auto de proceder de fecha veinte de octubre de mil novecientos treinta y tres, llamando a responder en juicio por los trámites en que interviene el Jurado, a Guillermo Camelo por el delito de homicidio perpetrado en la persona de Aurelio Marroquín, hecho que sucedió a eso de las cuatro a las cinco de la tarde del día 1º de mayo de 1933, en la vereda de "La Diana", jurisdicción del municipio de Sopó, delito de homicidio éste de que trata el Código Penal en el Libro III, Título I, Capítulo I. Excluyóse expresamente la modalidad de la premeditación. Y negóselo, además, el derecho al beneficio de libertad provisional.

Con anterioridad al auto de proceder ya mencionado, el Juez 3º Superior negó una solicitud de excarcelación suscrita por el apoderado de Guillermo Camelo, fundado en la consideración de que no siendo el homicidio, por el cual se sindica a Camelo, uno de los menos graves, según aparece de autos, estaba exceptuado de ese beneficio, de conformidad con el artículo 2º de la Ley 52 de 1918.

Llegado el día de la audiencia pública, el Juez de la causa sometió a los jueces de hecho el siguiente interrogatorio:

"El acusado Guillermo Camelo es responsable, sí o no, de haber dado muerte voluntariamente a Aurelio Marroquín, por medio de una herida que le causó con proyectil de arma de fuego (revólver), a consecuencia de la cual murió Marroquín, momentos después de recibirla, hecho que tuvo lugar a eso de las cuatro a las cinco de la tarde del día primero de mayo de mil novecientos treinta y tres, en la vereda 'La Diana', jurisdicción del municipio de Sopó?"

El Jurado respondió:

"Sí, después de ofensas recíprocas graves".

El Juez, basado en este veredicto, profirió sentencia el veintisiete de septiembre de mil novecientos treinta y cuatro, expresándose así:

"La respuesta del Jurado se halla acorde con las probanzas de autos, pues hay demostración de que Camelo fue el autor del disparo que ocasionó la muerte a Marroquín, e igualmente consta que uno y otro se dirigieron agresiones mutuas de palabra, y aun se dieron de golpes, y que fue después de ello y por virtud de las agresiones que se cambiaron, por lo que Camelo al fin disparó su revólver sobre Marroquín.

"Siendo esto así debe aceptarse el veredicto del Jurado, pero en virtud de la circunstancia agregada por el Jurado, y de que realmente, Camelo en principio quiso disparar hacia los pies, pero luégo guardó su arma, y finalmente sólo hizo un disparo a Camelo, teniendo como tenía varios proyectiles, que sólo en fuerza de la actitud de Marroquín, disparó, a pesar de los antecedentes de enemistad, que mediaban entre ambos, debe aplicarse el art. 587 del C. P., en armonía con el 602 de la misma obra, y como la delincuencia de Camelo debe catalogarse en el menor grado, dada su pobreza, falta de ilustración, ser el primer delito por que se le condena, y no haber agravantes en su contra, le corresponden tres años de reclusión.

"Por lo expuesto, el Juzgado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, con-

dena a Guillermo Camelo, previa calificación de su delincuencia en el menor grado y con aplicación de los arts. 587 y 602 del C. P., a la pena principal de tres años de reclusión, que pagará en la Penitenciaría Central o lugar que designe el Gobierno, y lo condena asimismo a las accesorias de pérdida de todo empleo público y de toda pensión, así como también a la privación perpetua de los derechos políticos, y al pago de las costas procesales."

De la anterior sentencia interpuso apelación el Fiscal 3º Superior, doctor Alberto Malo Baños, actual Secretario de esta Sala, quien por haber intervenido en la primera instancia se hallaba impedido para actuar en su calidad de Secretario en el presente recurso de casación; y así, en auto de quince de junio del año pasado, se declaró al doctor Malo Baños separado del negocio, por ser legal su impedimento al tenor del artículo 447 del Código Judicial, mas no por las sugestiones contenidas en la parte final del escrito de casación del señor apoderado del recurrente.

Concedióse la apelación y el Tribunal Superior de este Distrito Judicial dictó sentencia de fecha treinta de enero de mil novecientos treinta y cinco, en los siguientes términos:

"La historia del hecho está narrada así por uno de los testigos, relación con la cual concuerdan los restantes que presenciaron: '... Ayer, a eso de las cuatro y media a las cinco de la tarde, llegué a la tienda de chichería de Pedro Nel Ospina, mandado por el Jefe de la Estación Briceño, de donde soy empleado, a un mandado, y cuando allí llegué se encontraba un muchacho llamado Gerardo Núñez leyendo un periódico 'El Tiempo', me prestó el periódico y leí un momentico dentro de la tienda; luégo le entregué el periódico y el muchacho se puso nuevamente a leer dicho periódico, saliéndonos para el corredor de la misma casa, o sea al lado que da al camellón de la carretera; estando ahí llegó Aurelio Marroquín en compañía de Estanislao Penagos y se dirigieron a donde se encontraba Núñez leyendo su periódico; otro momento llegó Guillermo Camelo en compañía de unos tres señores a quienes no les sé los nombres, pero son de Zipaquirá; también se acercaron a donde nos encontrábamos, poniendo cuidado a la lectura del periódico, cuya lectura se refería a la muerte de Sánchez Cerro, a lo cual yo les dije que cómo les parecía esto; Marroquín me contestó 'Como sea cierto', a lo cual le dijo Guillermo Camelo que cierto era porque lo decía la prensa y que tal vez algún ignorante tuerto hijo de puta no lo entendía, a lo cual le contestó Aurelio Marroquín se callara la jeta, que ahí no era como en Tocancipá, que ahí viniera a joder por gusto para que viera; a esto Camelo se le votó y le tiró una palmada y un puntapié y Aurelio le contestó con una palmada por la cara a Camelo y Guillermo volvió y le tiró a Aurelio y éste le repitió otra palmada por la cara también y seguramente se agarró de la ruana de Camelo, quien la zafó y la votaron al camino; en este momento el nombrado Guillermo Camelo volvió hacia el bolsillo de los pantalones y sacó un revólver pequeño todo blanco y se lo apuntó hacia los pies, pero no hizo detonación; luégo lo volvió a guardar entre el bolsillo; yo me acerqué a donde se encontraba la ruana de Guillermo, la cual alcé y se la puse por sobre los hombros a éste y le dije que no fuera a pelear ahí, que se dejara de molestias, y se calmó un poco. Otro momento el prenombrado Guillermo Camelo le dijo a Aurelio: "Sálgase para acá, tuerto hijo de puta", a lo cual le contestó Aurelio que no fuera ratero, bandido, que por qué lo había tenido en Guatavita y Sesquilé preso, que él tenía pruebas con qué hacerle ver; Camelo se calló un momento y Marroquín continuó insultándolo y el susodicho Guillermo Camelo volvió y sacó el mismo revólver y se lo disparó a Marroquín, quien se desplomó del quicio de la puerta para adentro; el disparo se lo hizo Guillermo a Aurelio a una distancia de dos metros poco más o menos, y yo me encontraba a una distancia de Aurelio como de un metro y por medio de Aurelio y yo se encontraba Justo Téllez, quien también presenció todo. El disparo que Guillermo Camelo hizo a Aurelio hizo blanco en éste. Por lo que presencié y acabo de relatar, si Guillermo Camelo no dice de ignorante, tuerto, hijo de puta, no se hubiera presentado semejante cosa; pues todos se encontraban en perfecta calma oyendo leer en el periódico la noticia tan importante. Hago constar que Aurelio Marroquín era tuerto y según he oído decir, tenía sus antecedentes ya de molestia entre Camelo y Marroquín'. (f. 3 v.) ...

"Como al Jurado se le preguntara si Camelo es responsable de haber dado muerte voluntariamente a Aurelio Marroquín, contestó afirmativamente, agregando: 'después de ofensas recíprocas graves'. Camelo fue el provocador. De ahí que digan los testigos: 'si Guillermo Camelo no dice de ignorante, tuerto, hijo de puta, no se hubiera presentado semejante cosa, pues todos se encontraban en perfecta calma'... (f. 4).

"También fue el promotor, pues tan pronto como el extinto Marroquín contestó igualmente con palabras ofensivas a las que le dirigió el procesado Camelo, éste avanzó por las vías de hecho contra Marroquín, dándole de bofetadas y puntapiés. Consiguientemente, no solamente fue Camelo el provocador sino el promotor, y así no puede de ninguna manera aplicarse en contra de este sujeto otra disposición penal que la expresamente señalada por el código para estos casos, que es el artículo 600. Si no fuera así, jamás tendría aplicación este artículo. Precisamente es en él donde se castiga el homicidio cometido en esas circunstancias. La apelación del señor Fiscal es perfectamente fundada.

"De otro lado, el mismo señor Juez negó repetidas veces al procesado la libertad con fianza que le pidió. ¿Por qué? El mismo señor Juez dice: 'porque el delito de que se trata es un homicidio simplemente voluntario, pero no atenuado...' (f. 117).

'El Jurado también así lo estima al decir que Camelo produjo la muerte después de que se ofendieron. La declaración del Jurado armoniza con las pruebas del expediente, por lo cual la disposición aplicable es el artículo 600.

"La gravedad de este delito proviene de la circunstancia de haber sido provocado y promovido por el procesado. La premeditación no está demostrada, y por eso no alcanza a ser catalogado en esa especie, no obstante que en el expediente se halla demostrada la malquerencia llevada casi al estado de odio, por parte del reo contra el ofendido Marroquín. De ahí que Ignacio Cañón declare al folio 3 haber presenciado en fecha anterior al delito, Camelo le dijo a Marroquín que ya llegaría el momento en que no se le iría de sus manos; que 'ya lo bajaría'. Solamente así se explica el hecho de que tan pronto como en aquella tarde llegó a la tienda de Pedro Nel Ospina, sin motivo alguno prorrumpió en frases insultantes contra Aurelio Marroquín, tratándolo de "tuerto infeliz, hijo de puta' y otras por el estilo.

"Si ésta no es la clase del homicidio simplemente volontario penado por el artículo 600 del Código Penal, esta disposición carece de objeto, porque precisamente es la especial más grave que puede ocurrir, y de ahí que con verdadera razón el mismo señor Juez, fundado en la ley, negara la excarcelación al reo.

"Por estas breves consideraciones, el Tribunal Superior, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo en parte con el concepto fiscal, reforma la sentencia recurrida en el sentido de que Guillermo Camelo debe sufrir la pena de seis años de presidio. La confirma en lo demás".

El defensor del reo interpuso oportunamente recurso de casación e invocó las causales 1ª y 4ª del artículo 3º de la ley 118 de 1931, estimando que la sentencia es violatoria de la ley penal por mala interpretación y porque está en desacuerdo con el veredicto del Jurado.

La Corte entra a analizar, en su orden, cada una de las causales alegadas.

Primera causal

"Ser la sentencia violatoria de la ley penal por mala interpretación de ésta o por indebida aplicación de la misma".

El Juez 3º Superior, basándose en las palabras del veredicto, que son plena prueba para él, interpretó el homicidio cometido por Camelo en la persona de Marroquín como menos grave y ejercitando la amplia facultad que concede el inciso 2º del artículo 602 del Código Penal, en relación con el 587 ibídem, condenó a Camelo a la pena de tres años de presidio. El Tribunal, por el contrario, apreciando el hecho criminoso que se estudia, no como de los menos graves, es decir, no ejerciendo la facultad que sí ejercitó el Juez 3º Superior y que, como ya se dijo, es la del inciso 2º del artículo 602, dejó el homicidio en la categoría de simplemente voluntario y aplicó la pena de seis años de presidio.

La Corte se encuentra frente a una discrepancia de apreciación entre la mayor o menor gravedad que pueda tener el delito imputado a Camelo.

El punto de partida que tanto el Juez 3º Superior como el Tribunal tuvieron a la vista para considerar el primero que la disposición aplicable era el inciso 2º del artículo 602, y el segundo para aplicar simplemente el artículo 587, lo constituyen los términos en que está concebido el veredicto del Jurado.

El Juez 3º Superior, analizando los términos del veredicto y atendiendo además a los antecedentes que rodearon al homicidio, expresa que Camelo, después de agresiones

mutuas de palabra y después de haberse dado de golpes con Marroquín, quiso disparar hacia los pies de éste; luégo guardó el arma; y "finalmente sólo hizo un disparo a Marroquín, teniendo como tenía varios proyectiles; y que sólo en fuerza de la actitud de Marroquín, disparó, a pesar de los antecedentes de enemistad que mediaban entre ambos".

El Tribunal aprecia los hechos de diversa manera, e interpreta las palabras del veredicto, dándole a Camelo el calificativo de provocador y promotor. Se base para ello en varias declaraciones de testigos, entre los cuales cita la de Gerardo Doblado, que expresa que si Guillermo Camelo "no dice de ignorante, tuerto, hijo de puta, no se hubiera presentado semejante cosa, pues todos se encontraban en perfecta calma..."

Refuerza el Tribunal su argumentación con el hecho de que el Juez 3º Superior negó varias veces la libertad con fianza que el procesado solicitó, por estimar que se trataba de "un homicidio simplemente voluntario, pero no atenuado..." (f. 117).

Hubo, pues, violación de la ley penal por parte del Tribunal por haber interpretado mal ésta o por haberla aplicado indebidamente.

Existe violación de la ley no sólo cuando se ha ido contra el texto escrito de la misma, sino también cuando se ha contravenido al espíritu que la informa.

El recurrente afirma que ha habido una mala aplicación de la ley en la sentencia, por no haber aplicado el Tribunal al caso que se estudia, el artículo 587 del Código Penal en armonía con el inciso 2º del artículo 602 ibídem y no en relación con el 600, como lo hizo.

Sin duda, no sólo la letra de los artículos citados sino también el espíritu de los mismos, son claros para expresar en primer lugar en el 587 qué se entiende por homicidio simplemente voluntario, puntualizando, además, en una enumeración por demás casuística las diversas circunstancias que constituyen el mencionado delito. Está sancionado por el artículo 600 con la pena allí establecida. En segundo lugar tiénese que por el artículo 602, inciso 2º, se viene a establecer una especie, dentro del género homicidio simplemente voluntario del artículo 587; pero especie circunscrita a determinados numerales (1º, 2º, 4º, 5º y 7º del artículo 587) y con el ítem de que para estar dentro de esta especie, menester es que el Juez ejercite la amplia facultad de apreciación que le otorga la disposición que se comenta. Cuando dice el Legislador que se aplicará la pena de tres a seis años de reclusión, "a los delitos que, a juicio del Juez sean menos graves entre los definidos en los números 1º, 2º, 4º, 5º y 7º del artículo 587, que no sean objeto de disposición especial", se inviste al Juez de una amplia facultad para apreciar si el homicidio simplemente voluntario es más grave o menos grave.

Atendiendo a los hechos del proceso se concluye que el caso de Camelo puede encajar dentro del numeral 1º del artículo 587. Es decir, está el homicidio cometido por Camelo para su apreciación dentro de la atribución legal del artículos 602, inciso 2º Esto es, para que el juzgador pueda considerarlo como menos grave. Por ello el Juez Superior pudo considerar el delito como menos grave, y el Tribunal, por el contrario, lo apreció como más grave. Pudo haber mala aplicación de la ley o indebida aplicación de la misma por la circunstancia de que el Tribunal no apreciase el homicidio cometido por Camelo como menos grave?

Existen casos en que la ley autoriza al juzgador para que de acuerdo con su conciencia y con su inteligencia, decida lo que considere equitativo. La ley, pues, no le señala al juzgador en estos casos una pauta diferente de la que le dicte su fuero interno.

Las sentencias pronunciadas en virtud de esas amplísimas facultades concedidas por la ley, no pueden ser objeto de casación, pues si lo fuesen la Corte de Casación se adentraría en el criterio personal del Juez y en su conciencia, y de esta manera vendría a modificar un fallo dictado a base desde luego de conocimientos jurídicos, pero sobre todo informado por elementos espirituales que escapan a la precisa y justa apreciación de las normas jurídicas, objetivo principalísimo del recurso de casación.

Corrobora lo anteriormente expuesto la siguiente jurisprudencia de la Corte, jurisprudencia sin duda inspirada en estos mismos principios; dice así:

"La facultad conferida al Juez de apreciar a su juicio los casos menos graves de homicidio simplemente voluntario (entre los definidos en los numerales 1º, 2º, 4º, 5º y 7º del artículo 587 del Código Penal y que no sean objeto de disposición especial), para el efecto de imponer una pena menor, es de tal amplitud, que en la mayor parte de los casos es imposible dentro de la casación el determinar qué disposición penal se viola cuando el Juez deja de ejercer dicha facultad". (Casación 18 de marzo de 1926. XXXII, 1º).

De lo anterior infiérese que si el Tribunal aplicó el artículo 587 en relación con el 600 y no ejercitó la facultad que confiere el inciso 2º del artículo 602 para apreciar el homicidio cometido por Camelo como menos grave, de ello no puede concluírse que el Tribunal hiciese una mala aplicación de la ley penal o una indebida aplicación de la misma.

Por estas razones, la causal primera alegada no puede prosperar.

Segunda causal

"Estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado".

El Jurado no contestó el cuestionario únicamente con un "sí"; sino que agregó "después de ofensas recíprocas graves". Ciertamente, al proferir el Jurado dicho veredicto, vino a expresar una modalidad del hecho criminoso, pero modalidad que está basada en el informativo y que sitúa el homicidio cometido por Camelo como de los más graves.

A este respecto el recurrente le atribuye al veredicto del Jurado un alcance que no corresponde ni a la realidad de los hechos ni a lo que significan en sentido obvio las mismas palabras del fallo de conciencia. El recurrente afirma que el Jurado reconoció que Camelo procedió por las repetidas ofensas que Marroquín le infirió. Mas si se tiene en cuenta que la simple agregación de "después de ofensas recíprocas graves" —lo dice el señor Procurador— "sólo sirve para explicar la verdad de lo ocurrido, es decir, que Camelo disparó después de que se ofendieron mutuamente, partido igual, pero no movido el matador por ofensas graves procedentes del occiso solamente. De manera que el agregado del Tribunal de conciencia no significa una atenuación del homicidio voluntario y por lo mismo la sentencia recurrida no está en desacuerdo con el veredicto del Jurado".

Lo anteriormente expuesto es suficiente para concluír que tampoco es atendible la segunda causal alegada por el recurrente.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no infirma la sentencia recurrida.

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

Pedro Alejo Rodríguez, José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias. Rafael Rovira Bolaños, Oficial Mayor.

DELITO DE ABANDONO DEL PUESTO — SE REQUIERE INTENCION DOLOSA

La falta ocasional de un empleado a su oficina, sin intención dolosa de abandonar el cargo, y sin que ella ocasione perjuicio en el despacho de los asuntos, no constituye delito de abandono del puesto a la faz de las leyes penales.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, febrero veintiuno de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez)

En la Alcaldía del Municipio de Remedios, Departamento de Antioquia, se inició un sumario contra el doctor Luis Angel Arroyave, por abandono del puesto de Juez del Circuito de ese mismo lugar en los días 6, 7, 8 y 9 de agosto de 1931.

El hecho se detalla en la siguiente declaración rendida por el señor Manuel S. Lenis en un sumario contra Ernesto Sandino y Juan Monsalve:

"Hago constar que los empleados que a esta población vienen son supremamente abusivos, pues según me informaron en el año pasado el señor Luis Angel Arroyave, Juez de este Circuito, pidió en la Alcaldía una licencia para retirarse de tal puesto y que empezara a correr el 10 de agosto y se retiró de la población desde el seis a medio día o el siete en las primeras horas de la mañana, dejando el puesto acéfalo y que los empleados subalternos de aquel Juzgado trabajaron solos, sin jefe, hasta el diez, que se hizo cargo del Juzgado el primer suplente".

Indagatoriado el doctor Arroyave, explicó su conducta así:

"... fui yo quien solicitó esa licencia; el día siete era siete de agosto, que según tengo entendido es día de fiesta nacional, salvo mejor conocimiento; el nueve era día de fiesta religiosa; en ninguno de estos días tenía obligación de trabajar, y en cuanto al sábado no recuerdo si estaría en la oficina".

Con fecha 29 de agosto de 1934, el Juzgado del Circuito de Remedios, al enviar el informativo al Tribunal Superior de Medellín, se expresó en los siguientes términos:

"Remítase este simulacro de sumario, donde sólo se ve el ejercicio de pasiones lugareñas, al honorable Tribunal Superior de Medellín, para los fines legales".

El Tribunal, en auto de 10 de abril de 1935, sobreseyó temporalmente a favor del doctor Arroyave. De esta providencia son los siguientes pasajes:

Se observa, ante todo, que la prueba sumaria que exige el artículo 359 de la ley 105 de 1890, se obtuvo haciendo declarar a algunos testigos contra el doctor Arroyave en sumario contra dichos Sandino y Monsalve, a donde se llevaron otras pruebas al respecto, como para eludir el papel de denunciante que algún empleado, acaso el Juez Municipal de Remedios, no se hubiera atrevido a asumir. Es el caso, que la prueba, aunque incompleta por no haberse ratificado los declarantes, y anómala en su origen, consta por ese medio; y quizá no sea el caso de declarar en suspenso la investigación, sino de ponerle fin, sobreseyendo a favor del sindicado.

Para llegar a esta conclusión se tiene en cuenta que a pesar de que no hubiera concurrido el doctor Arroyave a la oficina del Juzgado el ocho de agosto de mil novecientos treinta y uno, no hay constancia de que hubiera dejado de despachar oportunamente alguno o algunos asuntos judiciales; y la ausencia, si ocurrió ese día, fue muy corta y no implica abandono del destino ni que el Juez hubiera tenido intención dolosa de perjudicar a la administración de justicia o a alguna persona interesada en determinado negocio de los que tenía a su cargo. La Corte Suprema, en sentencia de 17 de octubre de 1926, tiene resuelto que no se comete el delito de falta de asistencia al desempeño del destino, en casos como éste. (Extracto del tomo XXXIII de la G. J., Nos. 1, 2)".

Ha llegado el expediente a esta Sala de la Corte en consulta del auto anterior, y como se han surtido los trámites de regla, se pasa a decidir lo que es del caso.

La vista del señor Procurador es favorable a la confirmación del sobreseimiento.

En sentir de la Sala, lo que ocurre es que no aparece acreditado el cuerpo del delito de abandono del puesto que se imputa al doctor Arroyave, juez del circuito de Remedios, consistente en la irregularidad de haber dejado de concurrir a su despacho el sábado 8 de agosto de 1931.

Como lo anota el Tribunal de Medellín, la Corte tuvo en 1926 un caso semejante con respecto al juez del circuito de Moniquirá. (Gaceta, Tomo XXXIII, página 346).

Entonces se sobreseyó definitivamente a favor del juez por la imputación de abandono del puesto, acogiendo el concepto del señor Procurador que en seguida se copia:

"El abandono del destino, o sea el desprecio y dejación de los deberes que él impone al empleado público, supone en éste intención dolosa, es decir, advertencia y conocimiento de que va a producirse un daño a la causa pública o a tercero determinado con la separación más o menos larga de la oficina a su cargo. Pero cuando no existe esa intención y la ausencia es tan corta que con ella no se perjudique a la sociedad ni al individuo, no puede decirse que se hayan reunido los elementos constitutivos del hecho punible que la ley denomina abandono del destino.

En el caso de que se trata, el doctor Rincón Castro dejó de ir al Juzgado el veinticuatro y el veintiocho de abril, pero en ambos días estuvo en la población de Moniquirá, al menos en la mañana del primero y en la tarde del segundo; y no hay prueba de que en esa mañana y en esa tarde no hubiera trabajado algún tiempo en la Oficina. De modo que, en realidad, las dos ausencias no pasaron de algunas horas ni causaron daño a nadie. Sólo la interesada vigilancia del denunciante hizo notar la falta en tiempo oportuno.

La ley no exige que los Magistrados y Jueces estén todo el día en sus oficinas; sólo les pide que trabajen las horas necesarias para tener el despacho al corriente, es decir, sin demoras en los negocios a su cargo. Y siendo esto así, no es jurídico ni justo ver un delito en donde sólo hay una irregularidad censurable".

Por lo demás, como el delito de abandono de empleos de voluntaria aceptación no tiene pena corporal (art. 526, C. P.), la acción habría prescrito por el transcurso de más de cuatro años, a partir del 6 de agosto de 1931 (art. 95 ibídem).

En tales circunstancias, al tenor del artículo 33 de la ley 104 de 1922, el sobreseimiento a favor del doctor Arroyave debe ser definitivo.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, en armonía con el parecer del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, reforma la providencia consultada del Tribunal Superior de Medellín, en el sentido de sobreseer definitivamente a favor del doctor Luis Angel Arroyave por el cargo de abandono del puesto de Juez del Circuito de Remedios.

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

Pedro Alejo Rodríguez, José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias. Alberto Malo B., Srio. en ppd.

VEREDICTO CONTRADICTORIO

Si el veredicto para uno de los acusados es contradictorio por decir SI y NO para un mismo hecho cuestionado, desaparece entonces tal veredicto y no puede hablarse de CONCURSO RECIPROCO en relación con otro de los acusados. El sentido obvio de la frase "según el caso", contenida en el artículo 9º de la ley 118 de 1931, es el de que hay casos en que la Corte, al invalidar la sentencia en virtud de la causal 6ª, no habrá de dictar el fallo de fondo que la reemplace; pero como en el presente caso no hay veredicto del Jurado por ser contradictorio, tiene la Corte que proferir la decisión que el Tribunal hubiera dictado en el evento de que, cuando le correspondía, hubiese reputado contradictorio el veredicto. Y como el veredicto es contrario a la evidencia, por cuanto viola el principio de contradicción, como que una cosa no puede ser y dejar de ser a un mismo tiempo, resulta de cabal aplicación lo dispuesto en los artículos 50 y 51 de la ley 169 de 1896, por lo cual debe declararse injusto, por contradictorio, el citado veredicto.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, veintiséis de febrero de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo)

El Tribunal Superior de Bucaramanga, por auto fechado el doce de diciembre de mil novecientos treinta y cuatro, concedió a los procesados Aureliano y Alejandro Vega el recurso de casación contra la sentencia proferida por ese Tribunal el veintiuno de noviembre anterior.

Dicha sentencia había confirmado la que dictó el Juez 1º Superior de Bucaramanga y que impuso a los procesados la pena de veinte años de presidio y las accesorias correspondientes.

El señor Procurador General de la Nación ha conceptuado que debe declararse desierto el recurso, por cuanto los procesados Vegas no cumplieron con el deber de fundarlo. No obstante esa conclusión, el señor Procurador emitió una extensa vista con tendencia a estudiar el asunto en el fondo, al menos en lo referente a una de las causales.

La Corte, después de prolongado estudio de la sentencia recurrida y de los fundamentos de ella, procede a fallar el recurso, teniendo en cuenta que los procesados lo interpusieron oportunamente y que en el memorial respectivo citaron con toda precisión las causales que invocan, a saber, la 1ª, la 3ª, la 4ª, la 5ª y la 6ª del artículo 3º de la ley 118 de 1931.

Las causales alegadas son:

a)—Violación de la ley penal por indebida aplicación o por mala interpretación de la misma;

b)—Violación de la ley penal por error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito;

c)—No estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, o estar dicha sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado;

d)—Ser la sentencia violatoria de la ley por haberse dictado sobre un veredicto viciado de injusticia notoria;

e)—Haberse dictado la sentencia sobre un veredicto evidentemente contradictorio.

El juicio en que recayó la sentencia recurrida versa sobre el delito de homicidio y, de consiguiente, se siguió por los trámites del Jurado. Al terminar las audiencias y antes de que el Juez dictara el fallo de primera instancia, el defensor de los procesados presentó un alegato encaminado a sostener la tesis de que el veredicto del Jurado es "contraevidente".

El juez refutó extensamente en su sentencia la tesis del defensor, y el Tribunal también dedicó a ese punto varios apartes del fallo de segunda instancia.

La Corte, adoptando ese mismo orden de ideas iniciado por las alegaciones de la defensa y seguido por el fallo del juez y por la sentencia recurrida, procede a estudiar la causal 6ª de casación: "Haberse dictado la sentencia sobre un veredicto evidentemente contradictorio". Ya se dijo que ésta es una de las causales invocadas por los procesados en el escrito por medio del cual interpusieron el recurso.

Aun cuando no incumbe a la Corte, ordinariamente, el examen de los hechos del proceso, en el presente caso, para poder apreciar si el veredicto es contradictorio o no, se hace indispensable hacer un recuento,

aun cuando sea muy breve, de los acontecimientos que motivaron este juicio.

En casa de Demetrio Carreño, situada en el vecindario de Floridablanca (a inmediaciones del de Bucaramanga), se hallaban, en la noche del doce al trece de noviembre de mil novecientos treinta y tres, junto con la familia de Carreño, varias personas, en reunión social amenizada con música. Sintieron, de pronto, que dos sujetos llegaban como sigilosamente a los alrededores de la casa, varios de los presentes salieron al corredor y alguno, parece que Alejandro Vega, les preguntó quiénes eran y qué querían; el de afuera "le contestó a tiros de revólver", según dice el auto de proceder; entonces los que estaban en la casa vieron que quien disparaba era el señor Roberto Gutiérrez, colindante de Demetrio Carreño. Del sumario se infiere que el señor Gutiérrez era hombre de posición social y económica bastante superior a la de Carreño y sus visitantes; y consta que, a pesar de ser casado, tenía o había tenido íntimas relaciones amorosas con la hija de su vecino, María de Jesús Carreño; a folio 139 v. del cuaderno principal, acta de la primera audiencia ante el jurado, consta que se hizo comparecer como declarante a dicha señorita, quien manifestó, entre otras cosas, que el niño que llevaba en brazos era hijo del señor Roberto Gutiérrez. Estos antecedentes explican, en parte, la actitud belicosa y el sigilo con que Gutiérrez se acercaba aquella noche a la casa de Carreño. Dice el juzgado, en el auto de proceder:

"... parece que don Roberto mantenía relaciones de mala índole con una de las hijas de Demetrio Carreño, y aun había anunciado que le iría mal a quien llegara a rivalizarlo pretendiendo a la misma muchacha; y seguramente se imaginó él que los visitantes de la casa de Demetrio irían a perturbarle sus relaciones con esa mujer, y con notoria imprudencia se fue a vigilarla y a agredir a quienes hasta entonces habían estado en actitud pacífica..."

Los visitantes de Carreño, así agredidos a bala por el señor Gutiérrez, salieron en persecución de éste, quien siguió con el compañero hasta su casa (la de Gutiérrez) y entró en ella. De los que iban tras de Gutiérrez es preciso mencionar a los hermanos Aureliano y Alejandro Vega. Parece que éstos fueron a sus casas y volvieron, "a poco rato, armados de escopetas y enruanados", según lo expresa el auto de proceder. Alguno de los declarantes del sumario dice que en aquellos momentos los Vegas manifestaron que iban prevenidos, "por si el viejo (refiriéndose al señor Roberto Gutiérrez) volvía a molestarlos". Salió en ésas de su casa el señor Gutiérrez acompañado de otro hombre y en dirección a la casa de Demetrio Carreño, armado de revólver y llevando en la mano una lamparilla eléctrica; decía el señor Gutiérrez que iba "a levantar los muertos", y aun cuando no se sabe a ciencia cierta con qué intención lo diría, hay que reconocer que quienes en esos momentos se hallaban por ahí cerca, o sea los mismos que habían salido de la casa de Carreño a repeler la agresión de bala de Gutiérrez, naturalmente pudieron sentir que aquellas palabras eran alusivas a ellos, quizá como provocándolos. Es lo cierto que los que habían salido de la casa de Carreño detrás de Gutiérrez, al ver de nuevo a éste y al oirlo, se escondieron o agazaparon en un matorral: los protagonistas de la escena (y no tan solo los procesados Vegas) declararon en las audiencias que se habían escondido "porque le tenían miedo a don Roberto Gutiérrez". Este hizo entonces otros disaros de revólver: los dos procesados dijeron, ante el jurado, que Gutiérrez había hecho tales disparos, en número de cinco, apuntando contra el grupo en que ellos se hallaban. En los debates ante el jurado, el señor Fiscal de la causa aceptó ser verdad que el señor Gutiérrez lanzó estos otros disparos, pero sostuvo que no fueron dirigidos contra un blanco determinado, sino que fueron disparos al aire. Es lo cierto que el señor Gutiérrez hizo los disparos y que del sitio donde estaban sus contendores también salieron disparos de arma de fuego. Don Roberto Gutiérrez cayó herido, y horas después falleció en el hospital de Bucaramanga, a donde se le había trasladado en vista de la gravedad de su situación.

No logró saberse, en un principio, a quién o a quiénes era imputable el hecho de los disparos. Ya adelantada la investigación se sindicó a Aureliano Vega y a Alejandro Vega, y contra los dos se dictó auto de proceder. Conviene advertir en este punto que, según el primer reconocimiento pericial que parece fue hecho por profanos (folio 1 del sumario), el señor Gutiérrez sufrió varias heridas de bala: una en el muslo, otra en el antebrazo y "otra herida causada con el mismo instrumento (revólvers), cuyo proyectil le entró por el costado izquierdo y se le quedó adentro". (Los reconocedores quisieron decir, probablemente, que el proyectil quedó dentro de la región abdominal). En la diligencia de autopsia (folios 19 v. y 20),

practicada por el médico legista, no se habla sino de un proyectil que rompió el antebrazo, penetró luégo al nivel del octavo espacio intercostal izquierdo, perforó la pared abdominal "y se insinuó entre los intestinos para ir a alojarse en la parte izquierda del cuerpo del páncreas, de donde se le extrajo".

Dice el auto de proceder:

"... no puede afirmarse con seguridad cuál de los dos (viene hablando de los procesados Vegas) hicieron el disparo de escopeta que mató a Gutiérrez, pues unos dicen que la escopeta la tenía Alejandro, y el testigo que estaba cerca, o sea Andrés Carreño, dice que era Aureliano el que la tenía; y mientras todos están de acuerdo al decir que cuando salieron del lugar del delito era Alejandro quien traía el arma, otras diligencias y declaraciones demuestran que la escopeta de Alejandro no fue disparada y que él mismo dijo que su arma le había fallado..."

Y el mismo auto de proceder comenta luégo:

"Pero aunque no se sepa cuál hizo el disparo, no por eso se hace dudosa la responsabilidad. Consta que Alejandro estaba armado de revólvers, según declaran Carreño (f. 3), Miguel Vega (f. 39) y Raimundo Rondón (f. 40 v.), y se sabe que sobre Gutiérrez se hicieron disparos de revólvers y de escopeta, aunque sólo la escopeta dio en el blanco".

Por estas transcripciones y por muchos otros apartes del auto de proceder se comprende que el sumario no le dio al señor Juez Superior de Bucaramanga todos los elementos de información y convicción suficientes para poder afirmar cuál de los dos procesados había hecho el disparo mortal. Pero teniendo en cuenta las circunstancias del hecho dijo el juez lo siguiente:

"... es evidente que ambos Vegas son responsables de la muerte de Gutiérrez y que ambos deben ser llamados a juicio por este delito".

Esta manera prudentemente evasiva de presentar los cargos contra uno y otro de los dos sindicados Vegas implicaba la conveniencia de formularle las preguntas o cuestionarios al jurado en forma tal que no se determinara sobre uno de los acusados y menos sobre ambos, el cargo concreto de haber causado el disparo mortal.

Sin embargo, no se propusieron así los cuestionarios, sino que tanto para el procesado Alejandro Vega como para el procesado Aureliano Vega se preguntó si el acusado es responsable de haber dado muerte a Roberto Gutiérrez, "... por haberle causado una herida con arma de fuego de calibre mayor (escopeta)"; y "si en la ejecución de ese hecho procedió el acusado con intención de dar muerte, en concurso recíproco con otro y con premeditación, esto es, con deliberación o resolución previa de matar".

En esta forma propuesto el cuestionario, la contestación afirmativa para ambos procesados implicaría siempre una contradicción, porque habiendo sólo una herida mortal, que no podía haberla causado materialmente sino una persona, atribuír el hecho a dos personas simultáneamente podría ser, en este caso, como presuponer un imposible físico.

Aunque los elementos jurídicos de premeditación y circunstancias de asesinato son bien dudosos en el presente caso, como se deduce del somero relato de los acontecimientos consignado al principio de este fallo, no podía el juez dejar de proponer al jurado las correspondientes preguntas por la circunstancia, deplorable pero ineludible ya a tiempo de las audiencias, de que en el auto de proceder se había hecho especial mención de tales elementos o modalidades del delito.

Un veredicto afirmativo para ambos cuestionarios, dada la redacción de éstos, habría sido contradictorio, ya se dijo, porque habría implicado la afirmación de un hecho que en el caso en cuestión era físicamente imposible.

Durante las audiencias de la causa, Aureliano Vega declaró ante el jurado haber sido quien hizo el disparo de escopeta que mató a Gutiérrez, bien que agregó o explicó que había disparado al aire y no sobre la persona de Gutiérrez. No incumbe a la Corte hacer la crítica del valor probatorio de esta declaración, puesto que el Jurado es soberano para apreciar las pruebas: bastará apuntar que quizá tal declaración indujo al jurado a contestar de manera simplemente afirmativa la pregunta que se refiere a Aureliano Vega.

Pero aun contestando con una simple afirmación respecto de uno de los acusados y con afirmación explicada respecto del otro, es contradictorio el veredicto. En efecto: se preguntó al jurado si Alejandro Vega es responsable "de haber dado muerte a Ro-

berto Gutiérrez... por haberle causado una herida con arma de fuego de calibre mayor (escopeta)..."; y al responder el jurado: "Sí, sin herir al occiso...", incurrió en una contradicción.

La pregunta, tal como se formuló, es indivisible: se imputa en ella al procesado el hecho de haberle dado muerte a Gutiérrez por haberle causado la herida mortal; y la respuesta es contradictoria, puesto que contestando que "Sí", niega al propio tiempo que el procesado causara aquella herida.

Esta contradicción del jurado admite diferentes explicaciones: la que el juez y el Tribunal sentenciador dan de manera más o menos explícita, de que la contradicción es aparente, en las palabras, pero no en la sustancia de la respuesta; la de que el jurado, al agregar explicaciones al veredicto referente a Alejandro quiso atenuar la responsabilidad de éste, como se lo pedía el señor Fiscal de la causa; o la de que el jurado aceptó que el acusado es responsable pero en una forma que no es la planteada por el cuestionario.

De todas maneras, el tribunal sentenciador tuvo que asignarle arbitrariamente el veredicto dado para Alejandro, el valor de veredicto simplemente condenatorio. Puede suceder que la intención del jurado haya sido la de condenarlo como coautor del delito, como autor moral junto con Aureliano; pero no es imposible que se hubiera propuesto, con la enrevesada explicación, hacerlo responsable apenas como cómplice; o que lo considerara responsable por cargos distintos de los que enuncia el cuestionario, sin que se sepa, en tal evento, por cuáles hechos ni con qué grado de responsabilidad.

Es explicable que el juez, por sus conversaciones privadas con los miembros del jurado durante las audiencias (y esto lo dice él mismo en la sentencia), se haya creído en capacidad de desentrañar el sentido íntimo del veredicto a pesar de la contradicción de los términos. Pero, reconociendo en el juez la más recta intención, no es posible aceptar que una respuesta contradictoria en sus términos y con relación a la pregunta deje de serlo por la interpretación que el mismo juez le dé.

Dado que al entendimiento repugna naturalmente el absurdo, jamás podría considerarse que un veredicto es contradictorio si se optara por buscarle a todo trance la intención no contradictoria a pesar de lo opuesto de sus términos. El erigir la ley en causal de casación el hecho de que el veredicto sea contradictorio está demostrando que la ley misma admite la posibilidad de la contradicción, no obstante las explicaciones con que trate de desvanecerse.

En síntesis: se le preguntó al jurado si Alejandro Vega es responsable de haber causado la herida... etc., y el Jurado respondió: "Sí, pero sin herir al occiso..."

Difícilmente se hallará un caso de más palmaria contradicción.

Sentado ya que el veredicto proferido respecto de Alejandro Vega es contradictorio porque dice "sí" y "no" sobre un mismo hecho, a saber, sobre la responsabilidad del procesado como causa de una herida que determinó la muerte del señor Roberto Gutiérrez, se procede ahora a examinar ese veredicto en relación con el proferido respecto de Aureliano Vega.

Ya se ha dicho que el juez, aunque sin expresarlo categóricamente, consideraba que Aureliano y Alejandro eran coautores del delito. Quizá para relievar esa calificación propuso en los cuestionarios la pregunta de si uno y otro habían obrado "en concurso recíproco"; frase del cuestionario referente a Aureliano y lo mismo del referente a Alejandro.

Al contestar el Jurado, como contestó, con un "sí" rotundo la pregunta referente a Aureliano Vega, quedó como parte integrante del veredicto de responsabilidad esta circunstancia: haber obrado en concurso recíproco con otro.

Pero ocurre que el veredicto acerca de Alejandro Vega dice:

"Sí, sin herir al occiso, por haberle negado la escopeta y no dar en el blanco con el revólver, frustrándose el deseo e intención de matar".

El defensor, doctor Saúl Luna Gómez, dijo con perfecta lógica en el escrito dirigido al Juez para solicitarle la declaratoria de contraevidencia del veredicto y la convocatoria de nuevo jurado, lo siguiente:

"... cómo puede decirse que Alejandro le dio concurso a Aureliano, quien mató directamente, y no obstante haberse frustrado la intención criminal homicida de Alejandro?"

Si el veredicto para Alejandro es contradictorio, porque la respuesta dice sí y no para el mismo hecho, desaparece el veredicto de Alejandro.

Y faltando ese veredicto falta el concurso recíproco tan enfáticamente supuesto en los cuestionarios, porque si es concurso "recíproco" supone dos términos, desaparecido

uno de los cuales, desaparece también el otro.

Además, ¿cómo quedaría subsistente lo del "concurso recíproco" si en el veredicto referente a Alejandro se explica que se le frustró el deseo e intención de matar?

¿O será que el Jurado consideró que cada uno de los acusados pensó y deseó matar al señor Gutiérrez, aunque sin haber hecho sobre el particular un explícito convenio anterior? Entonces habría que descartar la premeditación y el "concurso previo".

Debe, pues, prosperar la causal 6ª de casación: "Haberse dictado la sentencia sobre un veredicto evidentemente contradictorio".

Para el evento de que prospere esta causal de casación, dispone el artículo 4º de la ley 118 de 1931 lo siguiente:

"Respecto de la causal 6ª (la Corte) invalidará el fallo y dictará la sentencia, según el caso".

¿Cuál es el sentido de esta frase de la ley: "según el caso"?

El sentido obvio es que hay casos en que la Corte, al invalidar la sentencia en virtud de la causal 6ª, no habrá de dictar el fallo de fondo que la reemplace.

De todas maneras, al invalidar el fallo queda el proceso sin sentencia; y como no es el caso de devolverlo al Tribunal para que la profiera de nuevo, puesto que no hay veredicto del jurado desde luego que es contradictorio, tiene la Corte que proferir la decisión que el Tribunal hubiera dictado en el evento de que, cuando le correspondía, hubiese reputado contradictorio el veredicto.

Dispone el artículo 50 de la ley 169 de 1896:

"Si a juicio del juez las resoluciones del jurado fueren contrarias a la evidencia, declarará injusto el veredicto y... se convocará inmediatamente un nuevo jurado y la resolución no podrá ya ser declarada injusta"

Y el artículo 51 de la misma ley:

"Si el juez de la causa no declara notoriamente injusto el veredicto del jurado en los casos en que puede y debe hacerlo, el Tribunal hará tal declaración, de oficio o a solicitud de parte, siempre que el proceso se halle a su conocimiento por recurso legalmente interpuesto".

En este proceso el defensor pidió al juez, después de proferido el veredicto y antes de dictada la sentencia, que declarara la "contraevidencia" del veredicto y ordenara el sorteo y convocatoria de un nuevo jurado, es decir, pidió la aplicación del artículo 50 de la ley 169 de 1896.

Las disposiciones legales que se acaban de transcribir ordenan que se declare injusto el veredicto contrario a la evidencia; y como violar el principio de contradicción es el mayor esfuerzo que puede intentarse contra la evidencia, el veredicto contradictorio dado para Alejandro Vega, según el cual sí causó la herida mortal, sin herir, está violando o queriendo violar el principio de contradicción: una cosa no puede ser y dejar de ser al propio tiempo la misma cosa y bajo el mismo aspecto. Y como esta contradicción en el veredicto proferido para Alejandro Vega hace que el de Aureliano Vega, a pesar de contener una afirmación simple, sea contradictorio con el de Alejandro, resulta de cabal aplicación lo dispuesto en los artículos 50 y 51 de la ley 169 de 1896.

Sobre las consideraciones que preceden, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, oído el parecer del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga contra Aureliano Vega y Alejandro Vega, con fecha veintiuno de noviembre de mil novecientos treinta y cuatro y en su lugar resuelve declarar injusto, por contradictorio, el veredicto del jurado respecto de los procesados y ordenar que se convoque, sortee y reúna un nuevo jurado.

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

Pedro Alejo Rodríguez, José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Alberto Malo Baños, Srio. en ppd.

CIRCULACION DE MONEDAS FALSAS — CALIFICACION DEL GRADO DE LA DELINCUENCIA

La concurrencia de más de una persona en la perpetración del delito no siempre puede considerarse como circunstancia agravante. Es necesario que esa concurrencia sea elemento de mayor eficacia para la consumación del hecho, v. gr.: coacción, amenazas. En caso de duda en la apreciación cualitativa de las circunstancias agravantes, procede la calificación de la delincuencia en tercer grado.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en Lo Criminal.—Bogotá, febrero veintiséis de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez)

Con fecha 22 de marzo de 1934, el Juzgado 2º Superior de Ibagué llamó a Rafael y Siervo Munévar y a Rafael Niño a responder en juicio, con intervención del Jurado, por el delito de falsificación de monedas de que trata el Capítulo I, Título VII, Libro 2º del Código Penal.

La historia de los hechos que se imputaron a los sindicados se copia del auto de proceder y es como sigue:

"Narran los Agentes Juan de la Cruz Ortiz, Rubén Borja y Antonio Parra en sus declaraciones de folios 2 vuelto, 3 y 4, que regresando el día quince de octubre del año pasado de una comisión, se encontraron por la vía que conduce a Pandi y cerca al puente natural de Icononzo con tres individuos que al verlos se turbaron o afanaron, y como vieron que alguno de ellos —Rafael Munévar— ocultaba alguna cosa bajo el brazo tapándola con la ruana, determinaron requisarlos, encontrando que lo que Rafael Munévar escondía era un tarro dentro del cual portaba paquetes que contenían monedas falsas imitativas de las de plata de valor de cincuenta centavos emitidas por el Gobierno Nacional, en cantidad de veinte pesos cincuenta centavos. Mientras los agentes practicaban la requisa, Siervo Munévar botó entre el rastrojo un papel, el que recogido resultó contener envueltas otras dos monedas semejantes a las anteriores; que averiguados dichos individuos de dónde venían y para dónde se dirigían, dijeron haber llegado el día anterior de Fusagasugá, quedándose en el punto ya citado, llamados por Floresmino Huertas, a quien no habían hallado y por eso se regresaban, y que la caja o tarro la habían hallado en el camino. Que al devolver a dichos individuos para el pueblo se dieron a la tardea de averiguar en las tiendas si habían hecho circular de esas monedas, comprobando que efectivamente así había sucedido, pues donde Gregorio Miranda, María Luisa de Daza y Eulogio Beltrán les informaron haber verificado compras esos sujetos y haber pagado con sendas monedas también falsas y del mismo valor, que recogieron y pusieron a su vez a disposición de la autoridad.

El reconocimiento pericial verificado de las monedas en cuestión y que obra a folio 13, declara perentoriamente que ellas son absolutamente falsas, que están confeccionadas con aleación de estaño, que son de diferente color y tañido de las legítimas y además, pesan menos que éstas, pues tienen solamente nueve gramos y diez centigramos unas y nueve gramos y cuarenta y cinco centigramos otras, a tiempo que las legítimas son de un peso uniforme de doce y medio gramos.

María Luisa de Daza, Eulogio Beltrán y Gregorio Miranda, en sus declaraciones de folios 13, 15 y 22, relatan la compra que en cada una de sus tiendas hicieron los Munévar y Niño, de medio paquete de cigarrillos 'Pierrot', guarapo y pan de maíz, respectivamente, en cantidades que no pasaron de seis centavos, habiendo pagado con monedas de cincuenta centavos y recibido cada comprador los correspondientes cambios o vueltas. Los testigos dan la filiación de sus respectivos clientes y en la diligencia de reconocimiento en rueda de presos que aparece al folio 23, señalaron a sus compradores, así: Beltrán a Rafael Niño; Miranda a Rafael Munévar y la señora de Daza, a Rafael Niño y Siervo Munévar".

Confirmado por el Tribunal Superior de Ibagué el auto de proceder, a su tiempo se sometieron al Jurado tres cuestionarios iguales para cada uno de los encausados, que son del siguiente tenor:

"¿El procesado.... es responsable, sí o no, al tenor del respectivo auto de proceder, del hecho de haber puesto en circulación en asocio de otras personas y con previo conocimiento de su ilegitimidad, monedas falsas imitativas de las de plata emitidas por el Gobierno Nacional, de valor de cincuenta

centavos ($ 0.50), dándolas en pago de artículos comprados al menudeo, hecho que tuvo lugar en el camino que conduce del municipio de Icononzo al de Pandi, en territorio de este Distrito Judicial, el día quince de octubre de mil novecientos treinta y tres?"

La respuesta del Jurado para todos los cuestionarios fue sencillamente afirmativa.

El Juzgado condenó a Rafael Munévar y a Rafael Niño a ocho años de presidio, y a Siervo Munévar a siete años, cuatro meses de igual pena, previa calificación para todos de la delincuencia en segundo grado, y favoreciendo a Siervo Munévar con la rebaja de que trata el artículo 124 del Código Penal. A los tres se les condenó, además, a la pérdida de todo empleo público o de toda pensión; a la privación perpetua de los derechos políticos; al pago a la nación de una multa igual a la décima parte del valor libre de sus bienes; a la pérdida, a favor de la república, de la moneda falsa aprehendida y al pago mancomunado de las costas procesales.

Para la calificación en grado medio razonó el Juzgado de Ibagué así:

"Por lo que hace al grado en que ha de calificarse la delincuencia de los reos, preciso es tener en cuenta que obran en contra de todos como agravantes, el mayor número de personas que concurrieron a su perpetración, comoquiera que obraban en concurso recíproco; y en cuanto a Rafael Munévar y Rafael Niño, su mala conducta anterior a la comisión del delito, pues al folio 80 vuelto consta que han cumplido penas de arresto por delitos contra la propiedad, vagancia y otros. Además, Niño fue sentenciado por el Juzgado Primero Superior y Tribunal de Santa Rosa de Viterbo, como reo del delito de homicidio, a la pena de cuatro y medio años de reclusión, y si bien estas sentencias no pueden hacerse valer para considerarlo como reincidente, no obstante haber sido proferidas dentro de los diez años anteriores a la ejecución del delito por que ahora se le juzga, por cuanto fue considerado como infractor del art. 602 del C. Penal, sí sirve para estimarla como agravante (arts. 117 —numerales 5º y 11—, 140, 143 y 145 del mismo C. Penal).

Como atenuantes solamente puede abonárseles su pobreza e ignorancia, y además, a Siervo Munévar, su corta edad, pues para que lo representara en el juicio hubo de designársele curador, y su buena conducta anterior por no aparecer prueba en contrario".

Los procesados apelaron, y el Tribunal Superior de Ibagué, en sentencia de 18 de diciembre de 1934, que hoy se halla en casación ante la Corte, reformó la del juzgado, en el sentido de calificar en tercer grado la delincuencia de Siervo Munévar y suprimir para él la accesoria de pérdida de los derechos políticos por ser menor de edad; pero aumentándole la sexta parte de la diferencia entre el máximo y el mínimo en atención a la concurrencia en el delito de sus otros dos compañeros. No hubo, pues, modificación para Rafael Munévar y Rafael Niño, y Siervo quedó condenado a seis años, ocho meses de presidio.

Surtidos en la Sala los trámites de regla, se pasa a resolver lo que es del caso.

El señor Procurador, en su vista de fondo, se expresa de la siguiente manera:

"Los reos interpusieron recurso de casación y en un escrito que os dirigen, suscrito por los tres, dan a entender que invocan la causal consistente en la indebida aplicación de la ley penal. Rafael Niño procura fundarla refiriendo a su manera cómo pasaron los hechos, y desconociendo el valor legal de la prueba en que fue reconocido como uno de los circuladores de moneda falsa. Niega además que él fuera compañero o amigo de los Munévar y asegura que el Rafael Niño que aparece con malos antecedentes es persona distinta de la suya, cosa en que parece tiene razón, como luégo se verá.

Rafael Munévar cuenta también las cosas a su manera; afirma que él venía con su hermano en busca de trabajo, y que casualmente se encontró en el camino el tarro con las monedas, sin darse cuenta de que fueran falsas o legítimas; que la persona que lo reconoció a él como falsificador de moneda en rueda de presos, ya lo había conocido cuando fue capturado por la policía, de suerte que estaba en autos y ese reconocimiento carece de valor. Que para la graduación de la delincuencia se funda la sentencia en algunos informes llegados de Bogotá, en los cuales se les hace aparecer como sentenciados por delitos similares, cosa inexacta y la cual trataron de desvirtuar en el término de prueba, procurando su traslado a esa ciudad o solicitando el envío de la ficha antropométrica de los relacionados en el informe, pruebas que no fueron concedidas a pesar de su importancia, ya que se hubiera visto la equivocación en que estaba la justicia. Hablan los recurrentes de la carencia de prueba completa, de la debilidad de los indicios y del rigor excesivo de la sentencia que los condena injustamente. Y se pronuncian sobre todo contra la ca-

lificación de la delincuencia, la cual ha debido hacerse en tercer grado, ya que no hay prueba fehaciente de reincidencias o circunstancias agravantes que superen las atenuantes que obran en su favor. El escrito termina así:

'Por todas estas razones y las que esa honorable Corporación halle en el cuidadoso estudio del expediente, sabrá apreciar que la ley penal ha sido mal interpretada y aplicada, habiendo, consecuencialmente, base legal para casar la sentencia en referencia y, en su lugar, proferir fallo absolutorio en nuestro favor.

En subsidio o gracia de discusión, rogamos se fije la pena mínima relacionada en el artículo 315 del Código Penal, desechando lo que el señor Juez ha querido hacer figurar como agravante y que en realidad de verdad no existe. Así haréis mérito a la justicia y rectitud con que siempre ha obrado esa alta Corporación'.

Considera este Despacho que la sentencia recurrida no ha violado la ley, por cuanto aplicó en general la sanción correspondiente al delito cometido, porque éste quedó demostrado suficientemente en el proceso, y la prueba fue refrendada por el veredicto del Jurado. De suerte que no es el caso de absolver a los reos, como lo solicitan, ni a ello daría lugar la causal alegada. Pero en vista de su memorial, de lo que aparece en el expediente y de la facultad que otorga el artículo 6º de la ley 118 de 1931, este Despacho os pide que caséis parcialmente la sentencia para que bajéis al tercero el grado de delincuencia y pueda disminuírse de ese modo el rigor de la pena, la cual, en ese punto, ha sido aplicada en desacuerdo con la ley. En efecto:

Las circunstancias agravantes que se tuvieron en cuenta para señalar el segundo grado, no existen en realidad por estas razones: el mayor número de personas que concurra a la perpetración del delito, debe considerarse como agravante siempre que se trate de un homicidio, de un robo o de otra infracción de la ley en que la violencia o el temor sean elementos para facilitar su ejecución; pero tratándose de la circulación de unas pocas monedas, el hecho de que fueran dos o tres los que tal hacían, no es, en mi concepto, característico de circunstancia agravante. Pensar lo contrario es ceñirse demasiado a la letra de las disposiciones con perjuicio de la justicia. Cuanto a la mala conducta anterior de Rafael Munévar y Rafael Niño, ella no se ha acreditado en debida forma, pues los informes que contra personas de esos nombres aparecen, no dan la seguridad de que se refieran a los recurrentes de ninguna especie, a pesar de la solicitud hecha por los interesados en tiempo oportuno. Además, hay prueba de que la sentencia dictada contra un Rafael Niño, por homicidio, hace relación a un individuo del mismo nombre fallecido hace años. Si lo dicho es verdadero, resulta evidente que se violaron los artículos 122 y 123 del Código de las penas, por indebida aplicación de los mismos. La pena para los tres recurrentes debe reducirse a seis años de presidio, pues sería absurdo que el menor de edad, Siervo Munévar, pagara ocho meses más".

La Sala observa:

Según lo anota el señor Procurador, la única de las causales de casación invocadas por los recurrentes que puede tener asidero en su favor, es la primera del artículo 3º de la ley 118 de 1931, o sea que la sentencia del Tribunal de Ibagué viola la ley penal, por mala interpretación de ésta o por indebida aplicación de la misma; pero enderezado el problema a la calificación que se hizo de la delincuencia de los tres sindicados en segundo grado, enfrente de las circunstancias que se estimaron como agravantes.

En una palabra, la violación de la ley en cuanto a la aplicación de la pena.

Claro está que la Corte no pretende penetrar en la apreciación de hecho que de los elementos de prueba sobre las circunstancias agravantes verificó el Tribunal de Ibagué; pero es que en el plano del derecho, es decir, cualitativamente, se estimaron por el Tribunal como agravantes, circunstancias que para el caso no surgen en realidad.

La del mayor número de personas que concurrieron a la perpetración del delito (C. P., art. 117, numeral 5º), concepto elástico de suyo, por la dificultad de determinar cuál es ese número, bien observa el señor Procurador que no cabe propiamente en tratándose del hecho imputado a los Munévar y a Rafael Niño, o sea la circulación fraudulenta de unas pocas monedas falsas, sin distribución de actividades entre los delincuentes, coacciones o amenazas.

De esta suerte, ante la situación de duda en que jurídicamente debió sentirse el Tribunal respecto de la aplicación del artículo 123 del Código Penal, o mejor dicho, en lo relativo a la graduación del delito para la aplicación de la pena, teniendo en cuenta el elemento de agravación de la mala conducta anterior de los reos, único que restaba, con

base en documentos que no convergen en forma clara a esas personas, lo procedente era la calificación más benigna de la delincuencia, en grado tercero, de conformidad con el artículo 129 del propio código.

La Sala estima, pues, que la solución distinta dada por el Tribunal de Ibagué en este punto de la aplicación de la pena, significa una violación de los referidos artículos 123 y 129 del Código Penal, y de consiguiente la sentencia recurrida debe infirmarse en virtud de la causal 1ª del art. 3º de la ley 118 de 1931 invocada por los recurrentes y el señor Procurador, dictándose por la Corte la que ha de reemplazarla (art. 4º de la citada ley).

Caben las mismas razones en lo relativo al aumento de ocho meses de presidio que se impuso a Siervo Munévar.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el parecer del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, invalida la sentencia de diez y ocho (18) de diciembre de mil novecientos treinta y cuatro (1934), proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, por la cual se imponen a Rafael Munévar y a Rafael Niño ocho años de presidio, y a Siervo Munévar seis años ocho meses de la misma pena, y en su lugar condena a cada uno de estos tres procesados a sufrir la pena de seis (6) años de presidio que cumplirán en la penitenciaría que el Gobierno designe, computándoseles como parte cumplida de esta pena el tiempo que los procesados hayan permanecido en detención o prisión preventiva.

Condénase, además, a Rafael Munévar y a Rafael Niño a la pérdida de todo empleo público y de toda pensión, y a la privación de los derechos políticos.

Y a todos tres se les condena a pagar a la nación una multa igual a la décima parte del valor libre de sus bienes, a la pérdida, a favor del Estado, de la moneda falsa que se les aprehendió, y al pago mancomunado de las costas procesales.

Por el juzgado de origen se dará cumplimiento al artículo 16 del decreto número 944 de 1934, para los fines de la anotación de la sentencia en lo relativo a la privación de los derechos políticos en el censo electoral permanente del domicilio de Rafael Munévar y Rafael Niño.

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

Pedro Alejo Rodríguez, José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias. Alberto Malo B. Srio. en ppd.

DELITO MILITAR

El funcionario instructor militar no tiene propia y estrictamente jurisdicción militar, y no le es por tanto, aplicable lo dispuesto para el caso de "incompetencia de jurisdicción". En los procesos militares, en que la Corte es un Tribunal SUI GENERIS de segunda instancia, por virtud de la ley 84 de 1931, no le es lícito variar la calificación hecha por el Consejo de Guerra sobre la culpabilidad o inocencia del acusado. A la pena más grave de presidio en la escala del Código Penal ordinario corresponde, en tratándose de delitos militares, como más grave, la de "reclusión militar". (Art. 126, ley 84 de 1931), y la accesoria correspondiente no es la de "separación del servicio", sino la de "destitución".

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, veintiocho de febrero de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo)

Al Consejo de Guerra reunido en Ipiales para decidir de la causa contra los soldados Luis I. Pantoja y José A. Villaquirán, sindicados del delito de robo perpetrado en el almacén general del Comando del Grupo de Caballería "Cabal" Nº 3, acantonado en la citada ciudad, y a cuya unidad del ejército pertenecieron los acusados, propuso el presidente del mismo Consejo los siguientes cuestionarios para cada uno de los acusados:

"1.—Existe para el soldado... si o no, imputabilidad en el delito de robo de elementos de vestuario y equipo afectos al servicio del ejército" (delito contra la propiedad), y consistente en haber sacado del almacén general del Grupo en el edificio del Comando, siete calzoncillos, cuatro pares de cotizas, dos cantimploras, dos forros de colchón, tres limpiones de tela, diez y seis pares de medias, seis pantalones largos de dril y cuatro cartuchos de instrucción, para lo cual, y valiéndose de un cajón colocado en la puerta de esa dependencia, la escalaron, habiéndose repartido luégo proporcionalmente dichas prendas, que fueron depositadas en el taller de talabartería, en donde fueron halladas en la requisa que se practicó para buscar los elementos que hacían falta en dicho almacén, y conforme al auto de proceder de fecha veinte de mayo de mil novecientos treinta y cinco?"

"2.—Es responsable, sí o no, el soldado... del delito de robo de elementos de vestuario y equipo afectos al servicio del ejército" (delito contra la propiedad), en las circunstancias relatadas en la primera pregunta y conforme al auto de proceder de fecha veinte de mayo de mil novecientos treinta y cinco?"

Los vocales del Consejo contestaron a las preguntas referentes a cada uno de los sindicados, afirmativamente y de modo unánime.

Sobre este veredicto se profirió la sentencia de fecha tres de julio de mil novecientos treinta y cinco, la cual los condenó a la pena principal de doce meses de presidio, "en concordancia con el artículo 782 del Libro III, Título III, Capítulo 1º del Código Penal, más una tercera parte, al tenor de lo dispuesto en el artículo 222 del Código Militar", o sea, un total de diez y seis meses, y a la pena accesoria de separación del servicio.

Contra la sentencia citada interpusieron, tanto los reos como sus defensores, recurso de nulidad, del cual pasa a ocuparse la Sala.

Dicen los recurrentes:

"Incompetencia de jurisdicción

Así como fuéra de los cuarteles hay funcionarios de instrucción permanentes, que entre otros lo son los señores prefectos de provincia, los alcaldes, los jueces de circuito, los municipales, etc., también dentro de los cuarteles hay funcionarios de instrucción permanentes. Para los individuos de tropa, ellos son los indicados en los tres primeros incisos del artículo 41 de la ley 84 de 1931, que es como decir: a)—los encargados del detall; b)—los ayudantes; y c)—los oficiales adjuntos o de estado mayor de las unidades superiores (división o brigada).

"Pues bien; nada de eso ha sido en este grupo de caballería "Cabal" Nº 3 el señor subteniente don Jorge E. Villamizar, porque en todo tiempo fue oficial de filas del 2º escuadrón. Lógicamente, dicho señor subteniente nunca ha sido en este grupo funcionario de instrucción.

"Todo se redujo a que el señor comandante encargado del grupo, mayor don Luis Silva Gómez, le dio al subteniente Villamizar el encargo de iniciar y perfeccionar el sumario. Pero como nadie, ni el más eminente y esclarecido personaje de la república le puede dar jurisdicción a quien por ley no la tiene, es claro y es obvio que el encargo del Mayor Silva Gómez no hizo ni pudo hacer del subteniente Villamizar un funcionario de instrucción.

"Inútil alegar contra esto, que como en los señores comandantes es potestativo nombrar ayudantes, aun de manera simplemente verbal, el susodicho subteniente Villamizar sí fue funcionario de instrucción dentro del cuartel, supuesto que el señor comandante Silva Gómez le dio el encargo de iniciar y perfeccionar un sumario contra los sindicados Luis I. Pantoja y José A. Villaquirán M.

"No, eso no se puede decir. La facultad de hacer sumarios es una de las atribuciones que tiene todo ayudante, porque todo ayudante es funcionario de instrucción, y si el subteniente Villamizar hubiera sido nombrado ayudante por el mayor Silva Gómez, nada tendríamos que decir. Mas es el caso que eso no sucedió. El señor subteniente Villamizar no fue nombrado ayudante, sino que simplemente se le dio la comisión de instruír el sumario, y esto, como es claro, no lo convirtió en ayudante. Prosiguió sin serlo, y como sin ser ayudante no era funcionario de instrucción, tenemos que el sumario fue de todos modos instruído por un simple particular, porque lo fue por quien no tenía jurisdicción para ello.

"....

El señor Procurador opina por su parte así:

"....
....
....

"Considero, pues, que no es el caso de declarar nulo el juicio por las razones que dan los recurrentes. Pero sí debe reformarse la sentencia en el sentido de aumentar la pena de presidio en lo que corresponde, dadas las disposiciones que en ella misma señaló como aplicables, fijando también las accesorias pertinentes. Esta petición se funda en que el fallo habla de que existen circunstancias agravantes y atenuantes, lo que supone que la delincuencia queda fijada en segundo grado, de acuerdo con el artículo 124 del Código Penal. En cambio, debe suprimirse la pena accesoria de separación del servicio, que no corresponde al caso".

La Corte considera:

Respecto de la incompetencia de jurisdicción que alegan los recurrentes o defensores de los reos y que proponen como un caso de nulidad en todo lo actuado en el sumario, por haberlo instruído un oficial de la misma unidad militar que no tenía el carácter de "ayudante", no encaja en la causal 1ª del artículo 111 de la ley 118 de 1931, por cuanto que no constituye un verdadero caso de "incompetencia de jurisdicción", desde luego que es imposible calificar al subteniente Jorge E. Villamizar de simple particular que se hubiera entrometido en la instrucción del sumario sin antecedentes de ninguna clase, siendo así que, como miembro en servicio activo dentro de la unidad o cuerpo militar a que pertenecen los delincuentes y dentro del cual se cometió el delito por que se les sindicó, no era un extraño.

Además:

Si considerado el concepto en abstracto, jurisdicción es lo mismo que imperio o autoridad, el funcionario instructor la tiene, puesto que puede hacer comparecer testigos y peritos, conminarlos con multas, y algo más, decretar la detención preventiva de los sindicados y concederles excarcelación, todo lo cual es ejercicio de autoridad; pero si se aprecia el asunto ante la ley positiva, "la jurisdicción militar es la facultad de administrar justicia" (art. 6º de la ley 84 de 1931), y como el simple funcionario instructor no administra justicia sino que prepara los documentos para que el tribunal competente la administre, dicho funcionario instructor no tiene propia y estrictamente jurisdicción y no le es, por tanto, aplicable lo dispuesto para el caso legal de "incompetencia de jurisdicción";

No es jurídico ni lógico presumir que quien actúa como funcionario en un juicio carezca de tal carácter; quien lo impugne tendrá que probarlo; y en el presente caso apenas obra en el expediente la afirmación, muy respetable pero carente de fuerza legal probatoria, de los señores defensores militares de los procesados. Con el mismo derecho con que se desconociera la calidad oficial del funcionario instructor podría desconocerse también, por ejemplo, la del comandante o encargado del comando, y quizá con razones valederas. Y es necesario convenir en que ese procedimiento desbarataría todo el engranaje de autoridades superiores e inferiores;

Si el funcionario instructor ha sido indebidamente designado por el Comandante, podría anularse la designación en juicio especial y hasta exigirse responsabilidad a di-

cho comandante por el acto ilegal del nombramiento, pero la anulación misma de éste quizá no llegaría a viciar el procedimiento incoado ante dicho funcionario, supuesto que él sí tenía carácter militar y que fue designado por el Comandante.

Por lo demás, los defensores militares de los procesados no sólo tenían el derecho sino el deber, que ciertamente han cumplido con inteligencia y celo, de buscar y alegar los defectos de procedimiento y de fondo que vicien el juicio o que impongan a los jueces una decisión favorable a los procesados.

Prueba de que esta Sala de la Corte reconoce y aplaude el fervor con que han trabajado los defensores militares, es el hecho de entrar, en este fallo, a hacer un análisis detenido de los argumentos puestos por la defensa tanto respecto del punto que se deja estudiado, nulidad en el procedimiento, como por lo que hace a la otra cuestión que fue materia de alegatos ante el Consejo de Guerra:

Mala aplicación de la ley

En el alegato presentado por los defensores militares ante los miembros del consejo de guerra después de haber éste fallado el asunto, alegato que tiene, por consiguiente, la intención de que la Corte Suprema lo considere, dicen los señores defensores que se aplicó mal la ley en este proceso porque no habiendo alcanzado a salir los objetos materia del delito de la casa donde estaban guardados, no hubo delito consumado sino mera tentativa; y que como los sindicados desistieron de su intento delictuoso después de haber sacado del depósito los objetos y como los dejaron en otro sitio dentro de la misma casa donde se hallaban guardados, se trata de una tentativa no punible, al tenor del primer inciso del artículo 8º del Código Penal.

Y para respaldar la tesis jurídica se apoyan en la respetable autoridad del doctor José Vicente Concha, citando al efecto una parte del tratado de Derecho Penal, en que aquel expositor presenta como más probable la opinión de que el hurto y el robo no se reputan perfeccionados mientras el delincuente no haya transportado la cosa o al menos la haya sacado de la casa dentro de la cual la tenía el dueño.

No puede negarse que los señores defensores plantearon hábilmente su argumentación sobre tentativa con desistimiento voluntario. Pero como la Sala no está resolviendo el asunto con carácter de Corte de casación sino como tribunal de segunda instancia sui generis para procesos militares por virtud de la ley 84 de 1931, tiene que limitar su estudio de acuerdo con lo que dispone el artículo 112 de dicha ley, que dice: "... la Corte resolverá como tribunal de derecho en cuanto a la aplicación de la pena, siéndole prohibido variar la calificación hecha por el consejo de guerra respecto de la culpabilidad o inocencia del acusado".

Si la Corte, al revisar el fallo del consejo de guerra, decidiese que los procesados no son responsables por cuanto apenas incurrieron en una tentativa y que desistieron de ella voluntaria y manifiestamente, variaría con ello la declaración de responsabilidad, o sea "la calificación hecha por el consejo de guerra respecto de la culpabilidad o inocencia del acusado", contra lo que previene la ley. Como lo observa el señor Procurador General de la Nación, "el art. 111 citado señala como motivo de nulidad hacer una errónea aplicación de la pena legal, cosa diferente, pues esto se refiere a la pena que corresponda según el propio veredicto del consejo de guerra, y la Corte está facultada para corregir el error".

Más bien pudiera entrar la Corte en el examen de si la pena imponible, al tenor de lo dispuesto por el art. 222 de la ley 84, es la que señala el art. 782 del Código Penal, como estimó el sentenciador, o si ha debido considerarse y calificarse de hurto el delito y, en consecuencia, aplicarse la pena de que trata el art. 795 del Código Penal. Si no se tratara de un delito y de un juicio militares, habría que entrar en el estudio de ese punto, pues si el delito se cometió sin la intervención de verdadera violencia (y el dictamen pericial de folio 32 es muy deficiente para aclarar ese punto), entonces podría tacharse de mal aplicada la ley penal por haberse impuesto la que determina la ley para cierta especie de delito, habiendo debido aplicarse más bien la que estatuye para otro. Pero la cuestión carece de importancia práctica tratándose de asunto militar, porque los delitos de hurto y robo están tratados promiscuamene y castigados con la misma pena, en el Título VIII del libro tercero de la ley 84 de 1931, y de consiguiente no cabría reparo alguno, en este caso concreto, sobre el posible error en la determinación genérica del delito.

Sin embargo, es indispensable observar que la procitada ley "de justicia militar" no establece la pena de presidio que ha sido aplicada en este caso y por referencia al Código Penal ordinario. Como el presidio es

la pena más grave en la escala del Código Penal común, tratándose de militares debe aplicarse la que sea más grave en la escala penal militar consignada en la ley sobre la materia, a saber: "la reclusión militar" (art. 126 de la ley 84); y que la accesoria correspondiente no debe ser la de simple "separación del servicio" que impuso la sentencia, sino la de "destitución", como lo previene el inciso 2º del artículo 130 de la misma ley.

El hecho de respetar la Corte el fallo dado por el consejo de guerra, en virtud de expreso mandato legal, y de abstenerse de anular la causa por carencia de pruebas sobre los motivos de posible anulación, no impide que esta Sala llame la atención de los funcionarios militares hacia las irregularidades que pueden notarse en el expediente, como son la de proponer cuestionario doble para cada acusado, siendo así que la ley sólo manda que se proponga uno cuando de un solo cargo se trate (arts. 298 de la ley 57 de 1887, 79 de la ley 100 de 1892, 47 de la ley 169 de 1896); y sobre otra que no resulta del expediente pero que puede mencionarse sobre la palabra de los oficiales defensores, a saber: la defectuosa designación de funcionario instructor, de la cual se podría haber reclamado ante el superior competente (arts. 21 y 41 de la ley 84).

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de casación en lo criminal, oído el parecer del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, reforma la sentencia apelada y consultada, en el sentido de imponer a los soldados Luis I. Pantoja y José A. Villaquirán, en vez de la pena de presidio que se les aplicó en la sentencia del consejo de guerra, la de reclusión militar, por el mismo tiempo señalado en la sentencia que se revisa, o sea por diez y seis meses, pena que, por consiguiente, cumplirán en los términos prescritos por el artículo 131 de la ley 84 de 1931; y de imponerles como pena accesoria la de destitución del servicio. Como parte cumplida de la reclusión militar se les computará todo el tiempo que hayan estado detenidos por motivo de este proceso.

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

Pedro Alejo Rodríguez, José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Alberto Mafo Baños, Srio. en ppd.

HOMICIDIO

Para que prospere el recurso de casación por haberse aplicado en la sentencia el artículo 600 en vez del inciso 2º del artículo 602 (del C. P.), es necesario que en el cuestionario propuesto al Jurado se haga especial mención de alguna de las circunstancias contempladas por los numerales 1o., 2o., 4o., 5o. o 7o. del artículo 587; o que si el cuestionario se formula sin aludir a ninguna de aquellas circunstancias, el jurado, al dar su respuesta, haya afirmado la existencia de alguna de ellas. El hecho de haberse usado para el homicidio de garrote, en vez de otra arma, no puede servir en casación para sustentar la tesis de que se trataba de un delito preterintencional, ya porque se sale del campo propio de la casación, ya porque es cuestión que debió ser debatida en las instancias del juicio. Para proferir el jurado su veredicto no está limitado por normas legales sobre la apreciación de las pruebas. Juzga y falla, verdad sabida y buena fe guardada. La circunstancia de que un veredicto no sea evidente, esto es, que no subyugue la mente por el esplendor de la verdad que encierre, no implica que sea "contrario a la evidencia".

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, dieciocho de marzo de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo)

Contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo el veinticuatro de enero de mil novecientos treinta y cinco interpuso recurso de casación el doctor Nazario C. Moreno Herrera, defensor del procesado Argemiro Avella. Dicha sentencia, que califica en el tercer grado o más benigno la delincuencia, confirmó el fallo del juzgado 1º superior de aquel distrito judicial, fallo que impuso al procesado la pena de seis años de presidio y las accesorias correspondientes. Tanto el juzgador de primera instancia como el Tribunal sentenciador cuyo fallo ha venido en casación, consideraron que las disposiciones legales aplicables en el caso de este juicio son los artículos 587 (numeral 6º) y 600 del Código Penal.

Agotados los trámites del recurso de casación, se procede a estudiarlo para resolver.

El memorial en que se interpone el recurso propone como causales la 1ª y la 5ª del artículo 8º de la ley 118 de 1931, y en el término del traslado concedido por este despacho se presentó a la Sala un alegato que amplía y sustenta dichas causales. Dentro del mismo término el reo confirió poder para que lo represente ante la Corte al doctor Miguel Domínguez, quien presentó otro extenso alegato: aunque este último no llegó en la oportunidad legal, la Corte lo ha estudiado y procede a analizarlo.

Causal 1ª—Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ésta o por indebida aplicación de la misma.

El señor defensor del recurrente sustentó esta causal diciendo:

"El prenombrado honorable Tribunal, al imponerle a Avella la pena de seis años de presidio, ha pretendido que cuando el jurado contesta con un sí el cuestionario, debe imponerse en todo caso al enjuiciado la pena de seis a doce años de presidio, sin tener en cuenta que cuando se trata de homicidios voluntarios de los menos graves, como el presente, se debe imponer una pena menor de seis años de presidio, una pena de tres a seis años de reclusión, como lo estatuye terminantemente el artículo 602 del C. P. Pues en el presente caso, en el supuesto de que mi defendido dicho fuera responsable del referido delito de homicidio —que no lo es, como lo demostraré hasta la saciedad al tratar de la segunda causal—, la pena que merecería sería la que determina el aludido artículo 602 del referido C. P., y no la que señala el 600 de la misma obra; es decir, la de tres a seis años de reclusión, y no la de seis a doce años de presidio. En efecto, aquel artículo dice:

'Si el homicidio se cometiere en una riña promovida por el que murió, ya directamente o ya por medio de ofensas, agresiones, violencias, injurias o deshonras graves, de las que excluyen la premeditación, causadas a su contrario, para que éste provoque la riña, siempre que no haya traición o alevosía por parte del homicida, la pena será de tres a seis años de reclusión. Lo propio se aplicará a los delitos que a juicio del juez sean menos graves, entre los definidos en los numerales 1º, 2º, 4º, 5º y 7º, del artículo 587, que no sean objeto de disposición especial'.

Al jurado convocado y reunido en legal forma propuso el juez 1º superior del distri-

to judicial de Santa Rosa de Viterbo la siguiente cuestión:

"El acusado Argemiro Avella, mayor de edad y natural de Tibasosa, es responsable de haberle dado muerte, con intención y voluntariamente, a José Pérez Sanabria, a consecuencia de fracturas del cráneo producidas por un fuerte golpe de arma contundente, hecho ocurrido en las primeras horas de la noche del trece de julio de mil novecientos treinta y tres, en las cercanías de la casa de los Avellas, en la vereda de Ayalas de la jurisdicción del ya citado municipio?"

"Sí", fue la respuesta unánime del Jurado, el cual no agregó explicación alguna.

El señor Procurador General de la Nación ha emitido concepto adverso al presente recurso, y pide que se mantenga en firme la sentencia recurrida. En la vista correspondiente contradice los argumentos alegados por los señores patronos del recurrente, y hasta hace un prolijo relato de los hechos que motivaron el proceso y un interesante análisis de algunas de las pruebas principalmente atacadas por los señores abogados.

Tales relatos y análisis eximen a la Corte de repetirlos en esta sentencia, la cual habrá de limitarse al estudio de la cuestión de derecho respecto de cada una de las dos causales invocadas.

Por mandato del artículo 47 de la ley 169 de 1896, el juez enunciará en el cuestionario el hecho materia de la causa, "conforme al auto de proceder, determinando las circunstancias que lo constituyan". Si, pues, el juzgado de primera instancia formuló un cuestionario en que fuera de las circunstancias de modo, tiempo y lugar no se menciona ninguna otra que pueda modificar el carácter de simplemente voluntario en el homicidio que es materia de la sentencia; y si el Jurado, que, de acuerdo con el artículo 48 de la ley 169 de 1896, podía haber explicado en su respuesta o agregado cualquiera circunstancia, no lo hizo así, tampoco era el caso de que el juez hubiese ejercitado la facultad que le otorga el 2º inciso del artículo 602 del Código Penal. Este inciso autoriza al juez para aplicar una pena mitigada cuando se trate de uno de los menos graves entre los definidos en los números 1º, 2º, 4º, 5º y 7º del artículo 587, que no sean objeto de disposición especial.

Pero en la sentencia recurrida, ¿a qué título podía colocarse el homicidio precisamente en el ordinal 1º, o en el 2º, o en el 4º, o en el 5º o en el 7º? ¿Por qué no considerar que a este caso conviene más bien el ordinal 6º? La determinación del juez o del Tribunal en el sentido de catalogar el homicidio de que trata el proceso en uno u otro de los numerales del artículo 587 habría sido arbitraria.

Para que prospere el recurso de casación por haberse aplicado en la sentencia el artículo 600 en vez del inciso 2º del artículo 602 es necesario que en el cuestionario propuesto al jurado se haga especial mención de alguna de las circunstancias contempladas por los numerales 1º, 2º, 4º, 5º o 7º del artículo 587, o que si el cuestionario se formula sin aludir a ninguna de aquellas circunstancias, el jurado, al dar su respuesta haya afirmado la existencia de alguna de ellas.

Como en el caso que se estudia no ocurre ninguno de estos dos eventos, ni el juez ni el Tribunal podían usar la facultad conferida por el inciso 2º del artículo 602 del Código Penal.

El señor defensor propuso, para fundar el recurso, este otro argumento:

"Si Avella (el procesado) fuera responsable, lo sería de un homicidio contado entre los menos graves de que trata el ordinal 2º del artículo transcrito, desde el momento en que el arma no es de las que ordinariamente matan. Un garrotazo no es siempre mortal. Generalmente produce contusiones, algunas veces heridas, rara vez mortales".

Tal argumento pudo haber servido en las instancias para sustentar la tesis de que se trataba de un delito preterintencional, por ejemplo, del delito de heridas o de homicidio involuntario; pero calificado en firme, desde el auto de proceder, como homicidio voluntario, el empleo de garrote en vez de otra arma puede ser circunstancia atenuante, pero no alcanza a ser una de las circunstancias modificadoras que contemplan los diferentes numerales del artículo 587.

Además, este argumento propone apenas una cuestión de hecho del proceso, que habría sido debatible en las instancias pero que se sale del campo propio de la casación.

No puede, pues, prosperar la 1ª causal de casación alegada.

La otra causal de casación invocada es la 5ª de la ley 118 de 1931: "Ser la sentencia violatoria de la ley, por haberse dictado sobre un veredicto viciado de injusticia notoria..."

El señor apoderado del recurrente ante la Corte desarrolla, en las cuatro primeras páginas de su alegato, una argumentación que puede resumirse así:

El artículo 1656 del Código de Procedimiento criminal dispone que a nadie se pue-

de condenar sin plena prueba del hecho punible y de la criminalidad o culpabilidad del acusado; todos los ciudadanos deben conocer y cumplir la ley; los jurados están obligados a conocer y aplicar la disposición del artículo 1656 del Código Judicial; de donde concluye que "es notoriamente injusto todo veredicto que no se ajusta a la plena prueba del cuerpo del delito y de la culpabilidad o responsabilidad del acusado".

Claro está que el señor apoderado no presenta la tesis en esta forma tan sencilla, sino que se vale de algunos rodeos al proponerla. Pero en sentencia es como se deja enunciada y la verdad es que la simple enunciación sirve para refutarla.

Tratándose del juicio por jurado, la prueba para condenar es el veredicto del jurado. Y el jurado, para proferirlo, no está limitado por normas legales sobre la apreciación de las pruebas.

Juzga y falla verdad sabida y buena fe guardada.

El artículo 304 de la ley 57 de 1887, que contiene una "instrucción" a los miembros del jurado, sienta estos principios de manera tan clara, explicada y enfática, que no permite insistir sobre el punto, y que puede resumirse en la frase con que comienza dicha "instrucción":

"La ley no pide cuenta a los jurados de los medios por los cuales llegan a adquirir el convencimiento.

Por otra parte: si el jurado no tuviere esta indefinida facultad de apreciación, el hecho de que profiriera un veredicto sin sujetarse a las reglas legales sobre pruebas podría implicar un caso de ilegalidad del veredicto, no de injusticia notoria.

Tanto en el alegato del señor defensor como en el del señor apoderado ante la Corte se hacen prolijos análisis críticos de las pruebas que obran en el sumario, que pueden compendiarse así:

a)—El único testimonio de testigo presencial es el del declarante Támara, y siendo único no puede formar plena prueba;

b)—La declaración de Nemesio Becerra fue recibida de modo irregular, y está infirmada por las de Leonidas Becerra y Jesús Rondón, quienes dicen que aquél no estuvo en compañía de ellos la noche de los acontecimientos.

El señor apoderado del recurrente ante la Corte combate el indicio resultante de un altercado entre el matador y la víctima, diciendo que la noche de autos apenas mediaron palabras que, aun cuando soeces, son las usuales en disputas o conversaciones de personas como las que actuaron en el hecho materia de este proceso.

E insiste en que la parte acusadora produjo declaraciones ad-hoc, como la de Nemesio Becerra, y en que algunos de los declarantes son embusteros y falsos testigos.

Todas estas alegaciones, muy importantes para las instancias del juicio, no pueden ser tenidas en cuenta al fallar el recurso de casación, porque ellas, suponiendo que todas fuesen aceptables, concurrirían a demostrar que el jurado pudo haberse equivocado.

Pero hay notable diferencia entre estos dos conceptos: veredicto posiblemente erróneo y veredicto notoriamente injusto.

El artículo 50 de la ley 169 de 1896 dice: "Si a juicio del juez las resoluciones del jurado fueren contrarias a la evidencia, declarará injusto el veredicto..."

La circunstancia de que un veredicto no sea evidente, esto es, que no subyugue la mente por el esplendor de la verdad que encierre, tampoco implica que tal veredicto sea "contrario a la evidencia".

Sobre este punto dice el señor Procurador General de la Nación, en el concepto que ha rendido sobre el presente recurso:

"Podrá haber injusticia notoria, es decir, evidente, incuestionable, en el veredicto de un jurado que cuenta con tales elementos de convicción para llevar a su ánimo la certeza moral, ya que la ley no le exige que se someta a un cartabón de pruebas, como si se tratase de jueces de derecho? La honorable Corte ha sostenido siempre que no hay contraevidencia en un veredicto que se apoya en indicios de cualquiera especie".

En el caso de que se trata pueden ser discutibles los fundamentos, las razones o las pruebas que el jurado pudo tener en cuenta para dar su veredicto; pero eso mismo, el hecho de tratarse de un punto discutible y con tanto ahínco discutido por los señores abogados del procesado, hace ver que el veredicto no es notoriamente injusto.

Y de consiguiente, tampoco puede prosperar esta 5ª causal de casación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, por medio de su Sala de casación en lo criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara

que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia que ha sido materia de este recurso.

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

Pedro Alejo Rodríguez, José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Alberto Malo Baños, Srio. en ppd.

EL RECURSO DE CASACION SOLO PROCEDE CUANDO EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SE HA IMPUESTO PENA QUE SEA O EXCEDA DE SEIS AÑOS

El hecho de que la ley otorgue al Ministerio público el recurso de casación, no quiere decir que pueda concederse contra sentencias absolutorias o imposítivas de pena inferior a seis años. La casación requiere un límite o cuantía en los asuntos que deban ser materia de él. Hay que buscar ese límite en la pena impuesta en las sentencias de los Tribunales y no en la escala de castigos del código. Gramaticalmente es claro el tanto del artículo 1º de la ley 78 de 1923. La interpretación contraria conduciría a que también hubiera que dar por existente el recurso para el reo condenado a menos de seis años en delitos en donde cupiera una pena mayor de conformidad con el código. La casación no tiene por finalidad dirimir el litigio en los negocios civiles, ni juzgar al reo en los procesos penales, sino confrontar la estricta aplicación que de la ley se haya hecho en las sentencias de los Tribunales.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, marzo veintisiete de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez)

En sentencia de 12 de noviembre de 1934, el Juzgado 3º Superior de Bogotá condenó a Rosa María Segura, previa calificación de la delincuencia en el grado menor y con aplicación de los artículo 587, 600 y 618 del código penal, a siete años y medio de presidio, por el delito de homicidio en una hija suya (infanticidio), a quien mató en el momento de darla a luz.

Dicho fallo subió en consulta al Tribunal, donde en providencia de 13 de marzo de 1935, se reformó en el sentido de reducir a dos años de prisión la pena corporal impuesta en primera instancia a la acusada, considerando que era el caso de aplicar el artículo 616 del código penal.

No obstante la respuesta simplemente afirmativa dada por el jurado al cuestionario que le fue sometido por el juez, el Tribunal entró en la apreciación de factores modificativos de la responsabilidad, y castigó a la Segura en el supuesto de que ésta realizara el matamiento de su hija menor de tres días, para ocultar su deshonra.

El señor Fiscal 2º del Tribunal interpuso recurso de casación, pero allí se le negó en auto que pasa a copiarse:

"El art. 1º de la ley 78 de 1923 dice:

'Establécese el recurso de casación en asuntos criminales, contra las sentencias definitivas que pronuncien en última instancia los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y de las cuales resulte al reo la imposición de una pena que sea o exceda de seis años de presidio, reclusión o prisión'.

La sentencia definitiva, objeto del recurso, impuso la pena de dos años de prisión. ¿Es procedente el recurso de casación contra una sentencia que impone dos años de prisión? El citado art. 1º se refiere a las sentencias definitivas dictadas por el tribunal, 'de las cuales resulte al reo la imposición de una pena que sea o exceda de seis años de presidio, reclusión o prisión'. La ley 78 no concede, pues, recurso contra sentencias definitivas que impongan dos años de prisión; luego la presente sentencia, que es definitiva y que impone dos años de prisión, no es de las sujetas al recurso. Al señor Fiscal le queda abierto el recurso de hecho (art. 8º de la misma ley)".

Recurrió de hecho el señor Fiscal ante la Corte, y esta Sala, integrada entonces por el respetable e ilustrado personal cuyas funciones terminaron el 30 de abril de 1935, le concedió el recurso de casación en proveído que lleva fecha 29 de los citados mes y año.

Llegados así los autos, el recurso se tramitó ante los nuevos magistrados de la Sala; y puesto que la sustanciación está agotada, se procede a resolver lo que es del caso.

Sostenía la Sala anterior que es admisible el recurso de casación en procesos referentes a delitos castigados en el código con pena corporal que sea o exceda de seis años, pero que culminaron en sentencia absolutoria, o en donde se impuso una condenación menor. Se transcriben a continuación dos de las providencias en que aparece consignada esa tesis de la Corte, advirtiendo que la primera hace parte del auto por medio del cual se concedió el recurso de hecho en el presente negocio de Rosa María Segura.

Auto de 30 de enero de 1933

"El Juzgado 2º Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha agosto once del año próximo pasado y en desarrollo del veredicto pronunciado por el respectivo jurado de calificación, condenó a Heliodoro Marín como responsable de haber dado muerte voluntariamente a Waldo Pacheco, a la pena principal de veinte años de presidio y a las accesorias correspondientes. Apelada la sentencia anterior, fue reformada por el Tribunal, disminuyendo a tres años de reclusión la pena principal.

Contra el fallo del Tribunal interpuso recurso de casación el Fiscal 2º de esa entidad, el cual le fue negado en auto de fecha noviembre diez y nueve del mismo año próximo pasado y contra aquella providencia interpuso recurso de hecho el mencionado fiscal, el cual pasa a resolverse, advirtiendo, como se advierte, que las peticiones se hicieron dentro de los términos que señala la ley.

El mencionado Agente del Ministerio Público sostuvo, al interponer el recurso de casación ante el Tribunal, que la ley 118 de 1931 'no distingue al otorgar el derecho para interponer el recurso la clase de pena que se haya aplicado a los responsables. Y al referirse a esa afirmación, contesta el Tribunal diciendo que el artículo 1º de la ley 78 de 1923, que establece el recurso de casación en asuntos criminales 'contra las sentencias definitivas que pronuncien en última instancia los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y de las cuales resulte al reo la imposición de una pena que sea o exceda de seis años de presidio, reclusión o prisión', no quedó modificado ni reformado en manera alguna por la mencionada ley 118 de 1931, pues si se aceptara la tesis del Fiscal, agrega el Tribunal, se tendría 'que hasta los fallos sobre riña castigables con pequeños arrestos, serían objeto del recurso de casación'.

En el memorial que el Fiscal dirige a la Corte para sostener el recurso, invoca un argumento distinto, o sea el de que 'el art. 1º de la ley 78 de 1923 debe interpretarse en el sentido de que el recurso de casación se concede contra toda sentencia de la que pueda resultar una pena de seis años, pues la inflexión verbal 'resulte al reo' que emplea el artículo no equivale a que se hubiera impuesto dicha cantidad de pena, sino que al aplicar en la sentencia correctamente la ley penal, debe resultarle al reo la pena de seis años o más de presidio, reclusión o prisión, lo cual está en armonía con la primera causal de casación que consagra el ordinal 1º del artículo 3º de la ley 118 de 1931; y, en el caso a que se refiere el recurso, se trata precisamente de una sentencia en la cual aplicando acertadamente la ley penal, le corresponde sufrir al reo la pena de seis años de presidio.

No hay duda que el Tribunal tuvo razón al sostener que el art. 1º de la ley 78 de 1923 no quedó reformado ni derogado por la ley 118 de 1931, pues ésta tuvo por principal objeto reformar lo existente en cuanto a los motivos o causales de casación, y el artículo final de esta última ley, claramente especificó cuáles de las disposiciones de la ley 78 de 1923 quedaban reformadas, y entre ellas no se encuentra el mencionado art. 1º, que fija un necesario límite en cuanto a las sentencias que dan origen al recurso de casación, pues de lo contrario toda condenación, por insignificante que fuera la pena que se impusiera, daría lugar a él, lo que hoy por hoy es inadmisible.

Mas si bien es cierto que ese art. 1º señala límite, también es cierto que de sus términos se desprende el derecho que asiste a un Fiscal para interponer un recurso en casos como el de que ahora se trata. En efecto: contra las sentencias definitivas que pronuncien en última instancia los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, dice esa disposición, y de las cuales resulte al reo una pena que sea o exceda de seis años de presidio, reclusión o prisión, habrá lugar al recurso de casación. No dice ese artículo que la pena que se haya impuesto en esa clase de fallos, sea o exceda de seis años de presidio, reclusión o prisión, sino que habla 'de las cuales resulte al reo' y ese término resulte puede depender, y depende principal-

mente de lo que establezca la ley penal, que es la que define el delito y señala la pena correspondiente, es decir, resultarle, de acuerdo con esa ley penal, una pena que sea o exceda de seis años de presidio o reclusión, no hay duda que hay lugar al recurso interpuesto.

Si lo anterior puede deducirse de los términos de la disposición que se examina, con mayor razón debe imponerse esa conclusión consultando su espíritu, cual es de que los intereses sociales y de justicia, ya digan relación en cuanto al derecho que tiene la comunidad para reclamar el mayor acierto en la imposición de las sanciones contra los perturbadores de su orden y seguridad, ya en cuanto al particular sindicado de delito para obtener la mayor garantía en el juzgamiento y examen de su conducta, tengan el más eficaz cumplimiento y desarrollo.

Las últimas leyes que se han dictado de carácter penal y procedimental le han ido debilitando a la sociedad ciertas garantías de defensa; si a esto se agrega el poderoso incremento de la criminalidad, principalmente en algunas regiones del país, forzoso es concluir que cuando un Agente del Ministerio Público, a quien directamente está encomendada esa defensa social, considera que a un determinado delincuente debe imponérsele una penalidad que sea o exceda de seis años de presidio, reclusión o prisión, debe otorgársele los medios adecuados para que llene cumplidamente ese fin.

Así como se han estudiado demandas de casación, interpuestas por Agentes del Ministerio Público, en uso de la facultad concedida por el art. 4º, numeral 1º de la ley 78 de 1923, que no hace distinción alguna, en que habiéndose impuesto por los Tribunales una penalidad de seis años o más, esos funcionarios han sostenido y alegado que la pena debía ser mayor, con la misma lógica cabe ese estudio cuando se reclama por ellos mismos que la pena imponible debe ser esa misma cantidad y calidad, cuando los Tribunales han impuesto una mayor de seis años o no han impuesto ninguna. De lo contrario, se llegaría a la absurda consecuencia de que mientras mayor y más grave sea el error que haya podido cometer un Tribunal, menos facilidades y medios se conceden para corregirlo.

No quiere decir lo anterior que se afirme que el Fiscal tenga razón en sus puntos de vista de fondo, porque eso equivaldría a prejuzgar la cuestión, pues la Corte se reserva, como es natural, toda la libertad de apreciación para resolver lo que sea del caso cuando conozca de la demanda de casación. Hoy por hoy, le basta anotar que el Fiscal está en lo cierto en los últimos puntos de vista que presentó al fundar el recurso de hecho, y por tanto, el recurso de casación es procedente y debe concederse".

Auto de 31 de enero de 1933

"Por sentencia de veintitrés de julio de mil novecientos treinta y uno, el Juzgado 3º en lo Criminal del Circuito de Bogotá condenó a Juan de Jesús Carranza a la pena de siete años y medio de presidio y sus accesorias, como responsable en tercer grado del delito de heridas en su hermana Margarita Carranza, con aplicación de los arts. 645, inciso 1º, y 653 del Código Penal.

El procesado y su defensor apelaron del fallo, y el Tribunal Superior, en sentencia que lleva fecha veintiséis de septiembre último, revocó la apelada para absolver en su lugar al acusado.

Dentro de la oportunidad legal, el Agente del Ministerio Público, Fiscal 1º del Tribunal Superior de Bogotá, interpuso recurso de casación, invocando las causales primera y cuarta de la ley 118 de 1931; recurso que se le negó en proveído del tres de noviembre último.

Con copia de lo concedente, y dentro de los términos legales, debido a la negativa apuntada, el señor Fiscal se presenta de hecho ante la Corte, e invocando las razones que expuso ante el Tribunal, solicita que la casación le sea concedida.

Si el texto legal pudiera interpretarse con independencia de los que en conjunto dan unidad y armonía al sistema de la ley 78 de 1923, ampliado por la 118 de 1931, bien pudiera creerse que no hay lugar al recurso de casación cuando, en casos como el presente, la sentencia de segunda instancia es absolutoria. Pero para sostener tesis semejante, sería preciso que el intérprete usara de un criterio unilateral, inspirado nada más que en los intereses del reo, en menoscabo de los permanentes y muy altos en que se encarna la defensa social en la lucha contra la delincuencia.

Si la voz del Ministerio Público hubiera de apagarse con motivo de absolución en segunda instancia por delito que trajera aparejada pena que sea o exceda de seis años de presidio, reclusión o prisión, según los preceptos punitivos, sería preciso reconocer que el recurso de casación inclinaría en forma irritante la balanza en favor del acusa-

do, contribuyendo en esa forma a estimular de modo indirecto la criminalidad, propósito éste que nunca pudo abrigar el legislador al expedir aquellas normas.

Si con la casación se procura dar al acusado una garantía más para su juzgamiento, ello no significa que la sociedad abandone los intereses que le son propios. De allí que el Agente del Ministerio Público tenga la facultad de introducir aquel recurso según lo dispuesto por el ordinal a) del artículo 4º, ley 78 citada, facultad que, hablando en general, puede corresponder a un deber.

Y claro está que si esa facultad para interponer el recurso se limitara a aquellos casos en que el acusado recibe alguna sanción, ya bastante considerable, según el fallo, y en que el interés público reclama una pena todavía más severa, saltaría a la vista cómo la sabiduría del legislador habría olvidado o no previsto la hipótesis más grave, o sea la de una absolución por delitos a que corresponden penas de la cuantía indicada por la ley que estableció el recurso, a pesar de existir motivos que, en concepto del representante de la sociedad, pueden dar lugar a infirmar esa misma absolución. Si el recurso es admisible, ello se debe a la necesidad de proteger debidamente los intereses colectivos, sin agravio alguno a los legítimos intereses de los acusados, cuidadosamente protegidos por las leyes sobre casación, que le asignan al Ministerio Público papel muy trascendental, por cierto, en favor de los ciudadanos que deben responder ante la justicia penal.

Por consiguiente, si el delito que se juzga trae aparejada pena de la cuantía que señala el artículo 1º de la ley 78 de 1923, está dentro del espíritu del legislador conceder la casación del Ministerio Público, aunque la sentencia sea absolutoria. Lo contrario conduciría al absurdo de fomentar la impunidad, y por ello es preciso al intérprete y al juez rechazar esa conclusión.

Todas las consideraciones precedentes, por lo mismo que versan sobre el problema de saber si el recurso es o no admisible, no miran en manera alguna al fondo de la sentencia proferida por el Tribunal de Bogotá, y ni remotamente pueden tenerse como razonamientos, que pudieran desdecir en lo más mínimo de la rectitud de intención del sentenciador en segunda instancia, al absolver y al negar la casación. Y si la Corte encuentra procedente este recurso, lo hace por vía de doctrina: interpreta la ley, y nada más. Concedida la casación, juzgará llenando previamente la plenitud de las formas legales". (GACETA JUDICIAL, Tomo XLI, Nº 1894. pág. 389).

Se observa:

Ante todo precisa establecer si la Sala de hoy se informa en el mismo criterio de la jurisdicción que tenga la Corte para conocer de los recursos de casación contra las sentencias de los Tribunales en asuntos como el de que se trata; pues de lo contrario, cualquier disquisición sobre el problema de fondo resultaría no sólo superflua, sino también oficiosa.

Con el debido acatamiento a la opinión de los anteriores magistrados de la Sala, los actuales no comparten los puntos de vista consignados en los autos transcritos, por las razones que pasan a exponerse.

Todo el problema gira al rededor de los artículos 1º y 4º de la ley 78 de 1923, que establece y reglamenta el recurso de casación en materia criminal, los cuales textos rezan como sigue:

"Art. 1º—Establécese el recurso de casación en asuntos criminales, contra las sentencias definitivas que pronuncien en última instancia los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y de las cuales resulte al reo la imposición de una pena que sea o exceda de seis años de presidio, reclusión o prisión".

"Art. 4º—Este recurso puede ser interpuesto:

a)—Por el Agente del Ministerio Público, bien sea el Fiscal del Tribunal respectivo, o por el Procurador General de la Nación;

b)—Por el reo o sindicado personalmente, o por medio de su representante legal, su defensor o apoderado constituído para el recurso".

Punto reconocido tanto ayer como hoy, es el muy esencial de que estos dos artículos no se hallan derogados, modificados o sustituídos, expresa ni tácitamente, por las disposiciones de la ley 118 de 1931, única que se refiere, con posterioridad a la 78 de 1923, al recurso de casación en negocios criminales.

Y cuestión inconcusa es también, que al tenor del copiado art. 4º de la ley de 1923, el recurso de casación se ha establecido no sólo en favor de los reos, sino de la sociedad, ya que se permite interponerlo a los agentes del ministerio público; y nadie ignora que la misión de estos funcionarios tanto puede tener por finalidad la de procurar las medidas más severas para la represión de los delitos, como la de evitar que contra los procesados se ejerzan sanciones excesivas que no se compadezcan con la apli-

cación estricta de los estatutos penales.

Ahora bien: establecida la casación, según nuestro derecho escrito, con el fin principal de uniformar la jurisprudencia, y con el de enmendar los agravios inferidos a las partes (la segunda locución desapareció en la ley 105 de 1931), necesario es aquí y dondequiera que el recurso exista, un límite de asuntos que deban ser materia de él, precisamente para que pueda alcanzarse aquel objetivo primordial, sin que la jurisprudencia se evapore en el laberinto de los casos triviales.

En lo civil, poniendo de lado ciertos juicios de naturaleza especial, respecto de los cuales la ley ha querido habilitarlos para que de todos modos tengan acceso a las salas de casación, por ejemplo, los que versan sobre el estado civil de las personas, en los demás el límite se ha fijado por la cuantía, o sea una suma de pesos que se supone marca la categoría del litigio controvertido entre las partes.

Y en lo criminal, es cosa que tampoco se discute, que aquel límite o cuantía en el recurso de casación lo constituye la pena de presidio, reclusión o prisión que sea o exceda de seis años. Tal pasaje del artículo 1º de la ley 78 de 1923 se halla al margen de los varios análisis de que se viene hablando.

Pero surge entonces la cuestión capital, y es la de determinar cuál es el sitio en donde debe aparecer valorada esa pena; si en la escala de castigos del código, o en la imposición que de ella se hace en las sentencias pronunciadas por los Tribunales Superiores. En el primer evento, cabría la tesis hasta hoy en boga de considerar admisible el recurso de casación contra sentencias absolutorias o impositivas de penas inferiores a seis años; en el segundo, es del todo insostenible la teoría.

El texto del artículo 1º de la ley 78 de 1923 es flagrantemente claro. Al establecer el recurso de casación, se vale de las siguientes voces: "contra las sentencias definitivas que pronuncien en última instancia los Tribunales Superiores de distrito judicial y de las cuales (se subraya) resulte al reo la imposición de una pena que sea o exceda de seis años de presidio, reclusión o prisión". La frase relativa "de las cuales", del género femenino, no tiene en el cuerpo de la disposición otro antecedente a qué referirse, que las sentencias de los Tribunales. Buscarle a esa frase, para concordarla, un sustantivo distinto, v. gr., "contra las sentencias que versen sobre delitos de los cuales resulte al reo la imposición de una pena mayor de seis años", es no sólo forzado, sino imposible, ante el inequívoco sentido gramatical del artículo.

Y en el supuesto de que interpretativamente fuera dado confrontar la cuantía del proceso a la faz de los preceptos del código penal, con abstracción de las sentencias, siendo así que en él los delitos se castigan en una escala que fluctúa entre dos extremos, cabe preguntar: ¿Deben buscarse los seis años de la pena en el mínimo, en el medio, o el máximo? Cuál entonces el criterio fijo para la casación de sentencias sobre delitos como el de heridas, contemplado en el art. 646 del código, y cuya pena es de cuatro a ocho años de presidio?

Pretender localizar los seis años en el medio o en el máximo de las escalas del código, equivale, en teoría, a descartar la casación para delitos castigados allí a la pena de seis años en el grado mínimo. Y de buscarlos siempre en el mínimo —quizá lo menos ilógico— en la práctica se privaría del recurso a los reos que, como en el caso del artículo 646 acabado de citar, donde se castiga en el mínimo con pena de cuatro años, pudieran ser condenados a seis o a ocho años en el medio o en el máximo.

Y de aceptar al ministerio público la interposición del recurso de casación contra sentencias absolutorias o de condenación inferior a seis años, a pretexto de que en el estatuto penal hay margen para una condenación a los seis años o más de que habla la ley 78 de 1923, no serían raros los casos en que por la misma razón habría que admitir el recurso también al reo condenado a menos de seis años. Por ejemplo: aquel a quien calificada su delincuencia en el medio de una disposición como la del nombrado art. 646, y que por habérsele reducido la pena en una sexta parte (art. 124 del código penal), fue sentenciado a cinco años, cuatro meses de presidio, intentara venir a la Corte a alegar su absolución o la condena en grado tercero.

La única norma segura, pues, para obtener la cuantía de la casación en materia penal es la que, informándose de manera absolutamente fiel en el texto del artículo 1º de la ley 78 de 1923, busca el límite de los seis años en la imposición que de la pena se hace en las sentencias de los Tribunales Superiores. Así se armonizan los dos artículos de esa ley, el 1º y el 4º, al rededor de los cuales, según se dijo atrás, gira el problema de la admisión del recurso mencionado.

Por el primero se establece el recurso, se determina la clase de negocios que deben

ser objeto de él con base en la cuantía de la pena; y en el otro se otorga no solamente a los sentenciados, sino a los agentes del ministerio público, para que en los asuntos que revisten la importancia inherente a esa cuantía, puedan ocurrir a la Corte, ya en demanda de mayor severidad en los castigos, ora con el propósito de que se repare cualquier exceso o error en la apreciación de la causa de los reos.

Y el argumento de que otras interpretaciones se imponen en aras de la defensa social y de la represión de los delitos, no parece aceptable en tratándose del recurso de casación; porque además de que ese cuidado incumbe y debe dejarse con plena confianza a los juzgadores de instancia, no puede perderse de vista la índole misma de este recurso, que mira ante todo a la unificación de la jurisprudencia, y cuya finalidad no es propiamente la de dirimir el litigio en los negocios civiles, ni la del juzgamiento del reo en los procesos penales, sino la de confrontar la estricta aplicación que de la ley se haya hecho en las sentencias de último grado proferidas por los Tribunales Superiores.

Las anteriores consideraciones sirven a la Corte para llegar a la conclusión de que no siendo la sentencia del Tribunal de Bogotá, en el caso estudiado, impositiva de pena de seis o más años de presidio, reclusión o prisión, no es susceptible del recurso de casación interpuesto por el ministerio público.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Criminal, oído el parecer del señor Procurador, se inhibe de decidir en el fondo sobre el presente recurso, y ordena devolver el expediente a su oficina de origen para que se cumpla la sentencia que puso fin a la causa contra Rosa María Segura por el delito de homicidio (infanticidio).

Cópiese, notifíquese y publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Pedro Alejo Rodríguez, José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Alberto Maio Baños, Srio. en ppd.

MALA CONDUCTA DE UN EMPLEADO PUBLICO — SE CONFIRMA EL AUTO DE PROCEDER EN ESE SENTIDO

Las disposiciones del Capítulo 7º del Título X, del Libro II del Código Penal están inspiradas en el principio inconcuso de que los funcionarios del Poder Judicial, entidad a la que incumbe la más noble de las misiones del Poder Público y que es la de administrar justicia, deben conducirse con la mayor corrección y ser verdadera garantía para los ciudadanos. Si el individuo en general debe cumplir con las normas que natural y socialmente se le imponen, con mayor razón el funcionario público, y en especial el juez, que es a quien compete en la sociedad la digna y delicada facultad de impartir justicia. Por ello se le exige mayor escrupulosidad en la conducta que ha de llevar y hasta que reiteradamente se exhiba presentando síntomas de beodez, para que se pueda concluir que ha incurrido en las sanciones penales. Tratándose de delitos crónicos no constituye causal de nulidad el hecho de no haberse expresado el día en que se cometió el delito, pues basta que se señale la época.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, abril diez y seis de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias)

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, con fecha diez y seis de noviembre de mil novecientos treinta y cuatro, pronunció auto de enjuiciamiento por los trámites ordinarios contra el entonces Juez 1º de Circuito de Barbacoas, doctor Raúl F. Castillo Klinger, por los delitos que sancionan los Capítulos 7º y 4º del Título 10º del Libro 2º del Código Penal con los nombres de "Empleados públicos de mala conducta" y "Empleados públicos que ejercen negociaciones o contraen obligaciones incompatibles con su destino", y sobreseyó definitivamente en favor del mismo doctor Castillo por los delitos de ultrajes a empleados públicos, detención arbitraria y violación de ley expresa.

Notificado el auto de proceder, el doctor Castillo y su defensor apelaron de él, y por ello la Corte procede a resolver el curso de alzada, agotada como está la correspondiente tramitación y previas las siguientes consideraciones:

Determinó al Tribunal, para llamar a juicio por el delito de "Empleados públicos de mala conducta", los testimonios de muchas personas, cuyos nombres citan el señor Fiscal del Tribunal, el Tribunal y el señor Procurador y que no es el caso de repetirlos en esta oportunidad, y de los cuales se deduce claramente que el doctor Castillo "se embriaga con demasiada frecuencia y produce escándalos en la población de Barbacoas, siendo de advertir que la embriaguez no es negada por el sindicado, y que él, en su indagatoria, confiesa que efectivamente toma licor en los días feriados".

Además —agregan el Fiscal del Tribunal y el Tribunal—, "las declaraciones de Adalberto Hurtado, César Ortíz, Ernesto Candelo y otras dan cuenta, precisando los hechos de graves escándalos cometidos por Castillo en estado de embriaguez; hay prueba de que en determinada ocasión se presentó al establecimiento de castigo a indagar a un sindicado en estado de embriaguez; en el mismo estado una noche fue a ultrajar a los doctores Monzón; no fue encontrado en la oficina el día de la posesión del señor Prefecto de Barbacoas, por encontrarse el señor Castillo en un establecimiento bebiendo licor".

"Los hechos anteriores —sigue el Tribunal— y la conducta relajada que en lo general observa la persona que ocupa en la actualidad el puesto de Juez 1º de Circuito de Barbacoas, se hallan respaldadas por las aseveraciones de las personas de más alto relieve de esa localidad: Arquimedes I. Monzón, Ranulfo Ruano, Pedro S. Córdoba A. y otros, a quienes el sindicado, en una de sus indagatorias manifiesta reconocer como sus jefes políticos de alta honorabilidad, confirman su conducta impropia y su escandaloso modo de vivir, que no está de acuerdo con el alto cargo que desempeña".

El doctor Castillo contesta los cargos que se le imputan arguyendo motivos de odio contra su persona —principalmente por ser hombre de color y por haber reemplazado en la plaza de juez de esa localidad al señor Arquimedes Monzón, que, según expresión del sindicado, es gamonal y cacique político.

Acertadamente el Tribunal acepta en principio los muchos odios que se han concitado contra el doctor Castillo Klinger.

Dice así el Tribunal:

"Cierto es que por razones de raza y por cuestiones políticas, es considerable el número de malquerientes que tiene el doctor Castillo Klinger en la ciudad de su nacimiento y que hay mucho de exageración en los procedimientos que se le imputan, como lo tadas por él mismo, pero ellas no son suficihacen ver las muchas declaraciones presentientes para destruír ese cúmulo de testimonios aducidos por sus acusadores. Mucho deja que desear la conducta del doctor Castillo Klinger, y por lo mismo tiene encima muchas personas que lo quieren mal, debió ajustar su método de vida a la más estricta corrección. De forma que no encuentra el Tribunal objetables los considerandos que hace el señor Fiscal para calificar la conducta del doctor Castillo Klinger en las enumeraciones ilícitas del artículo 550 del C. P."

Otros de los argumentos que aducen tanto el sindicado como su defensor es el del correcto funcionamiento del Juzgado a su cargo, es decir, que el despacho se encuentra al orden del día y que algunas personas no lo han visto embriagado.

A este respecto dice el Tribunal que este último punto ha querido el sindicado establecerlo como una excepción, "ya que la regla general parece ser en él la embriaguez; que el despacho se encuentra al orden del día no puede constituír una novedad, dado el escaso número de los asuntos que cursan en los Juzgados del Circuito de Barbacoas y que sus embriagueces se llevan a efecto en días feriados constituye más bien prueba inculpativa, pues esa circunstancia no es ni puede ser causal de irresponsabilidad".

"Denuncian al señor Castillo, como empleado de mala conducta, por el uso habitual de licores embriagantes, el Prefecto y Jefe de Policía de Barbacoas, por conducto del señor Gobernador del Departamento y del Secretario de Gobierno; el señor Emilio Ortiz A. y los doctores José Vicente y Antonio Monzón, el señor Arquímedes I. Monzón, por mediación del señor Fiscal del Tribunal; y los señores Pedro S. Córdoba, A. Montenegro, Ranulfo Ruano, José María Velasco, Miguel Chaves G., Genaro Rodríguez L., José A. Plaza R., José Félix Molineros, Julio Francisco Albarracín, F. Guerrero, Enrique Arias, Raimundo Ortiz, Roberto Arias, Miguel A. Pérez, Adalberto Pérez Ch., Enrique Ruano, Heráclito Ortiz, Leoncio Cruz M., Rafael Lemos Q., Jorge I. Ferrín, Hermógenes y Leopoldo Mendoza R., Adalberto Hurtado, Lizardo Pérez Ch., Guillermo Rueda, Pablo Arizala, José Gabriel Ortiz, Marcial del Castillo, César L. Ortiz, Juan B. Rodríguez, Dimas Quiñones G., Francisco Rodríguez L. y Juan B. Pérez Ch. (fs. 17, 18, 164, 165, 166, 219, 223, 228 y 231 del cuaderno Nº 1º y 10 a 12 del cuaderno Nº 2), acusaciones que respaldan tanto con sus mismos testimonios, como con los de muchas otras personas que sería largo enumerar, recibidos extrajudicialmente y ratificados con posterioridad por el funcionario instructor, según los cuales el señor doctor Raúl F. Castillo Klinger se embriaga habitualmente y en ese estado da lugar a escándalos de notoriedad en la ciudad de Barbacoas, insultando e injuriando a sus enemigos, provocando riñas y pendencias desdorosas para su cargo de juez y terminando en dos ocasiones por ser conducido a la cárcel por los agentes de Policía. En una de esas veces se presentó, sin expediente ninguno, en horas de la noche a indagar a un detenido de su despacho y en otra insultó a la sociedad en general en la puerta del Juzgado, y en horas de despacho, con frases injuriosas, impropias de la primera autoridad judicial del lugar, cuyo porte social debe ser el de un cumplido caballero, causando, en fin, según se afirma, tal malestar entre los asociados, que hay verdadero pánico con su presencia en el juzgado".

Además de lo anteriormente expuesto por el Tribunal, agrega lo siguiente el señor Procurador:

"Hay prueba abrumadora en los autos de que el Juez Castillo se embriaga habitualmente, es decir, tres veces por lo menos en cada mes; el mismo acusado confiesa que bebe licor los domingos, y qué modo de beber; hasta que produce escándalo y es llevado a la cárcel por la policía. Aquí debe hacer notar este despacho que el Juez Castillo no se enmienda, pues en época pasada, cuando era juez del Circuito de Quibdó, menudeaban las quejas contra él por borracheras y escándalos, viéndose obligada la Procuraduría, en guarda del buen nombre del Poder Judicial, a dictar medidas tendientes a que fuera censurado y corregido. Por todo ello estimo que el enjuiciamiento es legal y procedente en cuanto a la mala conducta".

Aduce el señor apoderado del Juez sindicado una jurisprudencia de la Corte Suprema que dice: "La declaración de cuatro testigos no es suficiente para comprobar el cargo de intemperancia habitual imputado a un juez, si los testigos no afirman que el acusado se embriaga tres o más veces en el curso de un mes, y si expresamente no dicen los declarantes que ellos observaron en estado de embriaguez al procesado. (J. de la C. Tomo III, Nº 1442)". Y agrega en su alegato "que los declarantes dicen que Castillo

se ha embriagado más de dos, más de tres, más de ocho, más de diez veces en un transcurso menor de seis meses. Pero esto no es declarar en forma propia para la determinación del delito o falta imputable; para poderle hacer cargo concreto al sindicado y para abrirle el campo de la defensa es necesario precisarle la época de la comisión del hecho delictuoso, y esto no es posible con el arsenal de testigos que hay en el sumario. Estos acuciosos declarantes han debido decir que Castillo tomó en tales y cuales fechas licor, luégo enunciar hechos que indicasen perturbación en sus facultades intelectuales, que es lo que constituye la embriaguez. Y como ninguno de los declarantes citados expresa las circunstancias de lugar, tiempo y modo, esos dichos son expresiones etéreas muy semejantes a las que empieza así: se dice que..."

"Embriagarse una persona no es tomarse unas copas de licor, pues para que ese estado se presente necesario es que las potencias se turben, el ánimo se anajene produciendo una especie de locura trasitoria mientras los efectos del vino bullen en el cerebro y no resplandecen con fulgores de alegría sino con las manifestaciones brutales de la borrachez. Para que un juez pueda penetrar al ánimo y decir si es su concepto X o Z estaban ebrios en determinado momento, las declaraciones que los hayan visto tienen que enunciar circunstancias indicativas de la perturbación del espíritu, que es en esencia la embriaguez".

A las anteriores argumentaciones expresa el señor Procurador lo siguiente, que la Corte considera acertado, teniendo en cuenta las pruebas que arroja el informativo:

"Intemperancia es lo mismo que falta de moderación y continencia. De suerte que no es preciso embriagarse hasta rodar por el suelo, para ser intemperante en el uso de licores embriagantes; basta beber inmoderadamente hasta perder la natural serenidad, el control de sí mismo. Y cuando se trata de quien ejerce el alto y delicado encargo de administrador de la justicia, la incontinencia es insoportable y repugnante. El Poder Judicial, para ser respetado, no debe mantener en su seno ejemplares de esa especie.

"Contra el doctor Castillo hay abrumadora prueba de que se embriaga habitualmente, y él mismo confiesa ese hábito, pues dice que bebe los domingos, es decir, cuatro veces al mes.

"Los certificados y declaraciones que ha presentado fuéra de juicio, no desvirtúan las pruebas del sumario, entre otras cosas, porque casi todas se refieren a buena conducta en general, y a que cumple con sus deberes de Juez; sin embargo, el Prefecto de la Provincia dice que hay constancia en su oficina de haberse arrestado al doctor Castillo por riñas y escándalos".

Categóricamente deduce la Corte de todo lo anterior que es legal el llamamiento a juicio por uno de los delitos que sanciona el Capítulo 7º del Título X, Libro II del Código Penal, ya que el espíritu de esas disposiciones penales debe estar inspirado en el principio inconcuso de que los funcionarios del Poder Judicial, entidad a la que incumbe la más noble de las misiones del Poder Público y que es la de administrar justicia, deben conducirse con la mayor corrección y ser verdadera garantía para los ciudadanos. Si el individuo en general debe cumplir con las normas que natural y socialmente se le imponen, con mayor razón el funcionario público, y en especial el juez, que es a quien compete en la sociedad la digna y delicada facultad de impartir justicia. Por ello se le exige mayor escrupulosidad en la conducta que ha de llevar y basta que reiteradamente el juez se exhiba presentando síntomas de beodez, para que se pueda concluír que ha incurrido en las sanciones penales.

La depuración y moralidad del Poder Judicial exige que se concluya con las precedentes categóricas razones.

Subsidiariamente pide el apoderado del sindicado se revoque el auto apelado por haberse pretermitido formalidades especiales, toda vez que, conforme al numeral 7º del artículo 204 de la ley 57 de 1887, es causal de nulidad haberse incurrido en equivocación relativa a la denominación genérica del delito, a la época y lugar en que se cometió, lo cual indica —dice— que el auto de proceder debe necesariamente llevar la enunciación de tales cosas.

Dicha causal de nulidad evidentemente se refiere a los autos de proceder, pero no debe olvidarse el carácter del delito que se incrimina. Si es de un homicidio, es claro que a más de la denominación genérica del delito se agregará con precisión la época y el lugar en donde se cometió, y a falta de esta enunciación, el auto de proceder estará viciado de nulidad. Mas si se trata, como en el presente caso, de un llamamiento a juicio en que sí se expresó la denominación genérica del delito —"empleados públicos de ma-

la conducta"—, cumpliendo, pues, con el precepto legal, mas no señalando el día de la comisión del delito, pero sí la época —ejercía el cargo de Juez de Circuito de Barbacoas—, es obvio, dada la característica del delito incriminado, el cual se constituye por actos repetidos, que alegar como causal de nulidad el no haberse expresado el día en que se cometió el acto delictuoso, no por esto se ha incurrido en nulidad alguna. No es, pues, ni procedente ni atendible la alegación subsiriaria del apoderado del sindicado, tratándose de delitos crónicos.

El segundo de los cargos por los cuales fue llamado a juicio el doctor Castillo fue el de "Empleados públicos que ejercen negociaciones o contraen obligaciones incompatibles con su destino".

Al respecto dice el señor Procurador:

"Respecto a la violación del artículo 18 de la ley 105 de 1931, no estoy de acuerdo con el parecer del Tribunal, porque considero que esa disposición de carácter general, por su letra y aun por su espíritu, se refiere a negocios civiles, en los cuales el interés de lucrarse puede torcer el criterio, la serenidad de ánimo que debe guiar los actos de los empleados del orden judicial y del Ministerio Público. Por eso se dice allí que cuando tengan que litigar en causa propia deben constituír apoderado. No es lo mismo defender la libertad que los intereses pecuniarios; aquel derecho es tan sagrado que la Constitución y la ley no le señalan restricciones, y por eso la 104 de 1922, especial para la instrucción del sumario, faculta ampliamente al sindicado para intervenir en él y pedir la práctica de las pruebas o diligencias que crea le son favorables. De suerte que el doctor Castillo usó de un derecho perfecto al presentar memoriales en el sumario y con ello no cometió delito".

La Corte comparte lo esencial del anterior concepto del señor Procurador y lo acoge por ser equitativo y legal y porque, además, el artículo 18 de la ley 105 de 1931 se refiere a asuntos judiciales y administrativos y a ejercer mandatos, pero efectivamente esta prohibición no tiene sanción alguna en el Código Penal y es una disposición de carácter reglamentario.

Respecto del sobreseimiento contra el mismo Juez Castillo Klinger por los demás cargos, la Sala encuentra jurídico el análisis y la conclusión, por no existir en cada uno de ellos los elementos que requiere el artículo 1627 del Código Judicial para enjuiciar; y como aparece claro, según la argumentación del auto consultado, el fundamento de la decisión a ese respecto, es inútil hacer la reproducción de esos argumentos y la relación de los hechos que se refieren al cargo de detención arbitraria de Arquímedes Monzón y Olga María Rivera y al de ultrajes a empleados públicos contra un agente de Policía, en el cual quedó descartada la intención dolosa.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, reforma el auto de proceder dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, de fecha diez y seis de noviembre de mil novecientos treinta y cuatro, contra el doctor Raúl F. Castillo Klinger, en el sentido de sobreseer definitivamente a favor del sindicado por el delito de "empleados públicos que ejercen negociaciones o contraen obligaciones incompatibles con su destino (Capítulo 4º, Título X, Libro II del Código Penal), y lo confirma en lo referente al llamamiento a juicio por el delito de "empleados públicos de mala conducta" (Capítulo 7º, Título 10º, Libro II del Código Penal), lo mismo que en la parte relativa al sobreseimiento contenido en el mismo auto y relativo a los demás cargos.

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

Pedro Alejo Rodríguez, José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Alberto Malo B. Srio. en ppd.

RECURSO DE REVISION

La regla de apreciación que contiene el artículo 263 de la ley 57 de 1887 no puede aplicarse cuando se trata de un juicio distinto del en que fue rendida la prueba testimonial o del recurso extraordinario de revisión, en el cual la falsedad del testimonio que se alega como causal debe aparecer plenamente probada, y no simplemente por una contradicción cuyo fundamento se atribuye a la tergiversación del dicho anterior, o sea al hecho de un tercero, que requiere la comprobación de que así sucedieron las cosas. Mientras esto no se pruebe judicialmente, pues eso es lo esencial, puede haber hasta la acusación y el denuncio de un hecho delictuoso, pero no la prueba de que el testimonio es falso.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, abril veintinueve de mil novecientos treinta y séis.

(Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias)

Luis Montoya Cuervo, preso en la Penitenciaría de Medellín, ha incoado, con fecha 31 de mayo de 1935, ante la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Criminal, recurso de revisión contra la sentencia ejecutoriada del Tribunal Superior de Medellín, fechada el 26 de enero del mismo año, y que lo condenó a un año tres meses de presidio por el delito de resistencia a la autoridad, comprendido en el Capítulo 5º, Libro 2º, Título 3º del Código Penal y como infractor del artículo 238 del mismo Código.

Fundamenta el recurso en el inciso 3º del artículo 1º de la ley 33 de 1909, que a la letra dice:

"Cuando alguno esté sufriendo condena y se demuestre, a juicio de la Corte Suprema de Justicia, que es falso, según la ley, algún testimonio, peritazgo, documento o prueba de cualquier clase que haya podido determinar el fallo respectivo".

Al recurso se le dio la tramitación correspondiente, y como ha llegado la hora de decidir acerca de su efectividad, se procede a ello mediante las consideraciones que siguen:

a)—Se trata, como ya se dijo, de una sentencia ejecutoriada proferida por el Tribunal Superior de Medellín:

b)—El recurso ha sido interpuesto por el reo, es decir, por persona que puede hacerlo, de conformidad con el artículo 2º de la ley 33 de 1909;

c)—Ha acompañado al escrito de presentación: las copias de las sentencias de primera y segunda instancia, y también copia de varias declaraciones, entre ellas, la del testigo Francisco de Paula Arrubla, rendida el 10 de mayo de 1935 ante el alcalde municipal de Bello, testimonio que es uno de los dos en que se fundamentó el fallo. En esta nueva declaración, el testigo dice que la declaración rendida cuando se investigaba el hecho, y cuya copia ha tenido a la vista, fue dada por él, pero que está completamente tergiversada.

d)—En el término probatorio, la Sala ordenó la ratificación de las declaraciones de los testigos Francisco de Paula Arrubla y Zacarías Beltrán;

e)—Y también se agregan a los autos copias de tres vistas fiscales de la causa dadas por el Agente del Ministerio Público respectivo.

De todos estos elementos se desprende:

Que el Juez 1º del Circuito de Medellín sobreseyó dos veces en favor de Torcuato Gómez, Enrique Tamayo y Luis Montoya Cuervo por el delito de resistencia a la autoridad, consistente en un tumulto que se formó en la noche del 31 de mayo a 1º de junio de 1931, cuando se verificaba una función en el circo de la población de Bello, con motivo de la fiesta de la Madre. La Policía quiso sacar a los escandalosos, entre otros a los individuos mencionados, pero éstos opusieron resistencia empleando medios violentos.

El Tribunal revocó el auto de sobreseimiento del Juez del conocimiento en la parte relativa a los sindicados Torcuato Gómez, Enrique Tamayo y Luis Montoya Cuervo y les llamó a responder en juicio por el delito de resistencia a la autoridad, por providencia de treinta de mayo de mil novecientos treinta y tres. El diez y seis de noviembre del mismo año el juez a quo los absolvió, pero por sentencia de veintiséis de enero de mil novecientos treinta y cinco, el Tribunal Superior revocó el fallo anterior y condenó a los citados Gómez, Tamayo y Luis Montoya Cuervo a la pena de un año tres meses

de presidio y a las accesorias correspondientes.

Ya ejecutoriadas las sentencias, como queda dicho, el señor Luis Montoya Cuervo interpuso recurso de revisión.

El fallo condenatorio se apoya, con relación a la responsabilidad de Montoya en los testimonios de Francisco de Paula Arrubla y de Ricardo Monsalve, quienes declararon que Montoya "les tiraba con bancas a los agentes y que intentó tirarle al agente Jaramillo (Carlos) con una piedra, la arrojó y le dio a Virgilio Cárdenas". Esto último, según el dicho de Arrubla; que en cuanto el arrojar las bancas están contestes ambos testigos.

Es indudable que el dicho conteste de estos dos testigos constituye la plena prueba de la culpabilidad de Montoya Cuervo en el hecho incriminado, probado por otra parte plenamente, y que esos dos testimonios determinaron el fallo respectivo en cuanto a la culpabilidad de Montoya Cuervo. (Véase copia de la sentencia del Tribunal, f. 16).

Pero también es evidente que la declaración de Arrubla rendida ante el alcalde de Bello el 10 de mayo de 1935, y ratificada luégo ante la misma oficina el 7 de agosto del citado año, y en la cual dice que es cierto que la declaración que rindió, cuya copia tiene a la vista y está con su firma (la de 2 de junio de 1931), que figura en el proceso, se halla tergiversada y en contradicción con lo sucedido.

Tal declaración contradictoria con la rendida en el proceso, no desvirtúa la prueba, en el sentir de la Sala, porque se necesita la prueba del hecho allí afirmado, es decir, que el Secretario no entendió lo que quiso el declarante relatar entonces. Y esa prueba debe constar mediante la verificación, en un juicio, que hubo realmente la tergiversación del dicho del declarante por el Secretario que escribió el testimonio.

Es cierto que el artículo 263 de la ley 57 de 1887 dice:

"Las declaraciones dadas en el sumario conservarán toda la fuerza que les es propia; pero la perderán si los testigos infirmaren luégo sus declaraciones".

Mas esta regla de apreciación, para la prueba testimonial, se refiere al juicio mismo, es decir, a la continuidad de un mismo proceso, pero no puede aplicarse cuando se trata de otro distinto o de un recurso extraordinario como el de revisión, en el cual la falsedad del testimonio que se alega como causal debe aparecer plenamente probada, y no simplemente por una contradicción cuyo fundamento se atribuye a la tergiversación del dicho anterior, o sea al hecho de un tercero, que requiere la comprobación de que así sucedieron las cosas.

Y mientras esto no se pruebe judicialmente, pues eso es lo esencial, puede haber hasta la acusación y el denuncio de un hecho delictuoso, pero no la prueba de que el testimonio es falso.

Como el otro testimonio, el del declarante Monsalve, no ha sido tachado, conserva toda su fuerza, y como respecto al de Arrubla, su solo dicho sobre tergiversación hecha por el Secretario no es prueba judicial que destruya lo asentado en su primera declaración, la Sala concluye que no está probado el fundamento 3º del artículo 1º de la ley 33 de 1909, para decretar esa revisión.

Acorde con lo anterior es el análisis que de la causal 3ª y de la sustentación sobre la declaración de Arrubla hace el señor Procurador en su vista, la cual dice en lo pertinente:

"Para sustentar el motivo de revisión, dice el recurrente que su responsabilidad la apoya la sentencia en los testimonios de Arrubla y Monsalve, y que ahora presenta una declaración que acaba de rendir Arrubla, en la cual manifiesta que la que dio en el sumario no es exacta, que está tergiversada, que los hechos no ocurrieron así, pues se escribieron en forma diversa, que él no leyó la declaración sino que la leyó el Secretario, etc.

"Este curioso testimonio de Arrubla, rendido por petición del padre del recurrente, cerca de cuatro años después de haber declarado en el sumario con precisión y claridad, no sirve para tener como falso, según la ley, el primer testimonio. Para tal cosa se necesitaría una declaración judicial, hecha con conocimiento de causa, y entonces le resultaría a Arrubla, posiblemente, el cargo de testigo falso. Por otra parte, como fueron dos los testimonios que sirvieron al Tribunal para dictar el fallo condenatorio, menos se reúnen las condiciones de la causal invocada, porque no hay que olvidar que el objeto de la revisión es evitar los errores judiciales, la condenación de los inocentes, no la crítica o reforma de los fallos que hayan podido proferirse sin la plena prueba".

Respecto de la declaración de Zacarías Beltrán E., que también presentó el recurrente para fundamentar el recurso, y que también fue ratificada, no es procedente hacer análisis alguno, sencillamente porque no es pertinente: es que las declaraciones que

determinaron la prueba de la culpabilidad de Luis Montoya Cuervo, y que apreció para su condenación el Tribunal Superior de Medellín, son las de Arrubla y Monsalve.

Como de la declaración última de Arrubla aparece que se tergiversó su primera, es decir, la que rindió en el sumario, y como de la última de Sacarías Beltrán E. se desprende que existe también una contradicción, y como el hecho anotado puede constituír un delito, de conformidad con el artículo 1511 del Código Judicial, deben sacarse sendas copias de esos documentos y remitirse al Juez de Circuito de Medellín para que investigue lo pertinente.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autridad de la ley, niega el recurso de revisión interpuesto por Luis Montoya Cuervo el 31 de mayo de 1935, contra la sentencia del Tribunal Superior del Disrito Judicial de Medellín de veintiséis de enero de mil novecientos treinta y cinco, que le condenó a la pena de un año, tres meses de presidio y a las accesorias correspondientes.

Y ordena sacar por la Secretaría sendas copias de las declaraciones rendidas en el sumario con que culminó esta causa, por los testigos Zacarías Beltrán E. y Francisco de P. Arrubla, lo mismo que de las declaraciones que de dichos testigos presentó el recurrente y de las ratificaciones que de estas últimas se cumplieron en el término de prueba para enviarlas al Juez 1º de Circuito de Medellín, para los efectos del artículo 1511 del Código Judicial.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

Pedro Alejo Rodríguez, José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Alberto Mato Baños, Srio. en ppd.

REBAJA DE LA PENA POR AUXILIO A LA VICTIMA EN LOS DELITOS DE HOMICIDIO. MOTIVO DE CASACION

En los delitos de homicidio constituye indebida aplicación de la ley no hacer la rebaja de la cuarta parte de la pena de que trata el artículo 622 del Código Penal, cuando el reo proporciona algún auxilio a la persona de la víctima.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, marzo diez y ocho de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez)

Con fecha 4 de octubre de 1933, el Juzgado 3º Superior del distrito judicial de Bogotá llamó a Alberto Ortiz a responder en juicio criminal, con intervención del jurado, por el delito de homicidio de que trata el Libro III, Título I, Capítulo I del Código Penal, en la persona de Elvira Bautista, hecho que tuvo lugar el 2 de octubre de 1932 en esta ciudad.

El cuestionario que se formuló al jurado y que éste contestó de manera simplemente afirmativa, fue así:

"El acusado Alberto Ortiz es responsable, sí o no, de haber dado muerte voluntariamente a Elvira Bautista por medio de una herida que le infirió con arma cortante y punzante, a consecuencia de la cual murió la Bautista pocas horas después de recibirla; hecho que tuvo lugar en la noche del dos de octubre del año de mil novecientos treinta y dos, en esta ciudad?"

Con base en este veredicto, el Juzgado condenó a Ortiz, calificando la delincuencia en segundo grado y con aplicación de los artículos 587 y 600 del Código Penal, a nueve años de presidio y las penas accesorias.

La sentencia fue apelada por Ortiz y su defensor, y el Tribunal Superior de Bogotá, con fecha 28 de junio de 1935, la reformó en el sentido de imponer al reo la pena principal de seis años de presidio, con calificación de la delincuencia en grado tercero.

Contra el fallo del Tribunal interpuso recurso de casación el doctor Gregorio Garavito, defensor de Ortiz; y como ante la Corte el negocio se ha tramitado debidamente, se procede a resolver lo que es del caso, previas algunas consideraciones.

Para los efectos del problema planteado a la Corte, es pertinente transcribir dos declaraciones que dan cuenta de la manera como los hechos se desarrollaron y que fueron estimadas como uno de los principales elementos de prueba para el llamamiento a juicio. Son las de Elisa Ortiz, madre del procesado, y la de la menor Inés Ortiz, sobrina del mismo.

Dice Elisa Ortiz:

"El domingo último llegó a nuestra casa Elvira Bautista; venía de trabajar en Fenicia, como a las cinco y media; Alberto Ortiz, mi hijo y querido de Elvira, estaba jugando al turmequé con otras personas esa misma tarde, como desde las tres; ya de noche, todos se pusieron a jugar al naipe. Esto ocurría a una media cuadra de mi casa, dirección citada, que es una casa de asistencia de una señora Trina N y familia. Luégo que llegó Elvira a casa, nos fuimos a donde estaba Alberto, y siendo las ocho de la noche poco más o menos, por insinuación de Elvira nos fuimos nuevamente a casa en compañía de Alberto. Una vez allí, Alberto me dijo que fuera a la calle a buscarle algo qué comer; efectivamente, fui y le compré un pan, un trozo de queso y dos centavos de cigarrillos. Cuando volví encontré a Elvira con una herida en el abdomen, manando sangre, con los intestinos saliéndose, y Alberto procuraba fajarla con una sábana. Yo dije a Alberto: 'No sea cruel; qué ha hecho con Elvira?' A lo cual me contestó Alberto: 'Madre: he matado a esta mujer; sin culpa. Llámeme a la policía: yo me entrego! Ayúdemela a fajar, por Dios: a ver si se salva!' Elvira decía: 'Sálvenme. Alívienme'. Y se quejaba espantosamente. Inmediatamente salí corriendo a la calle y golpeé a algunos vecinos, que no salieron. Como estaba sola y muy asustada con lo ocurrido, acudí a las dueñas de la asistencia en donde jugaron turmequé y, contándoles el caso, les pedí me ayudaran y llamáramos la ambulancia. La señora Trina y sus hijas María y Josefina vinieron conmigo a casa y viendo el estado en que se encontraba Elvira, fuimos Josefina, María y yo y avisamos a un policía que estaba en la esquina. Este policía llamó a otros dos que llegaban, y subiendo a la casa bajaron a Elvira y Alberto, en un carro de ambulancia. Ninguno de los dos volvió a la casa y yo no supe más. De cuando fui a comprar algo qué comer a Alberto y cuando regresé, tiempo en el cual se llevó a cabo el hecho que se investiga, calculo que me demoraría un cuarto de hora. En la casa no había más personas, cuando me salí yo, que Alberto, Elvira y María Inés, nieta mía y de unos nueve años de edad. Cuando llegamos a la puerta de la casa, viniendo de la asistencia, como a las ocho de la noche, Alberto venía bastante embriagado, y como Elvira quisiera quedarse en la puerta, no me explico por qué, y aclaro que no mediaba disgusto alguno con Alberto, yo dije a aquélla: 'Entrese a acostar, no sea necia; qué hace ahí en la puerta'. Elvira se entró y con Alberto se pusieron a conversar, sentados en un baúl. Así los dejé cuando fui por la cena de Alberto. No tengo nada más qué contar".

Inés Ortiz se expresa así:

"Me llamo como se deja anotado, no alcanzo nueve años, soy hija de Josefa Ortiz y José Sierra, vecina de esta ciudad, legítima (sic) del sindicado Alberto Ortiz. El domingo último por la noche, estando en nuestra casa, mi tío Alberto dijo a mi mamá abuela que fuera a comprale un pan, queso y cigarrillos. Mi mamá Elisa salió a la calle a hacer esta compra y nos quedamos en la casa Elvira Bautista, querida de mi tío Alberto Ortiz, éste y yo. Alberto empezó a darle consejos a Elvira diciéndole que como ella salía temprano del trabajo le lavara la ropa; ella contestó que pensaba irse a vivir con una amiga tocaya y entonces Alberto, cobándole el brazo, quiso besarla; a lo cual Elvira se esquivó y Alberto le dio un puño en un brazo. Como me dio miedo, salí corriendo a buscar a mamá Elisa, que ya subía con el queso y el pan. Cuando entramos, estaba Elvira sangrando y Alberto procuraba fajarla con una sábana. Yo vi que Elvira tenía afuera del estómago como lombrices, tal vez serían las tripas. Entonces mamá Elisa dijo a Alberto que no fuera cruel, que así iba a acabar con su vida. Alberto contestó que su mujer Elvira se había rodado y que estaba herida; pero luégo, llorando, dijo a mamá Elisa: 'Ay! madre. Yo maté a Elvira. Ayúdeme a que no se muera. Llámenme la policía que yo mismo me entrego'. Y a mí me decía tío Alberto: 'Mijita, rece que mi mujer se me muere'. Elvira sólo decía: 'Albertico, cúrame, alívieme' y se quejaba. Luégo mi mamá Elisa llamó a unos policías, mientras que Alberto lloraba mucho y Elvira gritaba de dolor y

se quejaba. Después se fueron los policías con Elvira y Alberto, quedándonos mi mamá Elisa y yo, en la casa, rezando el rosario. No me acuerdo de nada más".

Las testigos Josefina Rodríguez, María del C. Rodríguez y Trinidad Méndez, quienes llegaron a la casa del suceso pocos momentos después, declaran que allí encontraron a Elvira tendida en el suelo, manando sangre, y a Ortiz sujetándole el estómago con las manos.

En su vista de fondo, el señor Procurador, a la vez que emite su autorizado concepto sobre el recurso en estudio, hace una síntesis fiel del alegato presentado a la Corte por el señor defensor de Alberto Ortiz. Se copian los siguientes pasajes:

"El defensor del reo interpuso recurso de casación, y en escrito presentado ante vosotros, después de hablar de un incidente ocurrido en la Secretaría de esa honorable Sala, dice que fundamenta el recurso en la primera causal de que trata la ley 118 de 1931, consistente en 'ser la sentencia violatoria de la ley penal por mala interpretación de ésta o por indebida aplicación de la misma'.

Copia el artículo 622 del Código, redactado así:

'En todos los casos de homicidio por los cuales no debiera imponerse al reo pena de muerte, se le impondrá una cuarta parte menos, siempre que socorra él mismo al herido, y le proporcione auxilio para evitar las consecuencias de las heridas'.

Y afirma el recurrente que está demostrado en el proceso que Alberto Ortiz socorrió él mismo a la víctima en la medida de sus facultades y dentro de las circunstancias en que se hallaba; le proporcionó auxilios con el claro objeto de evitar las consecuencias de las heridas. Que cree que fajar con una sábana a una persona que ha sido herida en el abdomen para impedir que arroje los intestinos, es un socorro y un auxilio, lo mismo que solicitar afanosamente un médico, que era cuanto podía hacer dadas las circunstancias. Que la disposición del artículo citado no especifica qué clase de socorro o auxilio debe prestarse a la víctima, pero que como toda duda debe resolverse en favor del acusado, Ortiz tiene derecho a la rebaja concedida por tal disposición. Y que como ella no se aplicó en la sentencia, se violó la ley penal por mala interpretación o indebida aplicación de la misma. Pide, por último, el recurrente que infirméis el fallo recurrido y dictéis otro en el cual se imponga a Alberto Ortiz una cuarta parte menos de la pena que le señaló el Tribunal, conservando el grado de delincuencia que éste fijó, por ser el correcto y el justo.

Este Despacho admite como probada la causal que invoca el recurrente, porque existen declaraciones de las cuales resulta que Ortiz pidió que llamaran a un sacerdote, a un médico, que llevaran a Elvira al Hospital; que procuró fajar a ésta con una sábana y decía llorando: ayúdemela a fajar, por Dios, a ver si se salva. Y estas declaraciones forman prueba sobre esos hechos, porque como tal se tuvieron en lo referente a la responsabilidad de Ortiz.

Tenemos, pues, que el reo socorrió y auxilió a la víctima a la medida de sus posibilidades y de las circunstancias, de suerte que le corresponde la rebaja de que trata el artículo 622 de que se viene hablando, sin que sea legal ni humano quererle restar fuerza a la prueba sobre ese socorro y ese auxilio. Hay que tener en cuenta que es muy raro el caso en que el que hiere o mata se duela inmediatamente de su acción y procure remediar los efectos de ella haciendo algo en favor de la víctima.

Por lo expuesto conceptúo, salvo mejor parecer vuestro, que debéis casar la sentencia de manera parcial para atender lo que os pide el recurrente".

La Sala observa:

Tienen razón el señor Procurador y el recurrente. En la aplicación de la pena impuesta a Alberto Ortiz por el homicidio voluntario de Elvira Bautista, la ley estuvo mal aplicada por el Tribunal, en cuanto dejó de hacerse la reducción de la cuarta parte de que habla el artículo 622 del Código Penal, y, por tanto, debe prosperar la causal de casación alegada, o sea la del numeral 1º del artículo 3º de la ley 118 de 1931.

Menguado fue el socorro que prestó el homicida Alberto Ortiz, en el momento del crimen, a la desventurada muchacha a quien inopinadamente sacrificó de manera por demás execrable; pero es lo cierto que, como acertadamente lo anotan el recurrente y el señor Procurador, la ley penal no determina la clase o forma de auxilio que haga merecer aquella rebaja y en esas condiciones, cualquiera que éste sea, preciso es tenerlo en cuenta, habidas las circunstancias, en veces críticas, de modo, tiempo y lugar.

No es aventurado pensar que el espíritu de la ley confronta más bien el elemento subjetivo del arrepentimiento inmediato.

Justificada, pues, la causal 1ª, toca a la Corte dictar el fallo que debe reemplazar al del Tribunal, según lo dispuesto en el artículo 4º de la citada ley 118 de 1931.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, invalida la sentencia de veintiocho (28) de junio de mil novecientos treinta y cinco (1935), proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, por la cual se impone a Alberto Ortiz la pena de seis años de presidio, y en su lugar condena al mismo Alberto Ortiz a sufrir la pena de cuatro (4) años, seis (6) meses de presidio, que cumplirá en la penitenciaría que el Gobierno designe, computándose como parte cumplida de esta pena el tiempo que el procesado haya permanecido en detención o prisión preventiva.

Condénase, además, a Alberto Ortiz a la pérdida de todo empleo público y de toda pensión, a la privación de los derechos políticos, a la pérdida, por vía de multa, a favor del Estado, del arma con que cometió el delito, y al pago de las costas procesales.

Por el Juzgado de origen se dará cumplimiento al artículo 16 del decreto número 944 de 1934, para los fines de la anotación de la sentencia en lo relativo a la privación de los derechos políticos en el censo electoral permanente del domicilio del reo.

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

Pedro Alejo Rodríguez, José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias. Rafael Rivira Belaño, Oficial Mayor.

NO ES ADMISIBLE EL RECURSO DE CASACION INTERPUESTO POR UN ACUSADOR PARTICULAR

Las funciones de la acusación particular se hallan determinadas en las leyes 104 de 1922 y 68 de 1928, sin que allí se le dé personería para interponer el recurso de casación. Tampoco figura el acusador particular entre las personas que pueden interponerlo, de conformidad con la ley 78 de 1923.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, marzo diez y ocho de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez)

Con fecha 3 de octubre de 1934, el Juzgado 1º Superior de Tunja condenó a Carlos A. Romero Flórez, como responsable del delito de homicidio voluntario en la persona del señor Luis A. Gutiérrez, hecho ocurrido el 19 de octubre de 1932, en la población de Tibaná, a la pena principal de seis años de presidio y sus accesorias.

En el curso de las diligencias sumarias, el señor José del Carmen Gutiérrez, hermano del occiso, se constituyó acusador particular.

De la sentencia de primera instancia apelaron tanto el encausado como el acusador, y el Tribunal Superior de Tunja la confirmó en fallo de 15 de mayo de 1935.

El defensor de Carlos Romero Flórez y el acusador particular, señor Gutiérrez, interpusieron recurso de casación, que a ambos les fue concedido por el Tribunal.

Ante la Corte el negocio, hallándose éste dentro de sus respectivos trámites, el sentenciado, en escrito de 12 de febrero último, que presentó personalmente ante el Juzgado 2º del Circuito de Tunja, manifiesta lo que sigue:

"Por recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada contra mí por el Tribunal Superior de este Distrito Judicial (Tunja), subió a su conocimiento el juicio que se adelanta en mi contra, por homicidio.

Hoy, por circunstancias de bien para mí y en virtud de que esa honorable Corporación no ha fallado hasta hoy el asunto, me veo en la necesidad de desistir del recurso y pido, en consecuencia, bajen las diligencias en el estado en que se encuentran.

Mi solicitud es de acuerdo con la ley, y según mi desistimiento queda sin valor cualquier petición de persona distinta y de hecho las de mi acusador particular, si las hay, por no autorizarlo la ley; pues, en cuanto a la Corte, carece mi acusador de personería jurídica".

Para resolver, se considera:

Tiene de peculiar este incidente de desistimiento, que contra la sentencia del Tribunal se interpuso recurso de casación no sólo de parte del acusado, sino por el acusador particular, con la circunstancia de que aquella entidad lo concedió para ambos conjuntamente. El auto, que es de fecha 11 de junio de 1935, reza así:

"Para ante la honorable Corte Suprema de Justicia, concédese el recurso de casación interpuesto por el defensor de Carlos Romero Flórez y por el señor acusador particular contra la sentencia de quince de mayo próximo pasado dictada por este Tribunal".

Pero es que, en opinión de la Sala, la acusación particular en los procesos criminales no tiene derecho al recurso de casación que consagra la ley 78 de 1923.

Las funciones de la acusación de que trata el Libro III, Título VI, Capítulo II del Código Judicial, fueron fijadas en la ley 104 de 1922. Dicen las disposiciones pertinentes de este estatuto:

"Artículo 4º—Recibida la indagatoria, el acusado, su apoderado y el acusador, si lo hubiere, y éste en la forma en que lo autoriza la presente ley, podrán intervenir en las diligencias que aún hayan de practicarse para la instrucción del sumario. La completa determinación de éste no tendrá lugar sino después de que se haya calificado su mérito por auto de fondo. Por consiguiente, el sindicado o su apoderado, y el acusador si lo hubiere, pueden pedir la práctica de las pruebas o diligencias que les fueren favorables, y el funcionario dispondrá se practique a la mayor brevedad, previa citación del Agente del Ministerio Público, quien tendrá el mismo derecho".

"Artículo 20.—La acción pública para la investigación y castigo de los delitos que deban perseguirse de oficio, corresponde exclusivamente al Ministerio Público o al funcionario de instrucción, sin perjuicio del denuncio que puedan dar los particulares de los hechos punibles que lleguen a su conocimiento. La acusación particular en estos delitos queda limitada a lo siguiente:

a)—A solicitar las diligencias útiles o procedentes para comprobar el delito y descubrir los delincuentes; y

b)—A pedir el embargo de bienes suficientes para asegurar el pago de la indemnización civil a que diere lugar el delito, teniendo en cuenta el avalúo que sobre este punto se haya practicado".

"Artículo 21.—Para tomar la intervención a que se refiere el artículo anterior, el acusador no tendrá que ser citado y deberá presentarse espontáneamente sin hacer retrogradar el procedimiento. El no reviste el carácter de parte en la acción pública, y sólo puede interponer recurso en el caso del inciso b), debiendo formarse incidente separado a su costa".

Vino luégo la ley 68 de 1923 y dispuso:

"Artículo 6º—La intervención que el artículo 4º de la ley 104 de 1922 concede al acusado, a su apoderado y al acusador particular comprende el derecho de conocer todas las diligencias informativas del sumario.

El acusador particular tendrá derecho a intervenir en la práctica de todas las diligencias del proceso criminal; a solicitar en la causa la práctica de pruebas sobre la responsabilidad del procesado y podrá asímismo alegar oralmente o por escrito en el acto de la celebración del juicio a que haya lugar en el juzgamiento de los delitos de competencia de los Jueces Superiores".

Como se ve, todas estas disposiciones trazan una norma taxativa con respecto a las atribuciones de la acusación particular, y ninguna de ellas toca, en su letra, con el derecho de interponer recurso de casación contra las sentencias de última instancia.

Por otra parte, en la ley 78 de 1923, orgánica del recurso de casación en materia criminal, de manera expresa se determina quiénes pueden interponer este recurso, a saber:

"Artículo 4º—Este recurso puede ser interpuesto:

a)—Por el Agente del Ministerio Público, bien sea el Fiscal del Tribunal respectivo, o por el Procurador General de la Nación;

b)—Por el reo o sindicado personalmente, o por medio de su representante legal, su defensor o apoderado constituído para el recurso".

Y en tratándose de un proceso como el presente, que culminó en condenación, el punto es tanto más claro en su esencia; porque si de conformidad con el artículo 20 de la ley 104 de 1922 arriba transcrito, la acción pública para la investigación y castigo de los delitos que deban perseguirse de oficio corresponde exclusivamente al ministerio público o al funcionario de instrucción, la misión del acusador particular, que no reviste el carácter de parte en esa acción (art. 21 ibídem) y que así, en estricto derecho, ha de enderezarse a obtener la condena del acusado para los efectos de la acción civil sobre reparación del daño, queda cumplida y termina con la sentencia de instancia que pone fin al juicio criminal.

En todo caso, en lo que se refiere especialmente al recurso de casación penal, el sentido del artículo 4º de la ley 78 de 1923 es claro y explícito con respecto a la determinación de las personas que pueden interponer este recurso. Tal sentido se complementa con el texto del artículo 7º de la misma ley, según el cual, para que el recurso se conceda, debe haber sido interpuesto por persona hábil al efecto. La disposición reza:

"Artículo 7º—Interpuesto el recurso oportunamente y por persona hábil, contra una sentencia o fallo de los sujetos al recurso, el Tribunal lo concederá inmediatamente y ordenará que se remita el proceso a la Corte, previa citación de las partes".

El Tribunal no ha debido, pues, conceder el recurso de casación interpuesto por el acusador señor José del Carmen Gutiérrez.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, admite al señor Carlos A. Romero Flórez el desistimiento que hace del recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, fechada el quince (15) de mayo de mil novecientos treinta y cinco (1935), y en la cual se le condenó por homicidio en la persona del señor Luis A. Gutiérrez.

Devuélvase el expediente a la oficina de origen para el cumplimiento de la sentencia referida.

Cópiese, notifíquese y publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Pedro Alejo Rodríguez, José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Alberto Malo B., Srio. en ppd.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

DEMANDA SOBRE NULIDAD DE LA ELECCION DE CONSEJEROS DE ESTADO

De esta clase de juicios conoce la Sala de Negocios Generales, en virtud del mandato del artículo 38, numeral 2º, del C. J.

La Corte estima que en las elecciones que verifican las corporaciones no se necesita la inscripción de las listas, porque esta formalidad sólo se exige por el artículo 2º de la ley 7ª de 1932 para las elecciones populares.

Conforme al artículo 70 de la Constitución Nacional, las Cámaras no pueden abrir sus sesiones ni deliberar con menos de una tercera parte de sus miembros. El QUORUM constitucional lo constituye la tercera parte por lo menos de los miembros de la corporación. Todos los actos ejecutados por las Cámaras con la concurrencia del número citado de sus miembros, son válidos, con excepción de los casos contemplados en el artículo 82, o sea, cuando se cierra el segundo debate, o se vota una ley en tercero, para los cuales se exige la asistencia de la mayoría absoluta de los individuos que componen la respectiva Cámara. De manera que cuando se trata de elecciones, las Cámaras pueden hacerlas con la concurrencia de los individuos que componen el QUORUM constitucional, o sea, con la tercera parte de sus miembros. Pero aun cuando lo expuesto no fuera así, es de observarse que la ley no ha establecido este hecho como causal de nulidad para las elecciones de Consejeros de Estado.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, febrero diez de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

Con fecha 18 de diciembre de 1934, la Sala decretó la acumulación de los juicios sobre nulidad de la elección de Consejeros de Estado, principales y suplentes, hecha por el Senado de la República en sus sesiones del 19 y del 23 de octubre del citado año, y sobre nulidad de los escrutinios correspondientes, juicios iniciados ante la Corte por los señores doctor Juan Uribe Cualla, Juan Bernal U. y Josué Díaz. La acumulación se decretó para que las demandas sean falladas en una sola sentencia, de conformidad con el artículo 411 del C. J. Agotada la tramitación legal correspondiente, se procede a resolver en definitiva, para lo cual se estudian por separado las diversas demandas.

Antes de entrar a estudiar a fondo el negocio, es preciso determinar la competencia de la Sala de Negocios Generales para conocer del asunto.

El artículo 199 de la ley 85 de 1916, le da jurisdicción a la Corte Suprema de Justicia para conocer en una sola instancia de estas demandas. Dice así la disposición mencionada:

"La Corte Suprema de Justicia conocerá en una sola instancia de la demanda sobre nulidad de la elección de Consejeros de Estado, hecha por las cámaras legislativas, y de la de Magistrados de la Corte de Cuentas, que hace el Consejo mencionado. Este, a su vez, conocerá, del mismo modo, de la demanda de nulidad de las elecciones que hace la Corte Suprema para Magistrados de Tribunales de Distrito Judicial y de las que hagan las cámaras legislativas para Magistrados de la Corte Suprema".

El artículo 38 del C. J. establece lo siguiente:

"Artículo 38.—La Sala de Negocios Generales tiene, además, las siguientes atribuciones:

"1ª .....

2º—Conocer de los asuntos que correspondan a la Corte Suprema, por mandato de la Constitución o leyes especiales, no atribuídos a la Corte plena o a las Salas de Casación".

Los artículos 29 a 35 del C. J. fijan taxativamente los asuntos de que conocen la Corte Plena y las Salas de Casación en lo Civil y en lo criminal, y entre ellas no figuran los juicios sobre nulidad de las elecciones de Consejeros de Estado. De estos juicios, cuyo conocimiento está atribuído a la Corte Suprema de Justicia, por el artículo 199 de la Ley 85 de 1916, sin determinar que sea la

Corte Plena o alguna de las Salas de Casación, debe conocer la Sala de Negocios Generales, en virtud del mandato del artículo 38, numeral 2º, del C. J. ya citado.

Demanda del Dr. Juan Uribe Cualla.

Pidió el doctor Juan Uribe Cualla que "mediante la tramitación legal correspondiente, en una sola instancia y por sentencia definitiva se declare la nulidad de la elección de Consejeros de Estado hecha por el Senado de la República en su sesión del día viernes 19 del presente mes de octubre (1934), en favor de los doctores Isaías Cepeda, Ricardo Tirado Macías y Miguel Abadía Méndez, como principales, y la nulidad del escrutinio correspondiente y de la declaración de la elección".

"Es causa o razón de la nulidad de la elección que demando —dice en su libelo el actor— la de no haberse verificado dentro del día y la hora que previamente habíase señalado para llevarla a cabo; la de haberse realizado ya vencido el día 19 de octubre de 1934; y la de haber intervenido en la elección 29 Senadores solamente, de un solo partido o grupo político en una corporación que está integrada por 56 miembros, de los cuales los 27 restantes pertenecen a una colectividad política distinta de la de los Senadores que hicieron la elección; y la de haber aparecido en el escrutinio 32 votos, no obstante no haber concurrido a la elección sino 29 Senadores".

Como causas de la nulidad del escrutinio y de la correspondiente declaratoria de elección, señala el demandante las siguientes: "La de ser nula la elección misma, la de haberse escrutado un número de votos superior al de los votantes, y la de haberse hecho la declaración de la elección con violación de las reglas establecidas en el art. 1º de la ley 7ª de 1932 y 45 del Acto Legislativo número 3 de 1910. También alego como causal de nulidad de la elección y del escrutinio y declaración de la elección, la de no haber sido inscritas debidamente las listas que fueron a la votación".

Las únicas disposiciones que se citan en la demanda como infringidas al verificarse la elección de Consejeros de Estado, son los artículos 1º de la ley 7ª de 1932 y 45 del Acto Legislativo número 3 de 1910.

Con la demanda fue presentado el número 74 de los "Anales del Senado", en el cual aparece publicada el acta de la sesión en que se llevó a cabo la elección de Consejeros de Estado. Durante el término de prueba se allegó a los autos el número 76 de la misma publicación, en que consta que el acta de la sesión del día 19 de octubre de 1934 fue aprobada por el Senado sin observación alguna respecto de la elección, escrutinio y declaratoria de la elección de Consejeros de Estado.

Sobre las causas de la nulidad de la elección alegadas por el demandante, se observa:

Dice el doctor Uribe Cualla que la elección de Consejeros de Estado no se verificó dentro del día y la hora que previamente se había señalado para llevarla a cabo y que se realizó aquélla ya vencido el 19 de octubre de 1934. Ninguna disposición legal determina como causal de nulidad de la elección de Consejeros de Estado la anotada por el actor. Si éste creyó aplicable el numeral 1º del artículo 179 de la ley 85 de 1916, se observa que esta disposición, que se refiere al hecho de que las elecciones se verifiquen en días o períodos distintos de los señalados por la ley o por la respectiva autoridad con facultad legal, sólo es aplicable a las elecciones que se hacen ante los Jurados de Votación y a las que realizan las Asambleas Departamentales.

Por otra parte, tampoco aparece acreditado en el expediente el hecho alegado por el actor como causal de nulidad, y por el contrario, de las mismas pruebas presentadas por el doctor Uribe Cualla resulta que la elección de Consejeros de Estado se verificó en la sesión del Senado del día 19 de octubre de 1934, la cual empezó a las cinco y treinta minutos de la tarde y terminó a las doce de la noche, según el acta correspondiente, publicada en el número 74 de los "Anales del Senado", acompañado por el demandante a su libelo y presentado posteriormente durante el término de prueba en ejemplares debidamente autenticados. Ninguna prueba se presentó por el doctor Uribe Cualla contra el acta en que consta que la elección se verificó el 19 de octubre de 1934, y por tanto, tal documento conserva toda su fuerza probatoria. Además, a petición del doctor Ricardo Ospina, apoderado del doctor Isaías Cepeda, se recibieron las declaraciones de los señores Jorge Orduz A. y Manuel J. Zaldúa, quienes dicen que les consta por haber estado presentes en la sesión del Senado del día 19 de octubre de 1934, que la elección de Consejeros de Estado se verificó antes de las doce de la noche y que el Presidente de la corporación

levantó la sesión al dar el reloj esa hora.

Por lo anterior se ve que el Senado verificó la elección de Consejeros de Estado en el día previamente señalado, y no hay —por tanto— motivo para sostener que se violó la ley al verificar tal acto.

Otro de los motivos expuestos por el doctor Uribe Cualla es el de haber intervenido en la elección solamente 29 Senadores de los 56 que forman la corporación. Pero esto no es causa para considerar viciada de nulidad la elección, porque ésta se verificó con quorum constitucional y la ley no requiere una proporción mayor de votos para la validez de las elecciones hechas por las Cámaras.

Sobre el motivo de nulidad consistente en haber aparecido en el escrutinio 32 votos, no obstante no haber concurrido a la elección sino 29 Senadores, se observa lo siguiente:

El hecho alegado por el demandante, no aparece comprobado en forma alguna. Durante el término de prueba fue solicitada inspección ocular por el apoderado del doctor Isaías Cepeda, en los pliegos que contienen las papeletas de votos y que figuran en otro juicio relativo a la elección de Consejeros de Estado verificada en 1934, y de esa prueba aparece que sólo hubo 29 votos. Por consiguiente, el motivo alegado por el doctor Uribe Cualla no existe. La diligencia fue practicada por el Magistrado ponente en asocio de los testigos doctores Guillermo Peñaranda Arenas y Gonzalo Lindarte. Conviene, para mayor claridad, transcribir a continuación el acta respectiva en lo pertinente. Dice así:

"En seguida el señor Magistrado, los testigos y el Secretario de la Sala procedieron a abrir el pliego que dice contener las papeletas que sirvieron para la elección de Consejeros de Estado hecha por el Senado para el período actual, pliego que pertenece al juicio adelantado en esta misma Sala por el señor Manuel Mejía Rosas, sobre nulidad y rectificación del escrutinio verificado con motivo de la elección de Consejeros de Estado ya aludida, y que ya había sido objeto de otra inspección decretada en el juicio últimamente citado:

"Del detenido examen practicado por el personal de la diligencia en el pliego en mención se obtuvieron las siguientes conclusiones:

"Punto 1º—Contadas las papeletas resultaron veintinueve (29), correspondientes a diez listas de candidatos.

"Punto 2º—Los votos correspondientes a las diez listas de candidatos fueron los siguientes:

"Por la lista del doctor Isaías Cepeda	7	votos
"Por la lista del doctor Ricardo Tirado Macías	10	"
"Por la lista del doctor Carlos Arturo Díaz	2	"
"Por la lista del doctor Miguel Abadía Méndez	1	"
"Por la lista de los doctores Isaías Cepeda, Ricardo Tirado Macías y Miguel Gómez Fernández	2	"
"Por la lista de los doctores Miguel Gómez Fernánded y Ricardo Tirado Macías	1	"
"Por la lista de los doctores Isaías Cepeda y Miguel Abadía Méndez	3	"
"Por la lista de los doctores Ricardo Tirado Macías y Miguel Abadía Méndez	1	"
"Por la lista de los doctores Miguel Abadía Méndez e Isaías Cepeda	1	"
"Por la lista de los doctores Isaías Cepeda y Ricardo Tirado Macías	1	"
"Suman los votos	29	

Conforme a este resultado, sólo obtuvo cuociente la segunda lista con diez votos, la cual elige un candidato que corresponde al nombre del doctor Ricardo Tirado Macías. Para llenar los dos puestos que faltan por proveer se buscan los mayores residuos en orden descendente. Ocupa el primer lugar el correspondiente a la primera lista, con 21/29, o sea la correspondiente al doctor Isaías Cepeda, y por tanto, con dicho nombre se provee el segundo renglón. El tercer renglón corresponde a la lista séptima, que obtuvo el mayor residuo, o sea, de 9/29, lista formada por los doctores Isaías Cepeda y Miguel Abadía Méndez. Como el primer nombre, o sea el del doctor Cepeda, desaparece para los efectos del escrutinio, por cuanto ya se le escrutó con su residuo de 21/29, corresponde el tercer renglón al nombre del doctor Miguel Abadía Méndez, con lo cual se completan los tres nombres por elegir. El error consistió en que seguramente se agregaron al nombre del doctor Cepeda los mismos tres votos que se compu-

taron por separado en la lista de éste con el doctor Abadía Méndez".

La falta de inscripción de las listas es otra causal que alega el demandante. La Corte estima que en las elecciones que verifican las corporaciones no se necesita la inscripción de las listas, porque esta formalidad sólo se exige por el artículo 2º de la ley 7ª de 1932 para las elecciones populares. En efecto, la disposición citada está concebida en los siguientes términos:

"Para toda elección popular es necesario inscribir las listas por que haya de sufragarse, en los términos y condiciones prescritos en el artículo siguiente".

El artículo 3º señala el término y otros requisitos para la inscripción.

La demanda contiene otros reparos de ilegalidad, en los siguientes puntos:

"10)—En el escrutinio se hizo la declaración de la elección con violación del artículo 1º de la ley 7ª de 1932.

"11)—En la elección, en el escrutinio y en la declaración de las elecciones se violó el precepto constitucional sobre representación proporcional de los partidos que están representados en el Senado de la República y las reglas del cuociente electoral que es el sistema de elección vigente en el país.

"12)—Las operaciones realizadas para hacer la declaración de la elección están erradas, y los candidatos elegidos no corresponden a la proporción de las fuerzas políticas actuantes en el Senado de la República.

"13)—Los candidatos declarados electos no corresponden a los que hubieran debido escrutarse aun teniendo en cuenta el resultado numérico y fraudulento de la elección.

"14)—En la elección que acuso y en el escrutinio se registró un fraude notorio por el exceso de votos escrutados sobre los votantes".

Como se ve por lo expuesto anteriormente, no tienen comprobación ni fundamento legal los motivos alegados por el doctor Uribe Cualla en los puntos transcritos de su libelo. El escrutinio se hizo, como consta en el acta de la sesión del Senado y en la diligencia de inspección ocular, mediante el cumplimiento de las formalidades exigidas por la ley y los candidatos escrutados son los que corresponden a las listas que obtuvieron mayor número de votos. Tampoco aparece que se hubiera violado el principio constitucional de la representación proporcional de los partidos, pues el actor no adujo prueba alguna sobre el particular.

Demanda del señor Juan Bernal U.

El señor Juan Bernal U. solicitó la nulidad de la elección de Consejeros de Estado hecha por el Senado en la sesión del viernes 19 de octubre de 1934, en favor de los doctores Isaías Cepeda, Ricardo Tirado Macías y Miguel Abadía Méndez, como principales, y la nulidad del escrutinio correspondiente y de la elección. Demandó, además, la nulidad de la elección de suplentes del Consejero de Estado doctor Ricardo Tirado Macías, recaída en los doctores Manuel Caicedo Arroyo y José Santos Cabrera; de suplentes del Consejero de Estado doctor Isaías Cepeda, recaída en los doctores Nicolás Torres Niño y Vicente Bustamante Iriarte; y de suplentes del Consejero de Estado doctor Miguel Abadía Méndez, recaída en los doctores Rafael Escallón y Joaquín Fidalgo Hermida, elecciones todas que en votaciones aisladas llevó a cabo el Senado de la República en su sesión del día martes 23 del mes de octubre de 1934. Igualmente, solicitó la nulidad de los escrutinios correspondientes a esas votaciones y de las respectivas declaraciones de elección.

Los motivos expuestos por el demandante para fundamentar la solicitud de nulidad de la elección de Consejeros de Estado principales, son los mismos alegados por el doctor Juan Uribe Cualla, los cuales ya fueron estudiados en este fallo, sin que sea necesario repetir el examen de tales argumentos.

La elección de suplentes fue demandada por los siguientes motivos: no haberse dado cumplimiento al artículo 45 del Acto Legislativo número 3 de 1910, pues no se dio representación a las fuerzas políticas que componen el Senado de la República; no haber asistido a la elección sino 27 Senadores, que no constituyen la mitad más uno de los 56 miembros que componen aquella corporación (Senado de la República), la cual estaba integrada sin el **quorom** respectivo; la de haberse hecho la elección de suplentes en un acto aislado y posterior a la elección de principales, con violación de lartículo 1º de la ley 7ª de 1932, que en el particular modificó la ley 60 de 1914; la de haberse votado por los suplentes de cada Consejero de Estado principal en votaciones aisladas y sucesivas, cuando ha debido efectuarse la elec-

ción en un solo acto y junto con los principales.

Sobre lo expuesto se observa:

La única prueba pedida por el señor Bernal fue una certificación del Ministro de Gobierno sobre el número de miembros del Senado de la República en el período de 1930 a 1934. Pero no se acompañó a la demanda ni se pidió después prueba alguna para acreditar que en la elección de suplentes se violó el artículo 45 del Acto Legislativo Nº 3 de 1910 sobre representación proporcional de los partidos. En la elección se empleó el sistema del cuociente electoral que estableció la ley. No hay fundamento con relación a este primer motivo de nulidad alegado por el demandante.

Considera el actor que el hecho de no haber concurrido sino 27 Senadores a la elección, de los 56 que componen el Senado, vicia de nulidad aquel acto. No cita en su apoyo ninguna disposición legal ni de la Constitución. Efectivamente, consta en el acta de la sesión del día 23 de octubre de 1934, que figura en el número 77 de los "Anales del Senado" que se acompañó a la demanda, que en la elección sólo hubo 27 votos y que algunos Senadores se retiraron de la sesión. Pero esto no constituye causal de nulidad, como se verá a continuación.

Conforme al artículo 70 de la Constitución Nacional, las Cámaras no pueden abrir sus sesiones ni deliberar con menos de una tercera parte de sus miembros. El quorum constitucional lo constituye la tercera parte por lo menos de los miembros de la corporación. Todos los actos ejecutados por las Cámaras con la concurrencia del número citado de sus miembros, son válidos, con excepción de los casos contemplados en el artículo 82, o sea, cuando se cierra el segundo debate, o se vota una ley en tercero, para los cuales se exige la asistencia de la mayoría absoluta de los individuos que componen la respectiva Cámara. De manera que cuando se trata de elecciones, las Cámaras pueden hacerlas con la concurrencia de los individuos que componen el quorum constitucional, o sea con la tercera parte de sus miembros. Pero aun cuando lo expuesto no fuera así, es de observarse que la ley no ha establecido este hecho como causal de nulidad para las elecciones de Consejeros de Estado.

Por estas razones, el motivo de nulidad apuntado por el actor no existe.

También considera el señor Bernal como motivo de nulidad, el haberse hecho la elección de suplentes en un acto aislado y posterior a la elección de principales. Esto no constituye causal de nulidad, porque el artículo 2º, inciso 2º, de la ley 60 de 1914, no exige que la votación para suplentes se haga en la misma sesión en que se eligen principales, y puede ella verificarse en acto separado, como lo practicó el Senado. La disposición referida dice así:

"Declarada la elección de los Consejeros principales, se procederá a votar por dos suplentes personales para cada principal, y serán declarados primeros suplentes los que obtengan mayor número de votos, y segundos los que les siguen en orden descendente, en las respectivas categorías de mayoría y minoría, de manera que cada una tenga representación en los primeros y en los segundos suplentes".

Es de advertir que en este caso se votó unánimemente y por una sola lista, sin que pueda por la circunstancia sostenerse que hubo violación del artículo 1º de la ley 7ª de 1932, que establece el sistema del cuociente electoral para las elecciones populares y para las que verifiquen las corporaciones.

El demandante estima como causal de nulidad el haberse votado separadamente por los suplentes de cada Consejero; pero sobre esto se observa que ni el artículo 2º de la ley 60 de 1914 ni el artículo 1º de la ley 7ª de 1932, contienen una norma precisa sobre la manera como debe verificarse la elección de los suplentes de los Consejeros de Estado, que pudiera considerarse violada con el procedimiento adoptado por el Senado. El tenor literal del artículo 2º de la ley 60 de 1914, permite la interpretación que le dio el Senado al votar separadamente por los suplentes de cada principal.

Por lo expuesto se llega a la conclusión de que no es el caso de hacer las declaraciones pedidas en la demanda presentada por el señor Juan Bernal U.

Demanda del señor Josué Díaz

El señor Josué Díaz se presentó como coadyuvante de la demanda del doctor Juan Uribe Cualla. Los motivos que alega para fundamentar su libelo, ya están considerados en este fallo al analizar las demandas presentadas por el doctor Uribe Cualla y por el señor Juan Bernal U. No aduce el actor otros argumentos distintos de los ya expuestos, y por tanto no pueden prosperar sus peticiones.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, de acuerdo con el señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no hay lugar a hacer las declaraciones pedidas en las demandas de los señores doctor Juan Uribe Cualla, Juan Bernal U. y Josué Díaz, en relación con las elecciones de Consejeros de Estado, principales y suplentes, verificadas por el Senado de la República en sus sesiones del 19 y del 23 de octubre de 1934.

Comuníquese al señor Ministro de Gobierno.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

Pedro A. Gómez Naranjo, Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR UN ACCIDENTE FERROVIARIO

El procedimiento señalado por el artículo 27 de la ley 76 de 1920, no puede perjudicar la acción de los ciudadanos para ocurrir al Poder Judicial en demanda de sus derechos; por el contrario, la disposición mencionada deja a salvo de manera expresa, "los derechos de las partes para recurrir al Poder Judicial".

El hecho de que el dictamen no se extendiera en una sola declaración, como lo exige el artículo 716 del C. J., no es suficiente motivo para desestimarlo, porque ésta es una simple irregularidad de forma que no le quita al dictamen su carácter de prueba.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, febrero veintidós de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

El doctor Hernando Valencia C., varón, mayor de edad y vecino de Cali, hablando a nombre del señor Pascual Valencia Cantarrana, también mayor de edad y vecino de Buenaventura, hizo en libelo de 20 de octubre de 1931, ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, la relación de los siguientes hechos:

"Primero.—El señor Pascual Valencia Cantarrana se casó legítimamente por los ritos de la Iglesia católica con la señora Isolina Gamboa, en la ciudad de Buenaventura, de este Departamento del Valle del Cauca, el día 21 de julio del corriente año (art. 22, ley 57 de 1887).

"Segundo.—Por medio de este matrimonio católico contraído por el citado señor Valencia Cantarrana con la señora Gamboa, quedaron legitimados los hijos naturales llamados Serafina, Pascual, Esteban y Vicente Valencia Gamboa, que habían procreado aquéllos antes de la celebración de su referido matrimonio (arts. 236 y 238 del C. C.).

"Tercero.—Siendo las dos y media a tres de la tarde del día veinte de septiembre del año postrero de 1930, la máquina o locomotora del Ferrocarril del Pacífico, de propiedad de la Nación colombiana, atropelló en la propia ciudad de Buenaventura al citado niño Esteban Valencia Gamboa, destrozándole ambas piernas.

"Cuarto.—El día veinte de septiembre de mil novecientos treinta, en que aconteció el doloroso suceso del destrozamiento de las piernas del mencionado niño Valencia Gamboa, de que se habla en el hecho anterior, apenas contaba éste con dos años, un mes y dos días de edad y, por tanto, su legítimo padre, señor Pascual Valencia Cantarrana, era y es actualmente su representante legal.

"Quinto.—A consecuencia del destrozo traumático sufrido por el mismo niño Esteban Valencia Gamboa, el día veinte de septiembre de mil novecientos treinta, de que se habla en el hecho tercero de esta demanda, el doctor Luis Ablanque de la Plata, le amputó en ese mismo día y en el Hospital de Santa Elena de Buenaventura, ambas piernas, seccionándolas por la región del tercio inferior de los muslos, dejando así al damnificado completamente inválido por todo el resto de su vida.

"Sexto.—El mismo suceso desgraciado del destrozamiento de ambas piernas del niño Esteban Valencia Gamboa, causado en Buenaventura por la locomotora No. 51, del Ferrocarril del Pacífico, el día 20 de septiembre de 1930, a que alude el hecho tercero de este libelo, es un hecho gravemente culpa-

ble de la misma empresa ferroviaria, del que debe responder civilmente dicha empresa al tenor de claros y terminantes mandatos legales.

"Séptimo.—La empresa del Ferrocarril del Pacífico es un bien de la exclusiva propiedad de la nación colombiana, y, por lo tanto, es esta misma entidad oficial la que está civilmente obligada a responder de todos los perjuicios causados por sus dependientes y empleados cuando lesionan o violan los derechos de las personas particulares, estando en ejercicio de sus funciones como tales subordinados de la propia empresa.

"Octavo.—Los esposos Valencia Cantarrana y Gamboa han sido siempre, antes y después, de su mencionado matrimonio y son aún extremadamente pobres de recursos pecuniarios y carecen de toda clase de bienes de fortuna para atender a la subsistencia cuotidiana de su numerosa prole, a la que sostienen con el reducido y escaso fruto de su trabajo personal".

Fundado en tales hechos, solicitó que previos los trámites respectivos, se condenara a la Nación, como dueña y propietaria del Ferrocarril del Pacífico, representada por el señor Agente del Ministerio Público, a lo siguiente:

A pagarle a su mandante señor Valencia Cantarrana, como representante legal de su hijo menor Esteban Valencia Gamboa, dentro del término legal, la cantidad de diez mil pesos ($ 10.000.00) oro colombiano, como indemnización por los perjuicios morales y materiales sufridos por dicho menor a consecuencia del accidente ferroviario descrito en otro lugar, o el valor que al efecto se aprecie por peritos designados en el juicio.

El Tribunal, en sentencia de fecha 22 de marzo del año pasado, condenó a la Nación a pagar al señor Pascual Valencia Cantarrana, como representante del menor Esteban Valencia Gamboa, el valor de los perjuicios ocasionados a dicho menor.

La sentencia del Tribunal de Cali ha subido en consulta a la Corte. La Sala tramitó el negocio de acuerdo con las formalidades legales y durante el término respectivo se pidieron pruebas tanto por la parte actora como por el señor Procurador General de la Nación.

Verificada la audiencia pública, concurrió a ella solamente el apoderado de la parte demandante en la segunda instancia, doctor Jorge Méndez V., quien hizo un resumen de sus alegaciones orales, que fue presentado dentro del término legal.

El señor Procurador también alegó de conclusión. Agotadas las ritualidades procedimentales correspondientes, se pasa a fallar el negocio, previas las siguientes consideraciones:

El señor Procurador General de la Nación en memorial del 15 de noviembre pasado, propuso la excepción de "Petición antes de tiempo o de un modo indebido". Para fundamentarla expuso las siguientes razones:

"Dispone el artículo 27 de la Ley 76 de 1920 sobre policía de ferrocarriles, que cuando ocurra un accidente ferroviario, la primera autoridad política del lugar del siniestro debe levantar una información sumaria que debe remitir luégo al Ministerio de Obras Públicas, con el fin de que ese Despacho Ejecutivo estudie el asunto, procure el arreglo amigable del mismo asunto, si fuere el caso, y si esto no fuera posible, decida sobre la indemnización de perjuicios, dejando a salvo los derechos de las partes para recurrir al Poder Judicial si no se conformaren con el fallo administrativo.

"No existiendo en el país, como existe en casi todos los demás, un Código especial de Ferrocarriles, el doctor Esteban Jaramillo, en su calidad de Ministro de Obras Públicas, presentó al Congreso un proyecto de ley que contenía los principios más importantes sobre la materia y que forman hoy las disposiciones de la Ley 76 de 1920.

"Esta ley ha venido a constituir, pues, un Código especial de aplicación preferente en materias ferroviarias.

"De conformidad con las disposiciones de esa ley, en materia de accidentes ferroviarios, las acciones administrativas deben preceder a las judiciales, ya que aquéllas se surten de manera breve y sumaria ante el Ministerio citado. En tales acciones administrativas el Ministerio tiene al doble carácter de amigable componedor entre las partes al existir responsabilidad y el de fijar en último término la cuantía de la indemnización.

"La razón o el fundamento de esas disposiciones es el de que antes de acudir a los Tribunales Judiciales, se agote el estudio por los funcionarios administrativos, se intente la vía amigable y se resuelva el asunto breve y sumariamente.

"También se deduce de los términos imperativos del artículo 27 de la ley ya citada, que la acción administrativa debe surtirse en toda su plenitud ante el Ministerio antes de recurrirse a la justicia ordinaria;

de no ser así se llegaría a la conclusión absurda, desde luego, de que el legislador estableció dos acciones que podían adelantarse al mismo tiempo ante funcionarios distintos, por la misma causa, con la perspectiva de que se dictaran fallos contradictorios y de que resultara inútil una de esas acciones.

"Podría argüirse que el artículo 76 del Código Judicial en su numeral 1º atribuye a los Tribunales Superiores el conocimiento de los asuntos contenciosos en que tiene parte la Nación y en que se ventilen cuestiones de derecho privado, salvo los juicios de expropiación y las controversias que se basen en contratos celebrados en nombre del Estado, pero tal disposición no puede tomarse en forma aislada sino armónicamente con lo dispuesto por el artículo 204 del mismo Código, que establece claramente, **Que las tramitaciones especiales que se hallen en otras leyes deben aplicarse de preferencia**, y ya hemos visto que la ley sobre ferrocarriles constituye por sí misma un Código especialísimo de preferente aplicación. También el artículo 734 del citado Código al hablar del juicio ordinario dispone que éste deberá seguirse cuando la Ley no disponga que se observen trámites especiales o no autorice un procedimiento sumario.

"No debe olvidarse tampoco que las Honorables Cámaras Legislativas al darle su aprobación a la ley sobre organización judicial y procedimiento civil, dejó constancia expresa de que dicha aprobación la hacía en la inteligencia de que Quedaban vigentes las leyes sobre asuntos especiales.

"La decisión del presente punto en el sentido que ha venido comentándolo es de suma importancia, pues si llegare a prosperar la tesis de que no es necesaria la decisión administrativa antes de establecerse las acciones judiciales, hay que decir que el artículo 27 de la Ley 76 de 1920 sobre Código de Ferrocarriles ha muerto".

Sobre el particular se observa:

El artículo 27 de la Ley 76 de 1920, dice así:

"Artículo 27.—Ocurrido algún accidente, o efectuada alguna de las faltas de que trata el artículo anterior, la primera autoridad política levantará una información sumaria de lo acaecido y la remitirá al Ministerio de Obras Públicas.

"El Ministro, en vista de las informaciones que reciba y de los demás datos que pueda allegar, fijará la multa o monto de la indemnización que debe pagar la empresa, después de procurar el arreglo amistoso en el caso de indemnización a particulares, dejando a salvo los derechos de las partes para recurrir al Poder Judicial.

La disposición transcrita contiene una obligación para la primera autoridad política del lugar, que es la de levantar una información sumaria de lo acaecido y remitirla al Ministerio de Obras Públicas. Pero este procedimiento no puede perjudicar la acción de los ciudadanos de ocurrir al Poder Judicial en demanda de sus derechos; por el contrario, la disposición mencionada deja a salvo de manera expresa "los derechos de las partes para recurrir al Poder Judicial".

La vía administrativa indudablemente se concede como un medio más rápido y más expedito para obtener el cumplimiento de ciertas obligaciones; pero ella no puede perjudicar el derecho de los ciudadanos para intentar las acciones civiles que crean tener para hacer aquéllas efectivas.

El derecho de los damnificados por siniestros ferroviarios para intentar las acciones judiciales sobre reparación de los daños, no puede subordinarse a la acción administrativa que señala el artículo 27 de la ley 76 de 1920, porque el procedimiento allí señalado es una obligación de la primera autoridad política cuyo cumplimiento no depende de la voluntad de la persona interesada en la reparación del daño y porque la disposición mencionada hizo, como ya se ha visto, expresa salvedad de los derechos de las partes para el ejercicio de las acciones judiciales. Si la ley hubiera querido subordinar la acción judicial al cumplimiento previo del procedimiento administrativo, lo habría dicho expresamente; pero como no existe ese mandato legal, la equidad y la justicia indican que la interpretación del precepto comentado de la ley 76 de 1920 no puede ser otra que la que expone la Sala en estos considerandos.

Sería injusto dejar el derecho de los damnificados a merced de la voluntad de las autoridades. Si éstas no dan cumplimiento a la obligación de indicar el procedimiento administrativo, el derecho de los ciudadanos para iniciar la acción judicial se ve suspendido, con peligro de ser extinguido por la prescripción que el artículo 2358, inciso 2º del C. C., fija en el corto tiempo de tres años.

En el caso que se estudia se ve con claridad la injusticia a que daría lugar la aceptación de la tesis del señor Procurador: las autoridades de Buenaventura no iniciaron la acción administrativa y en la Gerencia del Ferrocarril ni siquiera se dejó constan-

cia del suceso, como aparece de la certificación correspondeinte allegada a los autos durante el término de prueba. Si el interesado hubiera tenido que esperar para iniciar su acción el cumplimiento de las obligaciones por parte de las autoridades administrativas, se habría extinguido su derecho por el transcurso del tiempo y se habría consumado una notoria injusticia. Este no ha sido el espíritu del legislador, que ha querido, por el contrario, dar a los damnificados las mayores facilidades para el ejercicio de sus derechos.

Las disposiciones de los artículos 204 y 734 del C. J., citadas por el señor Procurador, no tienen aplicación en este caso. El primero de tales artículos dice:

"Las tramitaciones especiales que se hallen en otras leyes deben aplicarse de preferencia, y los vacíos que en ellas se noten se llenan con disposiciones del presente Código".

El artículo 734, que habla del juicio ordinario, es de este tenor:

"El procedimiento de que trata este artículo es el que se sigue para ventilar y decidir cualquier controversia judicial, cuando la ley no dispone que se observen trámites especiales o no autorice un procedimiento sumario".

La ley 76 de 1920, como se ha visto, no señala tramitación ni procedimiento especial que se deba seguir previamente, antes de iniciar las acciones judiciales correspondientes. Allí se indican determinadas obligaciones cuyo cumplimiento corresponde a las autoridades, dejando a salvo los derechos de las partes para recurrir al Poder Judicial. Sobre este particular dice lo siguiente el doctor Méndez Valencia en su alegato de conclusión:

"En cuanto a las tramitaciones especiales de que habla el artículo 204 del C. J., eso es respecto de ciertos asuntos que participando de las condiciones del juicio ordinario, en cuanto a la forma de la demanda, cuantía, etc., están sujetos en su tramitación a disposiciones especiales, que son las que deben aplicarse de preferencia, como en los juicios de expropiación; pero no en cuanto se refiere a las acciones por indemnización de perjuicios, que siguen las reglas de procedimiento común.

"Si el código de procedimiento civil hubiera establecido un procedimiento especial para las acciones por causa de indemnización de perjuicios, la objeción del señor Procurador sería fundada; pero como tal procedimiento no existe, hay que aplicar las reglas generales sobre el juicio ordinario".

La Sala encuentra jurídicas las anteriores razones del señor apoderado del demandante, en relación con la cita que hace el señor Procurador de las dispocisiones transcritas del C. J.

Por lo expuesto se llega a la conclusión de que no puede prosperar la excepción propuesta por el señor Procurador General de la Nación en este juicio y de que es procedente la acción intentada por la vía judicial.

En primer lugar se debe examinar si en realidad ocurrió el suceso que motivó la demanda del señor Pascual Valencia Cantarrana. Con las declaraciones de varios testigos se estableció que el día 20 de septiembre de 1930, la locomotora N° 51 del Ferrocarril del Pacífico, manejada por el maquinista Víctor Julio Silva, entre el barrio de "Nayita", de Buenaventura, y el sitio conocido con el nombre de "El Piñal", atropelló al niño Esteban Valencia Gamboa, de dos años de edad. Sobre esto declararon en la primera instancia los testigos Víctor Castro, Daniel Murillo y Edilberto Castaño, quienes dicen que el tren iba a poca velocidad, como es costumbre en ese sitio y que varias personas le gritaron al maquinista advirtiéndole la presencia del niño en la vía. En la segunda instancia también se adujeron pruebas sobre el hecho y el señor Fiscal del Tribunal Superior de Cali, quien representó los intereses de la Nación en el juicio, manifestó con fecha 2 de noviembre de 1934:

"Es cuestión que que no se remite a duda el hecho básico de la demanda o sea la existencia del siniestro".

Por tanto, está comprobado legalmente el hecho que dio origen a la demanda.

También está suficientemente acreditado el daño sufrido por el menor Esteban Valencia Gamboa, representado por su padre en este juicio. En efecto, el doctor Luis Ablanque de la Plata declaró en la primera instancia que a él le tocó amputar las dos piernas al menor Esteban Valencia Gamboa, por ser ésta la única maenra de salvarle la vida a dicho niño. Agrega que seccionó las piernas por la región del tercio inferior de los muslos, quedando el niño inválido de por vida. Los peritos doctores Rómulo Izquierdo y José Virgilio George, re-

conocieron al menor Esteban Valencia Gamboa en Buenaventura, por comisión del Tribunal, y dijeron lo siguiente ante el Juez de aquel Circuito:

"Hemos reconocido al niño Esteban Valencia Gamboa, a quien se le han amputado ambas piernas hacia la parte media del muslo. Por tal motivo el niño en cuestión queda incapacitado para el desempeño, sobre todo, de sus funciones de locomoción. Esto constituye una lesión de por vida, que hace de él un sér inválido".

Los doctores Luis Ablanque de la Plata y Rómulo Izquierdo J., reconocieron nuevamente al menor el 27 de septiembre de 1935, a petición del señor Procurador durante el término de prueba de la segunda instancia. Dijeron lo siguiente:

"El menor Esteban Valencia Gamboa ofrece los miembros inferiores amputados quirúrgicamente a nivel del tercio medio. Dichas amputaciones, que fueron practicadas por uno de los suscritos con la ayuda del doctor Sánchez Herrera en el hospital de "Santa Elena", de este puerto, por el año de 1930 y a consecuencia de haber sufrido la sección de las piernas por una máquina del Ferrocarril, cicatrizaron sin complicaciones en el término de quince días".

La tercera cuestión que es preciso examinar es la relativa a la responsabilidad de la Nación como propietaria del Ferrocarril del Pacífico. Sobre esto se tiene:

Conforme al artículo 2341 del C. C., "el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido". Y el artículo 2347 del mismo texto establece que "toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellas que estuvieren a su cuidado".

El artículo 26 de la ley 76 de 1920, dice así:

"Las empresas férreas están obligadas:

"..... .....

"e) A indemnizar los daños que se causen a las personas que vayan en los trenes o estén en las inmediaciones de las vías, motivados por descuidos, omisiones o impericias de tales empleados".

Con arreglo a las disposiciones mencionadas es indudable la obligación de la Nación de indemnizar los daños causados al menor Esteban Valencia Gamboa por el Ferrocarril del Pacífico, del cual es aquélla propietaria. El artículo 1604 del C. C. establece que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo y en el expediente no aparece comprobante alguno que acredite esta circunstancia exculpativa de la responsabilidad civil de la Nación. Por el contrario, algunos testigos dicen que el maquinista, por lo lento que iba el tren, hubiera podido evitar el siniestro.

Para determinar el monto de los perjuicios se trajo a los autos el dictamen pericial rendido por los doctores Miguel Angel González C. y Alfonso Fernández R., dictamen que puesto en conocimiento del Fiscal no fue objetado en forma alguna. El Tribunal lo aceptó, por las siguientes razones:

"En concepto de este Despacho, a este dictamen no puede dársele el alcance probatorio que señala el artículo 721 del Código Judicial, porque los expertos desatendieron las voces del artículo 716 ibídem, al llevarlo a término, desde que no procedieron de consuno en la deliberación ni lo extendieron en una sola declaración por estar en un todo de acuerdo.

"Por otra parte, ni siquiera hay constancia de que reconocieran al damnificado, requisito de suma importancia, ya que el sitio preciso de la mutilación se estima de gran valor para determinar los perjuicios.

"Ante tal estado de cosas, es fuerza concluír que, si bien es verdad que aparece comprobado el derecho del actor para cobrar perjucios a la Nación por el suceso desgraciado acaecido, también lo es que no resultan del proceso elementos de convicción para apreciar el valor de tales indemnizaciones, por lo que es incuestionable que la parte idteresada debe acudir a otro juicio para su avalúo".

La Sala se aparta de la muy respetable opinión del Tribunal de primera instancia sobre la apreciación del valor probatorio del dictamen pericial, por estos motivos:

El perito doctor Miguel Angel González dio su concepto en los siguientes términos:

"El día 20 de septiembre de 1930 una locomotora del Ferrocarril del Pacífico arrolló en la ciudad de Buenaventura al impúber Esteban Valencia Gamboa, hijo éste legítimo del demandante. A consecuencia del accidente el nombrado menor fue sometido a una intervención quirúrgica consistente en la amputación que se le hizo de las dos piernas, las que habían sido destrozadas por la locomotora.

"El perjuicio sufrido por el menor dicho es de aquellos que cortan de un tajo o ma-

tan la habilidad de un hombre para sostenerse solo en la vida y para rendir el fruto normal de su trabajo.

"Con base en esta consideración, estimo que existen dos renglones principales para avaluar los perjuicios sufridos por el demandante, a saber: 1º el relativo al costo o suma que un hombre de las condiciones del lesionado necesita para sufragar sus diarias necesidades, por sí solo; y 2º La suma o valor que puede producir libremente un hombre de la condición del ofendido en trabajos materiales. Es decir, debo estimar lo que el lesionado necesita diariamente para su subsistencia, toda vez que la vida de éste, por la invalidez en que ha quedado, será en lo sucesivo una carga constante para sus padres y familiares; y la ganancia neta o libre que diariamente ha podido producir el mismo con su trabajo; todo dentro del término medio ordinario de la vida del hombre entre nosotros, término medio éste que se fija regularmente en sesenta años.

"La condición social y la falta de recursos de los padres del menor nos dicen que éste, sin la lesión que hoy sufre, no habría podido trabajar, es lo más probable, sino como jornalero.

"La estimación de los perjuicios por el sostenimiento del ofendido y la estimación del valor de su trabajo diario la hago en un período de tiempo comprendido entre el día en que el ofendido cumpla la edad de 15 años y el día de su muerte natural; es decir, en un lapso de 45 años. Es natural suponer que hasta los quince años el lesionado, aún sin la lesión, nada habría producido y habría vivido siempre a costa de sus padres.

"Considerando, en el año, trescientos días hábiles para el trabajo, tenemos que un jornalero puede producir anualmente la suma de $ 120, estimando su producción neta en $ 0,40 diarios. Esto en un período de 45 años arroja un total por este concepto de $ 5,400.

"Ahora lo que un jornalero debe producir en el año para atender al costo ordinario de su vida, comprendiéndose todos los gastos indispensables para su subsistencia —alimentación, vestido, habitación, etc.— lo estimo en la suma de $ 0,40 diarios, o sean $ 146 por año, lo cual arroja, en 45 años, un total de $ 6,570. (Para este renglón he tomado año de 365 días).

"Resumiendo, estimo que los perjuicios sufridos por el menor Esteban Valencia G., a causa de la pérdida de las dos piernas, valen la suma global de $ 11,970.

"En los términos anteriores dejo rendido el dictamen que se me pidió, el cual someto a la consideración de las partes y a la aprobación del señor Magistrado".

El perito doctor Alfonso Fernández, se expresó así:

"Como perito, acojo el dictamen rendido por el otro perito, señor doctor Miguel Angel González C. Estoy con éste en completo acuerdo".

Conforme al artículo 721 del C. J., esta exposición hace plena prueba, porque se trata de un avalúo y el dictamen de los peritos es uniforme, explicado y debidamente fundamentado.

El hecho de que el dictamen no se extendiera en una sola declaración, como lo exige el artículo 716 del C. J., no es suficiente motivo para desestimarlo, porque esta es una simple irregularidad de forma que no le quita al dictamen su carácter de prueba. Los dos peritos estuvieron de acuerdo en todo y así lo expresan en sus exposiciones; por consiguiente, se llenó la condición esencial para que el dictamen haga plena prueba.

Además, en la interpretación de estas disposiciones debe tenerse presente el mandato claro y preciso del artículo 472 del C. J., que dice así:

"Los funcionarios del orden judicial, al proferir sus decisiones, deben tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva, y, por consiguiente, con este criterio, han de interpretarse y aplicarse las disposiciones procedimentales y las relativas a las pruebas de los hechos que se aduzcan como fundamento del derecho".

"El H. Magistrado del Tribunal de primera instancia, doctor Ernesto García Vásquez, salvó su voto en la sentencia consultada, por estimar que se ha debido aceptar el avalúo pericial. Apoyó su salvamento en las siguientes razones, con las cuales coincide la opinión de la Sala:

"En efecto, dicho dictamen no fue objetado en forma alguna por las partes; y debe presumirse que al rendir la exposición que ambos peritos suscribieron, procedieron éstos en la forma que indica el artículo 716 del C. J. No hay razón ni motivo legal en qué apoyarse para deducir, como deduce el fallo, que los peritos no procedieron a estudiar las cuestiones o puntos a ellos sometidos, deliberando juntos sobre tales cuestiones, ya que en la misma exposición manifiestan que están de acuerdo sobre la estimación que hacen del monto de los perjui-

cios sufridos por el lesionado, como consecuencia de la amputación de ambas piernas por la región del tercio inferior de los muslos, ocasionada por el atropello de la máquina o locomotora del Ferrocarril del Pacífico, de propiedad de la Nación. Sobre este particular existe el precepto claro y terminante del artículo 721 del C. J., según el cual "cuando se trata de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica, el dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado de dos peritos, hace plena prueba".

"Debió, pues, en mi concepto, acoger la Sala este dictamen o avalúo pericial y fallar de acuerdo con él, y al tenor de la demanda, el juicio promovido por el doctor Hernando Valencia C., como apoderado del señor Pascual Valencia Cantarrana, contra la nación colombiana, en libelo de 20 de octubre de 1931".

Otro de los motivos del Tribunal para desestimar el dictamen es el de que los peritos no reconocieron al damnificado. Sobre esto se observa que la misión de los peritos era avaluar los perjuicios y que no tenían necesidad de reconocer al damnificado, porque en el expediente figuran los reconocimientos periciales practicados en oportunidad y existe la plena prueba del daño causado y de las lesiones recibidas por el niño Esteban Valencia Gamboa.

Queda por fijar el monto de la indemnización. Los peritos avaluaron los perjuicios en la suma de $ 11,970, y una vez aceptado como prueba el dictamen pericial, de conformidad con lo expuesto anteriormente, en esa cantidad debería fijarse la cuantía de los perjuicios. Pero como el valor de la acción fue fijado en la demanda en la suma de $ 10,000, a esta cantidad debe limitarse la indemnización. En efecto, el demandante dice así en la parte de su libelo que determina a qué debe ser condenada la Nación:

"a) A pagarle a mi mandante señor Pascual Valencia Cantarrana, como representante legal de su hijo legítimo el menor Esteban Valencia Gamboa, dentro del término que señala la ley, la cantidad de diez mil pesos ($ 10,000) oro legal colombiano, o el valor que peritos nombrados legalmente al efecto, estimen como justiprecio de la indemnización completa de los perjuicios morales y materiales como damnificado con la pérdida total de ambas piernas, amputadas a consecuencia del accidente culpable ferroviario descrito conforme a los hechos de esta demanda".

Más adelante agrega:

"Fijo la cuantía de esta demanda en la cantidad de diez mil pesos ($ 10,000) oro legal colombiano".

El artículo 471 del C. J. dice que la sentencia debe ser clara, precisa y en consonancia con la demanda y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes. De manera que la Nación no puede ser condenada a más de lo pedido, sino en consonancia con la demanda. Es verdad que el actor dice que se condene a la Nación al pago de la suma expresada, "o al valor que peritos nombrados legalmente al efecto estimen como justiprecio de la indemnización". Pero esta es una petición subsidiaria para en el caso de que el avalúo pericial fuera menor, desde luego que en el libelo se fijó el máximo de las pretensiones del actor en diez mil pesos ($ 10,000) y en esa suma se determinó la cuantía de la acción.

Por las anteriores consideraciones se llega a la conclusión de que la sentencia de primera instancia debe ser reformada en el sentido de fijar en diez mil pesos ($ 10,000) la indemnización de perjuicios que debe pagar la Nación para los daños ocasionados al menor Esteban Valencia Gamboa.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, en desacuerdo con el señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, condena a la Nación a pagar al señor Pascual Valencia Cantarrana, como representante del menor Esteban Valencia Gamboa, la cantidad de diez mil pesos ($ 10,000) en moneda colombiana, como valor de los perjuicios ocasionados a dicho menor por el Ferrocarril del Pacífico el día 20 de septiembre de 1930. La suma expresada será pagada del Tesoro Nacional dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

Queda en estos términos reformada la sentencia consultada.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y oportunamente devuélvase al Tribunal de origen.

Pedro A. Gómez Naranjo, Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán. — Gustavo Gómez Hernández, Srio en ppd.

DEMANDA DE LOS MAESTROS DEL TOLIMA PARA EL PAGO DE LAS VACACIONES

> El cargo de maestro de escuela es de carácter permanente. El espíritu de la legislación colombiana ha sido el de reconocerles a los maestros las vacaciones remuneradas, y no podía ser de otro modo, porque no teniendo aquéllos otra fuente de entrados que sus exiguos sueldos, que rara vez son suficientes para subvenir a las más apremiantes necesidades, si se les niegan durante los meses en que están cerradas, las vacaciones en cambio de constituir un descanso merecido, se convierten para los instituidores en época de mortificaciones y de apuros.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales. — Bogotá, abril veintisiete de mil novecientos treinta y seis.

Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo.

El doctor Juan M. Arbeláez, como apoderado de más de doscientos maestros de escuela del Departamento del Tolima, en libelo de fecha 24 de junio de 1933, demandó al citado Departamento ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, para que se declare que los poderdantes tienen derecho, en su carácter de maestros de escuelas primarias que regentaron en el año fiscal de 1º de mayo de 1931 a 30 de abril de 1932, y que se condene al Departamento a pagarles, dentro del tercero día de ejecutoriada la sentencia que recaiga a la demanda, las sumas que respectivamente les corresponden. Subsidiariamente, pidió que se condene al Departamento del Tolima al pago de un mes de vacaciones.

Como apoyo de la demanda enumeró los siguientes hechos:

"Primero. — Según Decreto número 187 de 1931 (mayo 18), sobre liquidación del presupuesto de ingresos y gastos para el período fiscal de 1º de mayo de 1931 a 30 de abril de 1932, a los maestros de escuela primaria se les liquidaron sus sueldos, correspondientes a los doce meses del año fiscal referido, indicando lo que correspondía a cada uno de ellos, según su categoría.

"Segundo.—Según el decreto citado, se le señaló a cada uno de los maestros de escuela primaria, la suma que le correspondía durante los doce meses, de acuerdo con la categoría en que se le había colocado.

"Tercero.—Por Decreto número 340 de 1931 (septiembre 1º), se modificaron las asignaciones señaladas en el presupuesto, disminuyéndolas en un 10% en los parágrafos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º; y en un 8% en los parágrafos 6º y 7º del artículo 1º, Cap. 30, correspondiente a la educación primaria.

"Cuarto.—A pesar de existir las partidas correspondientes en el presupuesto, el Gobierno del Departamento del Tolima no ordenó ni giró las partidas que correspondían a los meses de diciembre del año de 1931 y enero de 1932, para el pago de los maestros de escuela primaria.

"Quinto.—A mis poderdantes no se les ha pagado los sueldos de maestros de escuela primaria, de las escuelas que regentaron, durante los dos meses citados.

"Sexto.—Por Decretos Nº 66 de 8 de junio de 1931, por el cual se establecen las categorías de maestros del Departamento y se fijan las asignaciones; número 68 del mismo año, por el cual se crean unas escuelas; número 83, número 89, número 91, número 94, número 96, número..., número 115, número 126, número 128 y número 55, todos del citado año de 1931, se fijaron los sueldos que corresponden a mis poderdantes como maestros y se establece su carácter de tales.

"Séptimo.—Mis poderdantes desempeñaron el cargo de maestros de escuela de los respectivos Municipios para que fueron nombrados, durante el año lectivo o parte de él, de 1931.

"Octavo.—Mis poderdantes dieron término a las tareas escolares con los exámenes que presentaron al terminar el año lectivo de 1931.

"Noveno.—Los maestros de escuela tienen derecho al pago de los sueldos durante los dos meses de vacaciones escolares.

"Décimo.—El Gobierno departamental no dictó ninguna providencia desconociendo o negando los sueldos a los maestros, en ese período, y se limitó a no incluír en los presupuestos mensuales de esos meses, las sumas para pagarlos.

"Undécimo.—Desde que existe el actual régimen departamental, el Gobierno del Departamento ha pagado a los maestros de escuela los meses de vacaciones escolares.

"Duodécimo.—En subsidio, los maestros de escuela, en su carácter de empleados públicos, tienen derecho al pago de los co-

rrespondiente al mes siguiente al en que cesaron en sus tareas escolares".

En derecho fundamentó la demanda en los artículos 9º de la ley 33 de 1925, 18 de la ley 82 de 1912, 10º de la ley 78 de 1919, 2066 del C. C., 88 del Decreto número... de 1893, en la ley 57 de 1926 y en el Código Fiscal del Departamento del Tolima.

Notificada la demanda al señor Fiscal del Tribunal Superior, negó la causa o razón de ella y pidió la absolución del Departamento.

El Tribunal en sentencia de fecha 21 de abril de 1934, declaró probada la excepción perentoria de petición antes de tiempo, y en consecuencia, absolvió al Departamento del Tolima de los cargos de la demanda. El actor apeló del fallo y el recurso se le concedió en el efecto suspensivo. Agotada la tramitación propia de la segunda instancia, se pasa a decidir el juicio, previas las siguientes consideraciones:

El señor Procurador pide que se confirme la sentencia apelada por encontrarla fundada en derecho, ya que según dicho funcionario es jurídica la tesis sostenida por el señor Fiscal del Tribunal Superior de Ibagué.

El Tribunal dice lo siguiente, que constituye la base fundamental del fallo apelado:

"Como la acción incoada se encamina a que el Tribunal declare el derecho que tienen los demandantes a los sueldos de los dos meses en referencia, derecho que vino prácticamente a desconocerles el prenombrado Decreto 537, ella no puede prosperar mientras subsista ese acto gubernativo, es decir, mientras no se pruebe que ha sido declarado nulo por la autoridad competente, que no es otra que el Tribunal Administrativo Seccional (artículos 1º y 111 de la ley 130 de 1913).

"Pretender que la justicia ordinaria reconozca a los actores el derecho que alegan en oposición al decreto citado, antes de que la autoridad llamada a decidir de la legalidad de éste declare su nulidad, equivale a que el Tribunal extralimite sus atribuciones, contrariando el principio fundamental de la separación de los poderes públicos, ya que para determinar aquel derecho necesariamente tendría que entrar a establecer si el decreto en mención es o no lesivo de ese derecho, calificando así la legalidad de un acto emanado de un funcionario público extraño a la jerarquía judicial, que sólo puede ser revisado por los Tribunales especiales instituídos para ese fin".

Sobre esto se observa:

El Decreto número 537 de 1931, dictado el 21 de diciembre de 1931, cuando ya habían comenzado las vacaciones de los maestros del Tolima, y publicado en el número 1062 del "Registro Judicial" el 15 de julio del año siguiente, no desconoce el derecho de los demandantes al sueldo de los dos meses de vacaciones: tal decreto fue dictado para contracreditar unas apropaciones del presupuesto, medida que afectó la partida destinada para el pago de los sueldos de los maestros; pero de ahí no se deduce, como lo entendió el Tribunal, que el derecho a la remuneración de los asuetos fuera desconocido. Ni siquiera en los considerando del decreto se hace mención alguna al desconocimiento de los sueldos de vacaciones.

En el cuaderno de pruebas del demandante figura un certificado del Secretario de Hacienda de la Gobernación del Tolima, expedido el 6 de septiembre de 1933, que dice así:

"El Secretario de Hacienda de la Gobernación del Tolima, en vista del despacho número 311, de 28 de agosto de 1933, procedente del Tribunal Superior de Ibagué,

Certifica lo siguiente:

"Primero.—Que en los decretos sobre liquidación de presupuesto correspondientes a los años de 1923 inclusive a 1933 inclusive, se liquidaron los sueldos de los maestros de escuela primaria como se expresa a continuación:

"En el presupuesto para el período fiscal del 1º de mayo de 1923 a 30 de abril de 1924, se liquidaron doce (12) meses.

"En el presupuesto para el período fiscal de 1º de mayo de 1924 a 30 de abril de 1925, se liquidaron doce (12) meses.

"En el presupuesto para el período fiscal de 1º de mayo de 1925 a 30 de abril de 1926, se liquidaron doce (12) meses.

"En el presupuesto para el período fiscal de 1926, 1º de mayo a 30 de abril de 1927, se liquidaron doce (12) meses.

"En el presupuesto para el período fiscal de 1º de mayo de 1927 a 30 de abril de 1928, se liquidaron doce (12) meses.

"En el presupuesto para el período fiscal de 1º de mayo de 1928 a 30 de abril de 1929, se liquidaron doce (12) meses.

"En el presupuesto para el período fiscal de 1º de mayo de 1929 a 30 de abril de 1930, se liquidaron doce (12) meses.

"En el presupuesto para el período fiscal de 1º de mayo de 1930 a 30 de abril de 1931, se liquidaron doce (12) meses.

"Del presupuesto para el período fiscal del 1º de mayo de 1931 a 30 de abril de 1932,

se giraron diez (10) meses, como adelante se explicará.

"En el presupuesto del año fiscal de 1º de mayo de 1932 a 30 de abril de 1933, se liquidaron diez (10) meses.

"En el presupuesto del año fiscal de 1º de mayo de 1933 a 30 de abril de 1934 (Ordenanza 55 de 1933), bajo el Capítulo 33, apenas figuran partidas para "sueldos de los maestros de escuela primaria, en 10 meses".

"Segundo.—Que en veintiocho (28) de enero de mil novecientos treinta y tres (1933), dirigió a la Contraloría Departamental el oficio número 87, que en lo pertinente dice:

"Señor Contralor Departamental.—S. D. Tengo el honor de dirigirme a usted para solicitarle de manera encarecida y urgente, el servicio de decirme si para el año fiscal de 1º de mayo de 1931 a 30 de abril de 1932, existió partida presupuestal suficiente para sueldos de maestros de escuela primaria en todos los doce meses del año".

"Tercero.—Que la Contraloría contestó lo siguiente:

"Colombia—Contraloría del Tolima—Sección 2ª—Control previo.—Oficio Nº 203.—Ibagué, 30 de enero de 1933. — Señor don José Joaquín Caicedo Castilla, Secretario de Hacienda.—E. S. D. — Con alguna demora contesto sus oficios números 86 y 87 de 27 y 28 del corriente mes, para el señor Contralor, en referencia con el sueldo de los maestros de escuela pública en la vigencia fiscal de 1931 a 1932. En dicho presupuesto (Capítulo 30, artículo 1º), se apropió la cantidad de $ 276,481.00 como suficiente para atender al pago de sueldos de maestros de escuela. Después el Gobierno, por medio de su Decreto 340 de 1º de septiembre de 1931, rebajó en un 10% las asignaciones de los parágrafos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º del artículo 1º, capítulo 30, y en un 8% las asignaciones de los parágrafos 6º y 7º del mismo artículo y capítulo. Posteriormente el Gobierno por medio del Decreto número 380 de 19 de septiembre de 1931, contracreditó en $ 16,847.00 la apropiación del capítulo y artículos citados; y luégo, por el Decreto número 537, de 21 de diciembre de 1931, contracreditó esa apropiación en $ 42,067.-30, quedando reducida la cantidad original a $ 217,566.40. De esta cantidad se reconoció a cargo del Tesoro la de $ 201,349.38 y quedó un saldo por girar de $ 16,217.02. Los sueldos de maestros se liquidaron y giraron por diez (10) meses. Sin otro particular me suscribo su respetuoso servidor, Luis E. Cruz, Jefe de la Sección"; y

"Cuarto.—Que entiende que si no fueron ordenados o girados todos los doce (12) meses del año fiscal del presupuesto de mayo de 1931 a abril de 1932, sería porque las partidas correspondientes, por medio de contracréditos, fueron reducidas a la circunstancia de apenas poder ordenar los sueldos referentes a diez (10) meses de ese año fiscal, y de ahí que no haya hallado decreto que por modo diferente redujera a diez meses remunerados la ejecución del presupuesto, en cuanto dice relación con el punto de que se trata. Dado en Ibagué, a 6 de septiembre de 1933.—José Joaquín Caicedo Castilla".

Con este documento se comprueba lo siguiente: que durante ocho periodos fiscales consecutivos, hasta el comprendido de 1931 a 1932, se incluyó en el presupuesto departamental del Tolima la partida suficiente para pagar los doce meses de los sueldos de los maestros de escuela; que en el presupuesto de 1931 a 1932, la partida incluída ascendió a $ 276,481, para pagar en su totalidad los sueldos de los maestros de escuela, pero que el Gobierno la contracreditó en varios decretos hasta reducirla a la suma de $ 217,566.40; que la Gobernación liquidó y giró los sueldos de los maestros por diez meses solamente; que el motivo para no pagar los doce meses completos fue la reducción de las partidas por medio de los contracréditos; que no fue hallado decreto que por modo diferente redujera a diez meses remunerados el sueldo de los maestros de escuela en la citada vigencia de 1931 a 1932.

Por lo anterior se ve que no tiene fundamento la afirmación del Tribunal de primera instancia de que se desconoció por un acto escrito del Gobierno del Tolima el derecho de los demandantes al sueldo de vacaciones. Ni es fundada — por tanto — la conclusión de la sentencia de que hubo petición antes de tiempo por cuanto no se demandó previamente ante la justicia administrativa el acto que en concepto del Tribunal desconoció el derecho de los demandantes.

El cargo de maestro de escuela es de carácter permanente. El espíritu de la legislación colombiana ha sido el de reconocerles a los maestros las vacaciones remuneradas, y no podía ser de otro modo, porque no teniendo aquéllos otra fuente de entra-

das que sus exiguos sueldos, que rara vez son suficientes para subvenir a las más apremiantes necesidades, si se les niegan durante los meses en que las escuelas están cerradas, las vacaciones en cambio de constituír un descanso merecido, se convierten para los institutores en épocas de mortificaciones y de escasez.

El artículo 9° de la ley 33 de 1925, dice así:

"En caso de que algún profesor, maestro o empleado del ramo, falleciere durante las vacaciones reglamentarias, tendrán sus herederos derecho a percibir el sueldo correspondiente al resto de las vacaciones".

Esta disposición es suficiente para fundamentar el derecho de los maestros de escuela a los sueldos de vacaciones, porque no sólo ha querido el legislador que se les paguen a ellos, sino que ha consagrado en favor de los herederos el derecho a recibir dichos sueldos en el caso de muerte de quienes los devengaron.

El Fiscal del Tribunal de Ibagué interpretó el artículo citado en el sentido de que sólo tiene aplicación en el caso de que los Departamentos voluntariamente hayan votado en sus presupuestos la partida necesaria para pagar los sueldos de los maestros en las vacaciones. Pero aun aceptando esa tesis, en el caso presente es indiscutible el derecho de los demandantes al pago de los sueldos de los asuetos, porque la Asamblea del Tolima incluyó en el presupuesto la partida necesaria para pagar doce meses de sueldos, de mayo de 1931 a abril de 1932, conforme a la práctica seguida en aquel Departamento durante muchos años, partida que fue contracreditada por la Gobernación como aparece suficientemente comprobado en autos. Por medio de un contracrédito se hace un movimiento de cuentas dentro del respectivo presupuesto, pero esa operación de carácter adjetivo no puede afectar un derecho ya reconocido. Un ejemplo sirve para ilustrar esta cuestión: los empleados judiciales tienen derecho a vacaciones remuneradas; ¿podría sostenerse fundadamente que lo pierden si el Gobierno resuelve contracreditar la partida señalada en el presupuesto para pagar los sueldos? La contestación negativa se impone como una cuestión elemental.

Además, el Decreto número 66, de 8 de junio de 1931, de la Gobernación del Departamento, acompañado en copia a la demanda, en el cual se establecen siete categorías de maestros de escuela y se fijan las asignaciones correspondientes para todo el personal, dice lo siguiente en el artículo 4°:

"Las anteriores asignaciones regirán hasta el último de enero de 1932".

Esta disposición, que reconoce de manera expresa el sueldo de vacaciones de los maestros, no fue derogada posteriormente. Si el Gobierno hubiera tenido intención de desconocer ese derecho, habría señalado las asignaciones hasta el último de noviembre de 1931 día en que terminó el año lectivo, conforme al artículo 7° de la Ordenanza número 56 de 1931.

El señor Procurador General de la Nación en su vista pide que se confirme la sentencia de primera instancia y para apoyar su solicitud cita los conceptos del señor Fiscal del Tribunal de Ibagué en relación con el alcance del artículo 7° de la Ordenanza número 56 de 1931, a que se hace referencia en este fallo. Tal disposición fijó en diez meses el año lectivo, del 1° de febrero al último de noviembre. La parte del alegato del señor Fiscal que cita el señor Procurador, dice así:

"Es verdad, como argumenta el demandante, que el presupuesto de 1931 a 1932 liquidó doce meses de sueldo para los maestros, pero también es evidente que el Gobierno del Departamento, haciendo uso de la autorización conferida en el artículo 8° de la Ordenanza 68 de 1931, y teniendo en cuenta la grave situación fiscal, contracreditó la patrida destinada a pagar esos sueldos, quedando reducida a lo necesario para cubrir diez meses únicamente, con lo cual, por otra parte, cumplía el Gobierno con el precepto sustantivo ya citado, que fijó en diez meses el período lectivo para todos los establecimientos oficiales de educación del Departamento".

En los anteriores conceptos hay una apreciación equivocada, porque no puede estimarse la Ordenanza que fijó en diez meses el período lectivo, como la disposición sustantiva que el Gobierno departamental debía acatar para negar el sueldo de los maestros en los meses de vacaciones. El período lectivo es el de las tareas escolares y el hecho de fijarlo la Ordenanza, en los mismos términos en que lo señala la ley, no quiere decir que a los meses en él comprendidos deben limitarse los sueldos, ya que —como se ha visto— las vacaciones deben ser remuneradas por tratarse de empleos de carácter permanente. La Resolución número 164 de 1910, señaló el Reglamento de las escuelas nocturnas y en sus artículos 18 y 19 estableció cuál es el período lectivo, lo mismo que el derecho a las vacaciones remuneradas. Dicen así los artículos citados:

"Artículo 18.—El año lectivo empezará el 1º de febrero y terminarán el 30 de noviembre. Las inscripciones de nuevos alumnos empezarán el 15 de enero. Sin embargo, en las regiones del país donde esté admitido otro tiempo para las mismas inscripciones y tareas educativas en las escuelas primarias, podrá ser este mismo el de las nocturnas, mediante aprobación del Ministerio de Instrucción Pública.

"Artículo 19.—El período que medie entre la fecha señalada para fin de las tareas y la señalada para la reapertura de ellas, será de vacaciones, y durante él los maestros gozarán del sueldo correspondiente".

Estas disposiciones se refieren a las escuelas nocturnas; pero en ellas se establece para las últimas el mismo período lectivo de las escuelas primarias, y es obvio que si a los maestros de las nocturnas les reconoce la ley sueldo en las vacaciones, con mayor razón deben tenerlo los maestros de las primarias.

También el Reglamento de las Escuelas Normales, expedido por el Ministerio de Instrucción Pública el 31 de agosto de 1893, en cumplimiento del Decreto número 429, de 20 de enero del año citado, contiene disposiciones que vienen a confirmar lo aseverado en este fallo sobre que la legislación colombiana se ha inspirado en el propósito laudable de reconocer a los maestros de escuela y en general a los empleados de los institutos docentes, los sueldos de las vacaciones. Los artículos 63 y 64 de la Resolución mencionada, son de este tenor:

"Artículo 63.—El año escolar en las Normales principiará el día 1º de febrero y terminará el 30 de noviembre. Las inscripciones o matrículas en el año correspondiente principiarán diez días antes de abrirse la escuela y terminarán diez días después.

"Artículo 64.—Desde el 1º de diciembre hasta el 31 de enero habrá vacaciones, y los superiores y catedráticos disfrutarán del sueldo correspondiente a ese tiempo".

A esto se agrega que los profesores y empleados de las Facultades de la Universidad y de todos los institutos nacionales de educación, reciben sus sueldos en los meses de vacaciones.

Estudiado lo relativo al derecho de los demandantes, se pasa a examinar las pruebas presentadas sobre los hechos que constituyen el fundamento de la demanda.

El Tribunal en auto del 4 de julio de 1933, reconoció la personería del doctor Juan M. Arbeláez, como apoderado de los demandantes que se mencionan en dicha providencia. Negó los poderes en relación con María T. Ospina, Natividad A. de Cleves, Ester Góngora, Miguel Angel Chaves, Ester Sánchez y Narciso Viña, porque no suscribieron ni presentaron los respectivos memoriales.

Se observa que en el auto citado se reconoce la personería del doctor Arbeláez como apoderado de Isabel Bahamón, vecina del Municipio de Carmen, quien no firmó el memorial ni lo presentó ante la autoridad competente, como aparece del poder constituído por otros demandantes, visible al folio 42 del cuaderno principal. Aun cuando el auto referido es ley del proceso, no puede tener eficacia, porque no es jurídico condenar al Departamento del Tolima a pagar determinada suma a una persona que no ha iniciado legalmente la acción respectiva ni ha manifestado en forma alguna su voluntad de adelantar una querella contra la nombrada entidad.

Durante el término de prueba de la primera instancia se allegó al expediente un certificado del Jefe de la Sección de Educación Pública del Tolima, en el cual constan los nombres de los maestros demandantes que desempeñaron sus cargos en los Municipios para que fueron nombrados durante el año lectivo de 1931 y presentaron los exámenes de fin de año. En la lista citada no están comprendidos los nombres de los siguientes demandantes, respecto de los cuales es necesario hacer en la sentencia la correspondiente declaración negativa, por no haber comprobado su derecho: Tulia v. de Caicedo, Isaura Bonilla, Saturia de Lozano, Ana M. de Ospina, Daniel Rubio, Encarnación Buenaventura, Julia Elisa Varón, Aura Echeverry, Juan Enrique Torres, Faustino Carvajal, Evangelina Guzmán, Rita Góngora, Clementina Rodríguez, Clementina Aguirre, Leonor Cárdenas, Nieves Murillo y Argemira Pascuali.

A la demanda se acompañó copia de los Decretos número 66 de 1931 y demás de la Gobernación del Tolima que establecen las categorías de maestros, fijan asignaciones y hacen nombramientos para el período lectivo de 1931. Con esas pruebas se acreditó el sueldo que devengaba la mayoría de los demandantes y —por tanto— con relación a éstos la sentencia debe declarar la suma que el Departamento debe pagar a cada uno de ellos, por los meses de vacaciones de diciembre de 1931 y enero de 1932, ya que su derecho está plenamente comprobado.

Esta declaración debe hacerse teniendo en cuenta además de las pruebas presentadas para acreditar los sueldos devengados, las peticiones de la demanda con referencia a cada uno de los demandantes.

No obstante lo anterior, con respecto a algunos de los demandantes no se estableció la cuantía del sueldo que devengaban, pero como el derecho está acreditado, pues aparece de las pruebas recibidas que prestaron sus servicios durante el año lectivo y presentaron los correspondientes exámenes, la sentencia debe reconocerles ese derecho de conformidad con lo que comprueben de acuerdo con las formalidades legales. Los demandantes que se hallan en estas circunstancias son los siguientes: Amelia Flórez, María Clemencia Guzmán, Elvia Arciniegas, Clara Inés Arbeláez, Carmen Rodríguez Pérez, Blanca M. de Giraldo, Rosa Emilia Tovar Portela, Victoria Cubillos, Alicia Barrero, Eva Rodríguez, Inés Restrepo, Clara Rosa Mosquera, Petronila Garay, Sara María Barón H. y Ana Estela P. de Pérez.

Con relación a Camila Parga, Elvia Díaz Zárate, Carlota Buriticá, Ana Tulia Pardo, María Montes, Rosa Tulia de Ruiz, Carmen Basto, Mercedes Restrepo de Rincón, Leonel Castro y María E. S. de Cárdenas, no es posible hacer declaración alguna, no obstante que sus poderes fueron reconocidos, porque no se mencionan en la demanda y la acción no fue iniciada en su nombre.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca la sentencia apelada y en su lugar resuelve lo siguiente:

Primero. — Condénase al Departamento del Tolima, a pagar, seis días después de ejecutoriada esta sentencia, los sueldos de los meses de vacaciones de diciembre de 1931 y enero de 1932, de los maestros que se expresan a continuación y de conformidad con la cuantía que se señala para cada uno de ellos: A Eva Tello R. ciento trece pesos con cuarenta centavos $ 113,40); a Benilda Guzmán sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Rosa Elena Pulecio sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a María de J. de Castro, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Ana Rita Guzmán, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Argemira Mahecha, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Rosalina Guzmán H., sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Romelia Tafur, sesenta y cuatro pesos con sesenta centavos ($ 64,40); a Alicia Medina, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Rosa Tulia Tafur, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Rafael Cepeda, ciento trece pesos, cuarenta centavos ($ 113,40); a Antonio Polanco G., setenta y tres pesos con sesenta centavos ($ 73,60); a Isabel Guzmán H., sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Alcides Guzmán T., ciento trece pesos con cuarenta centavos ($ 113,40); a Eliseo Campos, ciento trece pesos con cuarenta centavos ($ 113,40); a Manuel Rojas, ciento trece pesos con cuarenta centavos ($ 113,40); a Carmen Rocha C., ciento trece pesos con cuarenta centavos ($ 113,40); a Rosaura Guzmán V., ochenta y dos pesos con ochenta centavos ($ 82,80); a Silvia Guzmán T., ochenta y dos pesos con ochenta centavos ($ 82,80); a Manuel José Nieto, noventa y nueve pesos ($ 99); a Eva María Nieto, noventa y nueve pesos ($ 99); a María Z. de Hernández, ciento trece pesos, cuarenta centavos ($ 113,40); a José M. Suárez R., ciento trece pesos con cuarenta centavos ($ 113,40); a Carlos E. Arbeláez, ciento veintiséis pesos ($ 126); a José Raúl Paz M., ochenta y dos pesos con ochenta centavos ($ 82,80); a Lucila Varón, noventa y nueve pesos ($ 99); a Alfredo Peláez V., noventa y nueve pesos ($ 99); a Francisco Rengifo, ciento veintiséis pesos ($ 126); a Ignacio Díaz F., ciento veintiséis pesos ($ 126); a Aníbal Carvajal, ciento veintiséis pesos ($ 126); a Juan Olmos, ciento trece pesos, cuarenta centavos ($ 113,40); a Rafael Martínez, ciento veintiséis pesos ($ 126); a Soledad Rengifo, ciento veintiséis pesos ($ 126); a Cecilia Vargas, ciento veintiséis pesos ($ 126); a Beatriz Lozano, ciento veintiséis pesos ($ 126); a Trinidad Peña, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a María Echeverry, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Teresa V. de González, ciento trece pesos, cuarenta centavos ($ 113,40); a Dolores Cárdenas, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a María Josefa Herrera, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Ana Felina Guarnizo, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Inés Orozco G., sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Ana Rosa Polanco, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Ninfa Montoya, sesenta y cua-

tro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Bernardo Arciniegas, ciento trece pesos con cuarenta centavos ($ 113,40); a Marceliano Rojas, noventa y nueve pesos ($ 99); a Luis M. Ruiz, ochenta y dos pesos con ochenta centavos ($ 82,80); a Aurelio Cortés, noventa y nueve pesos ($ 99); a Rafael Ortiz, ciento trece pesos con cuarenta centavos ($ 113,40); a Herminia de García, ochenta y dos pesos con ochenta centavos ($ 82,80); a Rosa María Piedrahita, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Ana F. Llano, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Emma Godoy, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Rosario Salazar, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Zoila Piedrahita, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Julio C. Castaño, ochenta y dos pesos con ochenta centavos ($ 82,80); a José A. Barrero C., ochenta y dos pesos con ochenta centavos ($ 82,80); a Luis V. Prada, ochenta y dos pesos con ochenta centavos ($ 82,80); a Rafael Rocha, ochenta y dos pesos con ochenta centavos ($ 82,80); a Luis Guerrero, ciento trece pesos con cuarenta centavos ($ 113,40); a Pablo E. Ospina, ciento trece pesos con cuarenta centavos ($ 113,40); a Teodoro Ospina, ciento trece pesos con cuarenta centavos ($ 113,40); a Carmen Góngora, ciento trece pesos con cuarenta centavos ($ 113,40); a Neftalí García, ciento trece pesos con cuarenta centavos ($ 113,40); a Laura Espinosa, noventa y nueve pesos ($ 99); a Susana Castro, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Alfredo Ramírez, setenta y tres pesos con sesenta centavos ($ 73,60); a Dioselina Bonilla de Matiz, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Celia Lozano de Lozano, ciento trece pesos con cuarenta centavos ($ 113,40); a Rosa Inés Lozano B., sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Ismael Muñoz, noventa y nueve pesos ($ 99); a Guillermo Arango, setenta y tres pesos con sesenta centavos ($ 73,60); a José Joaquín Bernal, ciento trece pesos con cuarenta centavos ($ 113,40); a Jorge Quevedo, noventa y nueve pesos ($ 99); a Blanca Sáenz de Palacio, ciento trece pesos, cuarenta centavos ($ 113,40); a Mercedes Correa, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Rosario Díaz, ciento veintiséis pesos ($ 126); a Manuel Cardoso, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a María Elena Trujillo, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Mercedes Quijano, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Josefina Ortiz, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Carmen Cortés, sesenta y cuatro pesos con cuaernta centavos ($ 64,40); a Heliodora Tello, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Angelina Castellanos, ciento trece pesos con cuarenta centavos ($ 113,40); a María de Jesús Aguilar, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a María de Jesús Cortés, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Andrés Bermúdez, ciento trece pesos con cuarenta centavos ($ 113,40); a Marcos Cardoso, ochenta y dos pesos con ochenta centavos ($ 82,80); a J. Joaquín Bernal, ciento trece pesos con cuarenta centavos ($ 113,40); a Ramón Rojas, ochenta y dos pesos con ochenta centavos ($ 82,80); a Ana Caballero, sesenta y cuatro pesos, cuarenta centavos ($ 64,40); a Jenaro Murillo, setenta y tres pesos con sesenta centavos ($ 73,60); a María Delia Caicedo, ciento trece pesos con cuarenta centavos ($ 113,40); a Juan F. Ruiz A., setenta y tres pesos con sesenta centavos ($ 73,60;; a Joaquín E. Aguirre, ochenta y dos pesos con ochenta centavos ($ 82,80); a Manuel González, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Justo A. Canal, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Judith Ayerbe, ochenta y dos pesos con ochenta centavos ($ 82,80); a Emilia Ruiz, ochenta y dos pesos con ochenta centavos ($ 82,80); a Rosario Henao, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Zoila Rosa Mejía, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Luisa Chalarcá, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Débora Posada, sesenta y cuatro pesos, cuarenta centavos ($ 64,40); a Carmen Rosa Pardo, sesenta y cuatro pecon con cuarenta centavos ($ 64,40); a Rosa María Valencia, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a María Hernández O., sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Celmira Aguirre, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Antonio Martínez Rojas, sesenta y cuatro pesos, cuarenta cvos. ($ 64,40); a Fortunato Torres, ciento trece pesos, cuarenta centavos ($ 113,40); a Inés Murillo, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Eva Alvarez sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Raquel Arias, sesenta y cuatro pesos, cuarenta centavos ($ 64,40); a Miguel A. Cabezas, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Efraín

Barrero, setenta y tres pesos con sesenta centavos ($ 73,60); a Soledad Triana, ciento veintiséis pesos ($ 126); a María Inés Tejada Salas, ciento trece pesos con cuarenta centavos ($ 113,40); a Teresa Lucena, noventa y nueve pesos ($ 99); a Rosario Muñoz, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a María Londoño, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Emma Restrepo, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Belarmina Bedoya, sesenta y cuatro pesos, cuarenta centavos ($ 64,40); a Felicidad Grisales, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Jesús María Ramírez, ochenta y dos pesos con ochenta centavos ($ 82,80); a Rosa Elvira García, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Cupertina Pineda, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Francelina Bedoya, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Carmen Giraldo, ochenta y dos pesos con ochenta centavos ($ 82,80); a Luis Carlos Zuloaga, ochenta y dos pesos con ochenta centavos ($ 82,80); a Gerardo Franco, ciento trece pesos con cuarenta centavos ($ 113,40); a Ruperto Castro, noventa y nueve pesos ($ 99); a Evangelina Gómez, ciento veintiséis pesos ($ 126); a Elisabeth Santa, ciento trece pesos con cuarenta centavos ($ 113,40); a Lucrecia Falla de Santa, ciento veintiséis pesos ($ 126); a la Hermana María de Jesús, ciento veintiséis pesos ($ 126); a la Hermana Marta Inés, ciento veintiséis pesos ($ 126); a Luis Francisco Castrillón, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Primitivo Caballero M., noventa y nueve pesos ($ 99); a Rosa María Gordillo de Céspedes, noventa y nueve pesos ($ 99); a Marcos Castrillón, ochenta y dos pesos con ochenta centavos ($ 82,80); a Soledad Pardo, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Fernando Castro, noventa y nueve pesos ($ 99); a Lino Moncaleano, ciento trece pesos con cuarenta centavos ($ 113,40); a María Luisa Afanador, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Lucila Ramírez, ochenta y dos pesos con ochenta centavos ($ 82,80); a María Dolores Bautista, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Alcira Torres de Moncalcano, ciento trece pesos con cuarenta centavos ($ 113,40); a Verónica de Rosas, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Julio Gómez, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Jesús María Guzmán, ciento trece pesos con cuarenta centavos ($ 113,40); a Gabriel E. Salamando, ciento trece pesos con cuarenta centavos ($ 113,40); a Edelmira Arce, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Dolores Arce, ciento trece pesos con cuarenta centavos ($ 113,40); a Zoila María Perdomo, ochenta y dos pesos con ochenta centavos ($ 82,80); a Clementina Bonilla, ciento trece pesos con cuarenta centavos ($ 113,40); a Susana Medina, sesenta y cuatro pesos, cuarenta centavos ($ 64,40); a Emeteria Oviedo, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Emperatriz Guzmán, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Ana Padilla, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Sixta Tulia Rincón, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a María Ena Barón, sesenta y cuatro pesos, cuarenta centavos ($ 64,40); a Eduino Sabogal, ochenta y dos pesos con ochenta centavos ($ 82,80); a Aminta Triana Aguilar, ochenta y dos pesos con ochenta centavos ($ 82,80); a Edelmira Peralta, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Ana Rita Briñez, sesenta y cuatro pesos, cuarenta centavos ($ 64,40); a Mercedes M. de Calderón, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Sofía Lamprea, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Posidia Pérez Zárate, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40); a Alberto Sánchez, noventa y nueve pesos ($ 99), y a María Antonia Arce, sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 64,40).

Segundo. — Condénase al Departamento del Tolima a pagar los sueldos de los meses de vacaciones de diciembre de 1931 y enero de 1932, de los maestros que se expresan a continuación, de conformidad con la cuantía que comprueben de acuerdo con las formalidades legales: Amelia Flórez, María Clemencia Guzmán, Elvia Arciniegas, Clara Inés Arbeláez, Carmen Rodríguez Pérez, Blanca M. de Giraldo, Rosa Emilia Tovar Portela, Victoria Cubillos, Alicia Barrero, Eva Rodríguez, Inés Restrepo, Clara Rosa Mosquera, Petronila Garay, Sara María Barón H. y Ana Estela P. de Pérez.

Tercero. — Absuélvese al Departamento del Tolima de los cargos de la demanda en relación con los demandantes que se expresan a continuación: Isabel Bahamón, Tulia v. de Caicedo, Isaura Bonilla, Saturia de Lozano, Ana M. de Ospina, Daniel Rubio, Encarnación Buenaventura, Julia Elisa Barón, Aura Echeverry, Juan Enrique Torres, Faustino Carvajal, Evangelina Guzmán, Ri-

ta Góngora, Clementina Rodríguez, Clementina Aguirre, Leonor Cárdenas, Nieves Murillo y Argemira Pascuali.

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

Pedro A. Gómez Naranjo, Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gallán—Gustavo Gómez Hernández, Srio. ppd.

DEMANDA PARA EL PAGO DE UN SEGURO DE VIDA, CONFORME A LO ESTATUIDO POR UNA ORDENANZA DEPARTAMENTAL

Habiéndose constituído el Departamento de Caldas en asegurador de todos sus empleados, conforme a la Ordenanza número 46 de 1932, con determinadas excepciones, no podía desconocerse el derecho de la acción.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, septiembre doce de mil novecientos treinta y cinco.

Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo.

La señora Ana Rita Quintero v. de Vargas, en libelo de fecha 31 de noviembre de 1933, demandó ante el Tribunal de Manizales al Departamento de Caldas, para que previos los trámites del juicio ordinario, se condene a dicha entidad a pagarle el seguro de vida de su esposo Manuel Jesús Vargas, en la cantidad en que lo determinen las disposiciones legales vigentes, por haber fallecido cuando desempeñaba el cargo de agente de policía de tercera clase en la ciudad de Manizales.

Tramitado el negocio legalmente, el Tribunal le puso fin con la sentencia de 3 de septiembre de 1934, en la cual se declaró que el Departamento de Caldas está en la obligación de pagar a la Sra. Ana Rita Quintero de Vargas el seguro de vida a que se hizo acreedora por la muerte de su marido señor Manuel Vargas, ocurrida el 8 de mayo de 1933, estando en ejercicio de las funciones de policía. Se declaró igualmente que el seguro que el Departamento debe pagar a la señora Quintero de Vargas debe ser igual al valor del sueldo que le correspondería en un año de servicio.

Notificada la sentencia, fue apelada por el señor Fiscal 2º del Tribunal, y el recurso se concedió en el efecto suspensivo. Agotados los trámites que señala la ley para la segunda instancia y no observándose en el proceso ninguna causal de nulidad, se procede a ponerle fin con el fallo definitivo, previas las siguientes consideraciones:

El señor Manuel Jesús Vargas murió en Manizales en la época en que desempeñaba el cargo de policía de seguridad. Adquirió la enfermedad a consecuencia de la cual murió estando en ejercicio de sus funciones. Su esposa, señora Ana Rita Quintero v. de Vargas, pidió al Gobernador del Departamento de Caldas, de conformidad con el artículo 66 de la Ordenana 46 de 1932, que se le reconociera el derecho a cobrar el valor correspondiente a un año de sueldo que devengaba el señor Vargas. La Gobernación, en Resolución de 19 de octubre de 1933, negó lo pedido por la demandante por considerar que Vargas no falleció por razón de sus funciones, como lo exige la Ordenanza número 46 citada, y agregó que en los casos de muerte natural como el que se contempla, existe el auxilio o seguro mutuo decretado por el artículo 76 de la misma Ordenanza.

La demandante pide como acción principal el seguro de vida de su esposo, de conformidad con la Ordenanza número 19 de 1932, y en subsidio, solicita que se declare que el Departamento de Caldas está en la obligación de pagarle el auxilio o recompensa a que se refiere la Ordenanza 46 de 1932, en su artículo 66. El Tribunal, como se ha visto, condenó al Departamento al pago del seguro, o sea, lo pedido como acción principal de la demanda.

Para mayor claridad, conviene insertar a continuación las tres disposiciones a las cuales se contrae la controversia surgida entre la demandante y los representantes del Departamento de Caldas.

El artículo 1º de la Ordenanza número 19 de 1932, dice así:

"Artículo 1º—Desde la vigencia de esta Ordenanza, el Departamento asume y toma a su cargo el carácter de asegurador de todos sus empleados y obreros, cuyo sueldo no pase de cuatro mil doscientos pesos ($ 4,200) anuales y que mueran a su servicio.

"Parágrafo.—Se exceptúan los empleados y obreros amparados por disposiciones especiales".

Los artículos de la Ordenanza 46 de 1932, son estos:

"Artículo 66.—Cuando muera un empleado o agente de policía a que se refiere la presente ordenanza, en ejercicio de sus funciones y por razón de las mismas, el Departamento pagará la asistencia médica y farmacéutica y los gastos de entierro, y se reconocerá un auxilio o recompensa igual al valor del sueldo anual que devengaba dicho agente o empleado, al tiempo de su muerte".

"Artículo 76.—Cuando muera un agente de policía departamental, siempre que no sea por suicidio, los demás que existan en el cuerpo el día de la defunción, dejarán cada uno, y por una sola vez, en poder del habilitado de Manizales, cuando la defunción ocurra en esta ciudad, o en poder del respectivo empleado pagador, cuando se verifique en otro lugar, la suma de un peso. Los empleados que retengan las sumas expresadas, las enviarán por el primer correo al habilitado. La Secretaría de Gobierno ordenará la entrega a los deudos del finado en el orden especificado en el artículo 69. Estas cantidades tampoco constituyen haber hereditario".

Se exceptúan del seguro de vida los empleados y obreros amparados por disposiciones especiales. Esta disposición fue dictada según se comprende, para evitar que el Departamento estuviera obligado a pagar doble recompensa a los deudos del empleado u obrero fallecido a su servicio, como sería el caso de que se tuviera que pagar el seguro de vida a un policía y además la recompensa de que trata el artículo 66 de la Ordenanza número 46 de 1932.

La Ordenanza 46 citada, contempla dos clases de recompensas: la del artículo 66, que es de carácter departamental, y la del 76, que es pagada por el personal del cuerpo de policía.

Esta última disposición no hace otra cosa que reglamentar el auxilio mutuo entre los agentes; pero es claro que el pago de la suma colectiva entre ellos de sus sueldos, no libra al Departamento de la obligación de pagar la recompensa o el seguro señalado por las Ordenanzas.

En el caso que se estudia, la Gobernación negó la recompensa por considerar que conforme a los términos del artículo 66 de la Ordenanza número 46 de 1932, el agente Manuel Jesús Vargas no quedó comprendido en las condiciones de tal artículo. Por consiguiente, no quedó amparado por disposiciones distintas de las del seguro, para sostener que se le debía negar éste. Está, por tanto, obligado el Departamento a reconocer a la demandante el seguro de su esposo, ya que aquella entidad se constituyó en aseguradora de todos sus empleados, sin exceptuar sino los comprendidos en otras disposiciones, entre los cuales no está, como se ha visto, el señor Manuel Jesús Vargas.

No puede alegarse para desconocer el derecho de la demandante que recibió la cantidad del auxilio mutuo de los policías, porque como se ha dicho ya, este pago de carácter particular de los empleados no libra al Departamento de sus obligaciones por razón de la recompensa o del seguro.

El señor Procurador General de la Nación se opone a la acción y estima que debe revocarse la sentencia. Para fundamentar sus conclusiones, acoge las razones del señor Fiscal expuestas en la primera instancia, las cuales quedan desvirtuadas con los argumentos ya expuestos en este fallo. Considera, además, el señor Procurador que la Corte carece de competencia, por cuanto la acción fue intentada sin que terminara la tramitación de la vía administrativa, ya que las Ordenanzas que reglamentan el seguro y la recompensa establecen que el Gobernador es el encargado de reconocer el derecho a ellos. Agrega lo siguiente:

"Si la Gobernación de Caldas negara el derecho, debe recurrirse a las entidades administrativas encargadas de revisar los actos de los Gobernadores. Solamente terminada la jurisdicción administrativa, si hubiere injuria al derecho, podría intervenir el Poder Judicial".

Sobre esto se observa:

En primer lugar aparece de autos que la demandante solicitó a la Gobernación la recompensa y le fue negada, declarando la Gobernación que sólo tenía derecho a la cuota correspondiente al auxilio mutuo de los policías. Por otra parte, la vía administrativa se concede como un medio más rápido de obtener el reconocimiento de ciertas obligaciones; pero ella no puede perjudicar el derecho a intentar las acciones civiles correspondientes para hacer aquéllas efectivas. El artículo 11 de la Ordenanza sobre seguro de que se ha hecho mención, dice que el Gobernador dejará a salvo los derechos de los interesados para que ocurran al Poder Judicial si a bien lo tienen. Por tanto, es indudable la competencia del Tribunal y de la Corte para conocer de este negocio.

La demandante comprobó el fallecimiento de su esposo, el matrimonio y la circunstancia de estar aquél en ejercicio de su cargo cuando contrajo la enfermedad.

Por todas estas razones, es el caso de confirmal el fallo de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Pedro A. Gómez Naranjo, Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán. — Gustavo Gómez Hernández, Srio. ppd.

RECURSO DE SUPLICA. — COADYUVACION EN UN PLEITO

Se coadyuva en un pleito cuando una persona distinta de las partes interviene en el pleito con personería jurídica para hablar en él, emanada de causa o derecho distinto del derecho que es materia del juicio mismo. Admitir una coadyuvación que se funda en el reconocimiento anticipado de los derechos que van a ser materia de la decisión judicial que se persigue, es absurdo porque implica petición de principio, ya que da por demostrado o probado precisamente lo que se trata de establecer en el juicio, y faltar en tales condiciones implicaría la ratificación en un incidente de los hechos y del derecho aducidos y alegados en el pleito principal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Sala Dual—Bogotá, septiembre veintitrés de mil novecientos treinta y cinco.

Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán.

Contra el auto dictado el 2 de julio del año en curso por el señor Magistrado sustanciador con ocasión del incidente promovido por la señora Georgina Arana de Páramo, para que se la tenga como parte en el juicio ordinario que contra la Nación adelanta el señor Carlos A. Castro, pidió reposición el señor apoderado de aquélla.

Negada la revocación, se procede ahora a considerar por la Sala Dual el recurso subsidiario de súplica oportunamente interpuesto.

El auto reclamado dice en su parte final:

"Aunque se hubiera comprobado claramente la calidad de hermanos legítimos de Manuel de Castro con Ana María de Castro, como lo pretende el peticionario, ello no indicaría que la señora Georgina Arana de Páramo tenía derecho a la sucesión de la señora de Castro, porque ésta dejó su descendencia legítima, que aceptó la herencia desde el año de 1820. Para que la pretensión de la señora Arana de Páramo prosperara, sería necesario que demostrara su calidad de heredera de alguno de los descendientes legítimos de la señora Ana de Castro.

"No habiéndose dado esta comprobación, la solicitante señora Georgina Arana de Páramo no tiene el interés necesario que debe poseer toda persona que aspire a figurar como parte en juicio para defender o impugnar la causa que le interese o perjudique".

El apoderado de la señora Arana de Páramo, argumenta así para fundar su pedimento en varios pasajes de su memorial de agosto 13 último:

"Ahora: el actor en este pleito fue declarado heredero por el Juzgado del Circuito de Riosucio; y lo fue en su condición de heredero colateral de Ana María de Castro y como descendiente de Agustín de Castro. En una sucesión como colateral y en la otra como descendiente. Presentó sus comprobantes que van a ser juzgados por la Corte; pero ya lo fueron por el Tribunal y éste halló con la firma de siete juristas, que el demandante había comprobado su entroncamiento o parentesco con Ana María de Castro, hasta el matrimonio de Juvenal de Castro. Es decir, que halló probado ese parentesco o entroncamiento conforme a los documentos que se exhibieron, así: el matrimonio de don Agustín y de doña Gertrudis de Guevara; el nacimiento del doctor Manuel de Castro, hijo del matrimonio anterior; y el nacimiento de doña Ana María de Castro, también hija de ese matrimonio. Probados estos hechos, concluyó el fallo del Tribunal, que por rigurosa conclusión lógica, doña Ana María y el doctor Ma-

nuel de Castro, eran hermanos entre sí".

"Si en el expediente están consagrados ya estos hechos, mal o bien, se hallan consagrados; y por ello yo los he invocado, porque para coadyuvar me basta solamente que esos hechos existan en el litigio. De manera que mi cliente ha partido de esos hechos que se han alegado y que la sentencia del Tribunal halló probados, es decir, que don Agustín de Castro y doña Gertrudis de Guevara fueron casados; que tuvieron dos hijos legítimos, o sean doña Ana María y el doctor Manuel de Castro; que éstos son hermanos entre sí. Y presenté o aludí a la partida de matrimonio del doctor Manuel de Castro con Juliana Romero, que obra en los autos; y luégo acompañé una serie de partidas que acreditan a mi cliente como descendiente de Manuel de Castro.

"Al señor magistrado sustanciador no le es permitido, antes de que sea revocada la sentencia del Tribunal, prejuzgar sobre la prueba del estado civil con relación a don Agustín de Castro y doña Gertrudis de Guevara; al nacimiento de Ana María y Manuel de tal matrimonio; ni al matrimonio de Manuel de Castro con Juliana Romero. Estas pruebas están juzgadas en el fallo del Tribunal y mientras la Corte, en Sala Plena, no reforme o revoque la sentencia, esa sentencia no se puede desconocer con un simple auto interlocutorio, sino mediante el fallo de la Corte en que le ponga fin a la segunda instancia. Y esto sencillamente es lo que ha hecho el señor magistrado sustanciador. Pueden discutirse las pruebas posteriores, las que mi cliente acompañó para acreditar sus intereses en el juicio; pero las ya juzgadas por el fallo apelado, no pueden variarse en la estimación que les dio el sentenciador, porque ello equivale a revisar el fallo; y esta oportunidad no ha llegado todavía.

"Tampoo puede sostenerse en este incidente que José María Vélez excluyó a los otros herederos, porque eso también fue materia del fallo apelado y equivale a revocarlo ilegalmente".

"En el expediente se habla en nombre de una sucesión o de unas sucesiones; constan ciertos hechos de estado civil; mi cliente complementa esos hechos con otros de los cuales aparece un entroncamiento o parentesco con las personas de cuya sucesión se trata. Si ello es así, es claro que ha comprobado su interés para coadyuvar y debe oírsele en el juicio, en tal sentido".

La Sala, para resolver, considera:

La señora Georgina Arana de Páramo pretende coadyuvar en el juicio basándose en que es heredera de don Manuel de Castro.

El pleito principal seguido por Carlos A. Castro V. contra la Nación, versa sobre derechos que suponen o requieren, para ser declarados, la condición de heredero de quien demanda, respecto de Agustín de Castro, Ana María de Castro o Manuel de Castro.

La sentencia del Tribunal, objeto de la apelación, estudió si podía Castro alegar derechos en los bienes demandados, como heredero en la condición dicha, y antes de decidir en su favor dedujo que no era heredero.

Ahora se propone una coadyuvación con base análoga a la de la demanda principal: la de tener el pretendiente el carácter de heredero de Manuel de Castro.

Dice el abogado que la coadyuvación se apoya en "hechos consagrados en el expediente", y para coadyuvar esos hechos solicita que se oiga como parte en el juicio a otra persona que basa su derecho, o pretende basarlo, en la misma materia controvertida en el juicio principal.

La Corte no puede aceptar la coadyuvación propuesta porque ella no cabe aquí legalmente. Se coadyuva en un juicio cuando una persona distinta de las partes interviene en el pleito con personería para hablar en él, emanada de causa o derecho distinto del derecho que es materia del juicio mismo. Admitir una coadyuvación que se funda en el reconocimiento anticipado de los derechos que van a ser materia de la decisión judicial que se persigue, es absurdo porque implica petición de principio, ya que da por demostrado o probado precisamente lo que se trata de establecer en el juicio, y fallar en tales condiciones implicaría la calificación en un incidente de los hechos y del derecho aducidos y alegados en el pleito principal.

Si se admite la coadyuvación propuesta por la señora Ana de Páramo, basada como se dice en el memorial respectivo, en que la peticionaria es "descendiente legítima de don Manuel de Castro, quien a su vez fue hijo legítimo de don Agustín de Castro", se resuelve sobre lo principal del pleito que es materia del recurso de apelación ante la Corte, porque para esto habría que estudiar y decidir acerca del parentesco de la solicitante con los de Castro. Esta tesis la sustenta también el apoderado doctor Lindarte, porque él objeta la providencia ma-

teria del presente recurso afirmando que el señor magistrado sustanciador, "con el auto a que me refiero ha fallado en el fondo este pleito, desde luego que la parte que en este juicio forma el actor, lo hace en su calidad de heredero colateral".

Además, la pretensión de coadyuvar por parte de la señora Arana de Páramo, constituye una demanda basada precisamente en los fundamentos en que se apoya la principal; y como ésta ya fue fallada en primera instancia, al aceptrse la coadyuvación intentada se le daría curso propiamente a una nueva demanda, pretermitiendo las formalidades procedimentales, y principalmente la de controvertir la cuestión suscitada en primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales —Sala Dual— de la Corte Suprema de Justicia, confirma la providencia suplicada.

Cópiese y notifíquese.

Pedro A. Gómez Naranjo, Aníbal Cardoso Gaitán. — Gustavo Gómez Hernández, Srio. ppd.

MULTA A UN FIADOR DE CARCEL, EJECUCION CUANDO AUN NO SE LE HABIA NOTIFICADO EL AUTO SOBRE MULTA Y APELACION DEL AUTO EJECUTIVO

Lo que quiere establecer el artículo 82 del Código Penal con la indicación de que, en el aviso que se dé por el Juez o Tribunal al recaudador para que éste haga efectiva una multa determinada, conste la fecha en que se verificó la notificación del auto que la decreta, es la base para el cómputo de los tres días dentro de los cuales ha de hacerse el pago, porque si éste no se satisface en ese lapso, la multa se convierte en arresto, pero en ninguna manera fijar una circunstancia indispensable para la validez intrínseca del mandamiento ejecutivo sobreviviente.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales. Bogotá, septiembre veinticuatro de mil novecientos treinta y cinco.

Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán.

El Recaudador de Hacienda Nacional de Miraflores dictó mandatamiento ejecutivo contra Esmaragdo Caballero, por la suma de $ 200, el día 15 de diciembre de 1929.

Motivó tal providencia la Resolución de 19 de octubre del mismo año, proferida por el Juez de Circuito de Miraflores, que declaró incurso a dicho señor en la multa de $ 200, a causa del incumplimiento de sus obligaciones como fiador de cárcel segura del sindicado Marco Tulio Aguirre.

A virtud de recurso de apelación oportunamente interpuesto contra el auto ejecutivo, vino el negocio al conocimiento de la Corte, donde se ha surtido la tramitación legal y se va a decidir previas las consideraciones de rigor.

El apelante funda su recurso en que el "artículo 82 del C. P. que determina el procedimiento que debe seguirse para la exacción de una multa, ordena que el Juez dé aviso al respectivo Recaudador y que debe darse cuenta en el aviso cuándo tuvo lugar la notificación de la resolución. Como el aviso pasado por el señor Juez de este Circuito al Recaudador para la efectividad de la multa, no contiene el último requisito, ni podía contenerlo porque no se había notificado la sentencia, ésta no estaba ejecutoriada; por consiguiente, de conformidad con el altículo 46 de la ley 40 de 1907, vigente cuando se dictó la resolución o sentencia y cuando se dictó el mandamiento ejecutivo, y de acuerdo con la doctrina del artículo 1,008 del Código Judicial antiguo, el señor Recaudador de Hacienda no podía dictar el auto mandamiento ejecutivo porque el título presentado no prestaba mérito ejecutivo".

El señor Procurador manifiesta lo que sigue: "La incorrección que se le advierte (al mandamiento ejecutivo), es la de no constar en la transcripción hecha al Recaudador la nota de notificación. Y es evidente que no consta esa nota y es evidente que cuando se transcribió la resolución —20 de noviembre de 1929—, aún no se había hecho la notificación de ella. Pero es evidente también que cuando se libró el mandamiento por el recaudador, cosa que sucedió el 15 de diciembre del mismo año, habían transcurrido diez días de efectuada la notificación legal al señor Caballero. Así consta en

el telegrama número 56, del 20 de los corrientes, puesto por el señor Juez Vergara en respuesta al número 1,839, fechado el 19, que le dirigió la Procuraduría.

"Sólo resta considerar una posible dificultad consistente en la tesis aceptada de que el título ejecutivo, para serlo, debe ser perfecto en sí, sin necesidad de nuevas y posteriores comprobaciones. No sé lo que la nueva Corte piesen a este respecto, pero el espíritu de nuestras leyes de procedimiento, expresado de manera clara en el artículo 472 del C. J., y el principio de que en Colombia no hay fórmulas sacramentales, me parece que permiten en el caso presente, separarse de esa tesis y proceder a confirmar el mandatamiento, evitando así que el asunto vuelva al Procurador (sic), para que en vista de una nueva copia de la resolución y de su respectiva notificación proceda a repetir lo que ya está hecho. Y realmente bien hecho, porque no viola los hechos y se conforma al derecho, a pesar de la omisión en la copia, omisión subsanada o subsanable por otros medios".

La copia de la resolución por la cual el Juzgado multó al señor Caballero, y enviada a la Recaudación de Hacienda para el cobro coactivo consiguiente, en realidad carece de la constancia de la notificación que de ella ha debido hacerse al interesado. Pero, como lo observa el señor Procurador, cuando se libró la orden de pago —15 de diciembre de 1929—, hacía diez días que la formalidad de la notificación había sido surtida, como aparece de las copias telegráficas de la respectiva diligencia enviadas al Procurador por el Juez de Circuito de Miraflores y que obran en los autos. De manera que la notificación fue hecha y el mandamiento ejecutivo dictado realizada ya tal actuación.

Lo que quiere establecer el artículo 82 del Código Penal con la indicación de que, en el aviso que se dé por el Juez o Tribunal al recaudador para que éste haga efectiva una multa determinada, conste la fecha en que tuvo lugar la notificación del auto que la decreta, es la base para el cómputo de los tres días dentro de los cuales ha de hacerse el pago, porque si éste no se satisface en ese lapso, la multa se convierte en arresto, pero en ninguna manera fijar una circunstancia indispensable para la validez intrínseca del mandamiento ejecutivo sobreviviente. Y ya se ha visto cómo la notificación sí fue hecha.

Por lo demás, el título que se presenta tiene las características formales para aparejar ejecución; si padece de algún vicio de fondo, como sería el que insinúa el ejecutado cuando afirma que presentó oportunamente ante el Juzgado al sindicado Aguirre, habría materia para interponer un incidente exceptivo, pero su consideración no es procedente en este lugar.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, de acuerdo con el concepto legal del señor Procurador General de la Nación, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley; confirma la providencia apelada.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Pedro A. Gómez Naranjo, Aníbal Cardoso Gaitán, Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Srio. ppd.

EXCEPCION

Para que pueda exigirse responsabilidad al depositario por las cosas que se le han dado en depósito, es necesario que se compruebe que ha faltado a sus obligaciones legales. (Artículos 2.248 y 2.253 C. C.).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, septiembre veinticinco de mil novecientos treinta y cinco.

Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo

En el juicio ejecutivo que por suma de pesos, y ante el Juzgado 1º Nacional de Ejecuciones Fiscales, con jurisdicción coactiva, sigue la Nación contra los señores Pedro A. Donado y Ernesto Cortissoz, el primero de éstos propuso oportunamente las excepciones de error de cuenta e inexistencia de la obligación por razón de la deuda que se demanda.

El incidente se tramitó legalmente en la Corte y durante el término respectivo presentaron sus alegatos el señor Procurador General de la Nación y el apoderado del excepcionante, doctor Federico A. Daza. Se pasa a decidir el negocio, previas las siguientes consideraciones:

El origen del asunto es este: el señor Inspector de Impuestos Nacionales del Atlántico, practicó el día 9 de marzo de 1922 una visita en el establecimiento comercial del señor Pedro A. Donado, y en el acta de dicha visita hizo constar que la existencia de licores gravados con impuesto de consumo carecía de las correspondientes estampillas y que la legitimidad de su procedencia no pudo ser acreditada por su dueño en ese acto. En virtud de las informalidades anotadas, dispuso el funcionario visitante que la existencia de licores de que se trata, o sea, 48 cajas de whisky de varias marcas, 5 cajas de brandy, 7 cajas de vino Vermouth, 4 cajas de vino Moscatel y 6 cajas de Anís del Mono, quedaban depositadas preventivamente en poder de su dueño señor Donado, sin derecho de disponer de ellas, hasta tanto se entregaran las estampillas que dijo tener en su poder, y se pusiera en claro la procedencia legítima de dichos licores. Más tarde, en resolución de 11 de octubre de 1922, el mismo funcionario decretó el decomiso de los referidos licores, providencia que fue confirmada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con excepción de la parte referente a una multa impuesta al señor Donado, de la cual quedó relevado. Los licores fueron entregados por el señor Donado y trasladados a la Inspección de Impuestos Nacionales el 2 de octubre de 1922, según orden de esa oficina, en atención a que el excepcionante no entregó las estampillas ni comprobó la legítima procedencia de los licores. Por resolución número 7 de 1922, del Inspector de Impuestos Nacionales, los artículos entregados por el señor Donado el 2 de octubre de aquel año, fueron declarados de contrabando y se ordenó rematarlos en subasta pública. Esta resolución fue confirmada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por resolución número 53 de 1923. Tales resoluciones sirvieron de base al auto ejecutivo, dictado el 3 de agosto de 1928, por el Juez 2º Nacional de Ejecuciones Fiscales, contra los señores Pedro A. Donado y Ernesto Cortissoz, por la suma de seis mil pesos, los intereses y las costas.

Para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones de depositario de los licores, el señor Donado otorgó en un documento privado la fianza del señor Ernesto Cortissoz, fechado el 10 de marzo de 1922. Ese documento, que es importante transcribir en este fallo, es del tenor siguiente:

"Conste por el presente documento que yo, Pedro A. Donado, comerciante domiciliado en esta ciudad, otorgo fianza a favor del Tesoro Nacional por la suma de seis mil pesos oro legal ($ 6.000.00), para conservar en mi poder —a la orden de la Inspección de Impuestos Nacionales del Departamento del Atlántico—, las siguientes existencias de artículos gravados con Impuesto de Consumo, cuyo depósito preventivo fue ordenado por el Inspector de Impuestos Nacionales en acta de visita del día de ayer, practicada en el establecimiento de mi propiedad denominado 'Agencia Nº 1', situado en el costado derecho del "Pasaje Márquez", de este lugar: Cuarenta y ocho (48) cajas de whisky de varias marcas (cada una con doce (12) botellas); cinco (5) cajas de brandy (cada una con doce (12) botellas); siete (7) cajas de vino Vermouth (cada una con doce (12) botellas); cuatro (4) cajas de vino Moscatel (cada una con doce (12) botellas), y seis (6) cajas de Anís del Mono (cada una con doce (12) botellas; para responder por el pago oportuno de las multas a que diere lugar la tramitación que se levanta con motivo del depósito preven-

tivo de que se ha hecho mención, al tenor de las disposiciones vigentes; y para poner a disposición de la nombrada Inspección las existencias antes anotadas, tan pronto como las solicite ella. Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que contraigo, presento como fiador principal pagador al señor Ernesto Cortissoz, mayor de edad y de esta vecindad, quien se obliga solidaria y mancomunadamente conmigo al fiel cumplimiento de todo lo expresado en este documento, renunciando al beneficio de exención, y firma el presente en Barranquilla, a los diez días del mes de marzo de mil novecientos veintidós.

"Pedro A. Donado. — El fiador, E. Cortissoz".

El señor Donado funda las excepciones en los siguientes motivos:

"En la diligencia de 9 de marzo, repito señor magistrado, no consta que hubieran sido examinados los licores que quedaron en mi poder, ni se expresa allí la calidad y grado de esos licores, ni si eran legítimos o no, pues precisamente se trataba de averiguar si lo eran, ya que por otro concepto no habría lugar a decomiso. No existiendo, pues, como no existe, base ninguna que sirva de término de comparación para identificar la cosa examinada, no es legal ni lógico llegar a la conclusión a que llegaron los señores peritos en la diligencia del 20 de octubre, en la cual se apoya la Inspección de Impuestos Nacionales para declarar que yo haya violado el depósito que se hizo en mí. Yo entregué los licores que quedaron en mi poder en las mismas cajas y con la misma cantidad y marcas con que me fueron dejados. Atribuírseme el cargo de violador de ese depósito es simplemente un concepto gratuito y tendencioso desde luego que no resulta demostrado por ningún aspecto legal que tal hecho hubiera sido ejecutado por mí. El dictamen pericial no es prueba del cargo que se me hace y ni siquiera sirve para acreditar que yo recibí licores de una calidad distinta de la que entregué, ya que era indispensable que constara en las diligencias que yo hubiera recibido una determinada calidad de whisky, una determinada calidad de anís, de vinos, etc., para que el expresado dictamen pudiera fundarse en cuanto a que la cosa examinada correspondiera o no con lo anotado anteriormente.

"Ahora bien, conforme a principios generales del derecho la obligación del depositario comprende la de guardar la cosa depositada y la de respetar los sellos y cerraduras del bulto que la contiene; y cuando se haya demostrado que se han roto los sellos o se han forzado las cerraduras por culpa del depositario es cuando éste viene a ser responsable. No fija la ley otra regla, y en el caso a que me refiero, en los autos no existe prueba ninguna que justifique acto ninguno de violencia de mi parte respecto a las cajas de licor depositadas.

"Presté fianza para garantizar que entregaría a la oficina de la Inspección de Rentas los licores que quedaron en mi poder tan luego como me fueran solicitados; y está probado en los autos que esa obligación de mi parte la cumplí inmediatamente que para ello fui notificado, habiendo entregado las mismas cajas con la misma cantidad y marcas como las recibí. Por lo tanto dejó de tener existencia legal la garantía que había prestado al efecto".

La resolución número 7 de 1922 de la Inspección de Impuestos Nacionales, dice así:

"Decláranse de contrabando, de conformidad con el artículo 15 del Decreto 161 de 1915, los artículos de consumo entregados por el señor Pedro A. Donado el día 2 de octubre de 1922, los cuales fueron trasladados a la oficina de la Inspección en la misma fecha y decrétase el decomiso subsiguiente, de conformidad con el mismo artículo, por no estar amparados tales artículos con las formalidades sobre el impuesto de consumo, artículos que serán rematados en subasta pública por la Inspección de Impuestos Nacionales y de acuerdo con el señor Administrador de Hacienda Nacional".

Esta resolución fue aprobada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, ordenando además la efectividad de la fianza de $ 6,000 otorgada por los señores Donado y Cortissoz.

El señor Procurador considera actualmente inconducentes las alegaciones del excepcionante, porque estima que ellas han debido hacerse valer ante la Inspección de Impuestos del Atlántico, o bien ante el Ministerio de Hacienda, pero no ahora cuando se está en presencia de una resolución ministerial ejecutoriada, contra la cual no se inició recurso legal alguno en oportunidad.

Sobre esto se observa:

La resolución del Ministerio y el documento de fianza constituyen el título ejecutivo y están en su forma de conformidad con las disposiciones legales. Pero como el excepcionante ataca a fondo los fundamentos de la obligación, es el caso de entrar a estudiarlos para decidir si existe aquélla o si deben prosperar las excepciones propues-

tas por el ejecutado. En el incidente de excepciones, cuando se plantea la defensa del ejecutado en motivos que se refieren al fondo de la obligación, la Corte debe entrar a estudiarlos, sin limitarse al examen de la parte formal del título ejecutivo.

El documento suscrito por el señor Donado con su fiador señor Ernesto Cortissoz, contiene tres obligaciones: 1ª Conservar en su poder los artículos enumerados en el documento; 2ª Responder por el pago oportuno de las multas a que diere lugar la tramitación levantada con motivo del depósito; y 3ª Poner a disposición de la Inspección las existencias depositadas, tan pronto como ella las solicitara.

Estas obligaciones no aparecen violadas por el señor Donado, desde luego que él entregó, o mejor dicho, restituyó a la Inspección de Impuestos Nacionales el depósito preventivo de los licores de su propiedad. En lo referente a las multas, no hubo incumplimiento por parte del excepcionante, pues no hay constancia de que ellas le fueran impuestas, por razón del depósito.

En el acta de entrega no aparecen detalladas las calidades, marcas y envases de los licores, y por tanto, no hay base para establecer una comparación con los que fueron devueltos por el señor Donado, para llegar a la conclusión de que hubo violación del depósito y sustitución de los objetos recibidos. Si el excepcionante hizo entrega al Inspector de Impuestos Nacionales de los licores depositados en la forma en que fueron recibidos por él, es lógico deducir que fueron los mismos decomisados, sin que haya fundamento para decir que hubo violación y adulteración. Por tanto, las resoluciones que declararon al señor Donado responsable de la fianza por la cantidad de $ 6,000 carecen de base jurídica.

La fianza es una obligación accesoria y no puede declararse a un deudor responsable de ella sin que esté plenamente establecido el incumplimiento de la obligación principal. En el caso que se estudia, la fianza de $ 6,000 se constituyó para responder de las obligaciones del depósito de los licores y de las multas que se impusieran, y no se podía hacer efectiva sin que previamente se definiera la responsabilidad del depositario por la violación de las obligaciones contraídas. Es arbitrario decir que el señor Donado es responsable por el monto total de la fianza sin establecer el grado de responsabilidad por los perjuicios sufridos por la Nación y sin fijar la cuantía de las multas a que pudo hacerse acreedor. Se ha confundido en este caso la obligación accesoria de la fianza con las multas o sanciones a que pudiera haber dado lugar el proceder del depositario.

El depositario es obligado a la restitución de la misma cosa o cosas individuales que se han confiado en depósito, y tiene la obligación de respetar los sellos y cerraduras del bulto que las contiene. (Artículos 2,248 y 2,253 del C. C.). Pero para exigirle responsabilidad al depositario, es necesario que se compruebe que ha faltado a estas obligaciones, cosa que no sucede en el presente caso, pues el señor Donado entregó los objetos materia del depósito cuando le fueron exigidos, y respecto a la identidad de los mismos no había manera de establecerla, ya que en la diligencia de entrega no se hizo mención de sellos, ni de marcas u otros requisitos que permitieran la comparación de las cosas entregadas con las que fueron devueltas.

Por todas estas razones se llega a la conclusión de que está comprobada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por el ejecutado señor Pedro A. Donado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por el señor Pedro A. Donado, en el juicio ejecutivo que le adelanta el Juzgado 1º Nacional de Ejecuciones Fiscales de Bogotá para hacerse efectiva la fianza de seis mil pesos ($ 6,000) y los intereses legales. Como consecuencia, se ordena cesar la ejecución y el desembargo de los bienes materia de la traba ejecutiva.

Estampíllese, cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase a la oficina de origen.

Pedro A. Gómez Naranjo, Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán. — Gustavo Gómez Hernández, Srio. ppd.

La Nación contra Pedro A. Donado

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ANIBAL CARDOSO GAITAN

Con pena, por el acatamiento que me merece el autorizado criterio de la mayoría de la Sala, me veo obligado a separarme de él, en la decisión del presente negocio. Hay en el fallo anterior los siguientes conceptos y apreciaciones, a los cuales debo referirme ya que son la base de la sentencia:

"En el acta de entrega no aparecen detalladas las calidades, marcas y envases de los licores, y por tanto, no hay base para establecer una comparación con los que fueron devueltos por el señor Donado, para llegar a la conclusión de que hubo violación del depósito y sustitución de los objetos recibidos. Si el excepcionante hizo entrega al Inspector de Impuestos Nacionales de los licores depositados en la forma en que fueron recibidos por él —es lógico deducir que fueron los mismos depositados—, sin que haya fundamento para decir que hubo violación y adulteración. Por tanto, las resoluciones que declararon al señor Donado responsable de la fianza por la cantidad de $ 6,000 carecen de base jurídica. Pero para exigirle responsabilidad al depositario, es necesario que se compruebe que ha faltado a estas obligaciones, cosa que no sucede en el presente caso, pues el señor Donado entregó los objetos materia del depósito cuando le fueron exigidos y respecto a la identidad de los mismos no había manera de establecerla, ya que en la diligencia de entrega no se hizo mención de sellos ni de marcas u otros requisitos que permitieran la comparación de las cosas entregadas con las que fueron devueltas".

"La resolución del Ministerio y el documento de fianza constituyen el título ejecutivo y están en su forma de conformidad con las disposiciones legales, pero como el excepcionante ataca a fondo los fundamentos de la obligación, es el caso de entrar a estudiarlos para decidir si existe aquélla o si deben prosperar las excepciones propuestas por el ejecutado. En el incidente de excepciones, cuando se plantea la defensa del ejecutado en motivos que se refieren al fondo de la obligación, la Corte debe entrar a estudiarlos, sin limitarse al examen formal del título ejecutivo".

"Es fundamento de la sentencia la consideración de que como en el acta de entrega de los objetos depositados, no se detallan éstos, no hay base para una comparación con los que fueron devueltos, y por tanto no se puede deducir si hubo violación por haberse sustituído con otros los objetos recibidos".

Como norma general es irreprochable la que así se enuncia, porque es obvio que sin bases para identificar el objeto del depósito, no se puede en principio, deducir si el depósito ha sido violado. Pero en el caso de que se trata hay serios indicios que concurren a demostrar que sí hubo violación del depósito.

En la resolución proferida por la Inspección de Impuestos Nacionales del Atlántico, el día 26 de octubre de 1922, se lee: "...se saca en consecuencia que los licores decomisados al señor Donado por la resolución número 1º, de fecha 11 de marzo de 1922, licores que permanecieron en poder de este señor hasta la fecha del respectivo traslado a la oficina de la Inspección, sin que el señor Donado pudiera disponer de ellos en ninguna forma, para lo cual se le exigió fianza de seis mil pesos, respaldada por la firma del señor Ernesto Cortissoz, como consta en el documento respectivo, y los licores entregados por el señor Donado y trasladados a la oficina de la Inspección, como ya quedó dicho, no son en su mayor parte los mismos, por las siguientes razones: "1ª El señor Pedro A. Donado, según consta en los incisos 4º y 5º de los considerandos de la resolución número 1º de fecha 11 de marzo de 1922, dice comprobar que las cuarenta y ocho (48) cajas de whisky decomisadas y que se dejaron en sus manos, eran de legítima importación, y que tal whisky fue comprado a los señores Jácome Niz & Co., comerciantes de esta ciudad, introducido por el vapor "Nevisian", lo que está en directa oposición con lo dicho en el certificado de los señores Jácome Niz & Co., que está fechado el día 25 de los corrientes. Por otra parte, los peritos reconocedores declaran, según constancia, entre otras cosas, que el whisky de que se trata es de pésima calidad, de donde se deduce que casas exportadoras extranjeras de reconocida honorabilidad mundial, exponen su crédito exportando para el país whisky de pésima calidad, envasado en botellas cuyos tiquetes llevan inscritas marcas muy bien afamadas y empacadas en cajas, cuyas marcas estampadas tampoco corresponden al licor envasado, todo lo cual es absolutamente imposible, pues daría por resultado un verdadero engaño para los importadores,

toda vez que el whisky es de pésima calidad y las marcas de fama honorable, a lo cual las casas extranjeras no se someterían por darle gusto a algunos pocos importadores; luego este whisky no puede ser de procedencia extranjera. 2ª Según consta en la diligencia practicada por la Inspección el día 9 de marzo del corriente año, el anís decomisado y dejado en manos del señor Donado era legítimamente "Anís del Mono", y los peritos declaran ahora terminantemente, no ser del "Mono" sino de otra clase, como lo dice la misma etiqueta; y 3ª Que no hay constancia en la misma diligencia de fecha 9 de marzo, de que el vino Vermouth no fuera legítimo y mezclado con agua, y los peritos declaran que no es legítimo y sí es mezclado con agua. Solamente son legítimos, por haberlo declarado así los peritos, el Brandy y el vino Moscatel.

"Por las anteriores declaraciones queda plenamente comprobado que el señor Pedro A. Donado dispuso de los licores decomisados y dejados en sus manos, durante el tiempo transcurrido del 11 de marzo de 1922, día en que se decretó el decomiso, al 2 de octubre del mismo año, día en que el señor Donado entregó los licores y fueron trasladados a la oficina de la Inspección, los cuales fueron materia del examen verificado por los peritos reconocedores, según constancia en recibo expedido al señor Donado.

"Como al señor Donado le era absolutamente prohibido disponer en forma alguna de los licores decomisados y dejados en sus manos, formalidad que se le impuso mediante la fianza prestada de que antes se habló, y como este señor, según los comprobantes arriba expresados, infringió tal formalidad, es acreedor a que se le haga efectiva la fianza en cuestión y por tal motivo esta Inspección resuelve:

"Pase, en carácter devolutivo, el documento de fianza otorgado por los señores Pedro A. Donado y Ernesto Cortissoz, junto con todos sus antecedentes, al señor Juez de Rentas de este Departamento, con el fin de que de conformidad con las leyes judiciales, haga efectiva la fianza de que se trata, a los señores Pedro A. Donado y Ernesto Cortissoz, de cuyo resultado se servirá dar cuenta inmediata a esta Inspección, y avísese al señor Ministro de Hacienda acerca del trámite verificado hasta hoy sobre este asunto".

De la anterior providencia reclamó el señor Donado al Ministerio de Hacienda, y este Despacho la confirmó por medio de la resolución número 53 de 21 de mayo de 1923, a la cual pertenecen los siguientes pasajes: "La Inspección al recibir los artículos decomisados en virtud de la resolución número 159 del Ministerio, que tenía en su poder al señor Donado, en calidad de depósito bajo fianza de seis mil pesos ($ 6,000), abonada por el señor Ernesto Cortissoz, estableció mediante un peritazgo legal, que los artículos que entregaba Donado no correspondían ni en marcas, ni en calidades, a los que fueron depositados en su poder el 9 de marzo del mismo año. Obra en el mismo sentido la afirmación de los señores Jácome Niz & Co., quienes vendieron al señor Donado las 48 cajas de whisky, materia del depósito, y quienes, reconocido el whisky que Donado entregó a la Inspección, juratoriamente certifican que éste no había sido ni dado ni vendido ni traspasado por ellos al señor Donado en época alguna. En las pruebas enumeradas aparece, ante el Ministerio, como evidente el hecho de que el señor Pedro Agustín Donado alteró durante el tiempo en que estuvieron en su poder, bajo fianza, los artículos de comercio referidos, y por consiguiente, que violó el depósito, ya que éste, de acuerdo con el Código Civil, es un contrato en cuya virtud se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y de restituírla en especie. Y si el señor Donado violó el depósito, por este solo hecho se tornó responsable, civilmente, de la fianza que había otorgado para garantir la integridad del mismo depósito".

Es interesante observar que ni el señor Donado, ni su apoderado, reclamaron ante el Ministerio sobre la exactitud de este hecho afirmado por la resolución de la Inspección de Impuestos Nacionales del Atlántico. 2º Según consta en la diligencia practicada por la Inspección el día 19 de marzo del corriente año, el anís decomisado y dejado en manos del señor Donado, era legítimamente "Anís del Mono", y los peritos declaran ahora terminantemente no ser del "Mono" sino de otra clase, como lo dice la misma etiqueta".

Es decir, que de autos aparece que sí se practicó una diligencia de reconocimiento por la Inspección al constituírse el depósito. Hecho que está confirmado por el acta de la respectiva diligencia, en la cual se lee: "Por separado se da un recibo pormenorizado (subrayo), al señor Donado de los efectos depositados..." Y al hacérsele la notificación del mandamiento ejecutivo proferido por el Juzgado de Rentas Nacionales de Barranquilla, dijo: "...que no denuncia

bienes, por cuanto tiene en su poder un recibo dado por el señor Inspector de Impuestos Nacionales, relativo a los artículos que le fueron dejados en depósito (folio 73, cuaderno número 1º). En la resolución del Inspector se afirmó que existía una diligencia fechada el 9 de marzo, en la cual se había consignado que el anís que entonces se dejaba en depósito al señor Donado, era "legítimamente Anís del Mono"; la propia acta de inspección (folio 23, cuaderno 1º), afirma también la constitución en la misma fecha y por separado, de un recibo pormenorizado de los efectos objeto del depósito; y finalmente, el mismo señor Donado confiesa tener en su poder el recibo referente a los efectos que le fueron depositados, o sea el mismo recibo pormenorizado, de entrega a que se alude en los documentos arriba mencionados.

Es, pues, incuestionable que sí se extendió un documento en que constan pormenorizadamente, vale decir detalladamente, las condiciones de los objetos materia del depósito.

Si el señor Donado estimó que los peritos que practicaron el día 20 de octubre de 1922 el reconocimiento de los artículos que le fueron decomisados, incurrieron en error, pudo fácilmente demostrarlo aduciendo como prueba incontestable el documento o recibo pormenorizado, a que se ha hecho mención. Nada más sencillo para establecer que la diligencia pericial de octubre de 1922 está errada, que carece de base, que exhibir aquel documento, con el cual se habría hecho la mejor defensa del ejecutado, para probar que los objetos que entregó en octubre de 1922 a la Inspección de Impuestos, sí eran los mismos que el 9 de marzo del mismo año había recibido en depósito.

Por otra parte, es oportuno tener presente que el señor Donado manifestó en el acto de la visita que le practicó la Inspección de Impuestos el día 9 de marzo de 1922, que todos los licores que por ese entonces tenía en su poder, eran procedentes de importaciones al país, es decir, que eran licores extranjeros. Como muy bien lo observa la resolución de la Inspección de Impuestos, es inverosímil que una casa honorable y acreditada fabricante de licores, haga despachos para Colombia de artículos que por su pésima calidad perjudicarían su fama o crédito; luego existe la presunción de que los licores que le fueron depositados al señor Donado, y que él reputa licores extranjeros, tenían que ser de buena calidad y no de ínfima condición.

También es un indicio desfavorable al señor Donado, el que habiendo afirmado él que el whisky depositado lo había adquirido de los señores Jácome Niz & Co., estos comerciantes, al ser llamados para declarar, hubieran dicho que los licores reconocidos no correspondían por sus etiquetas, marcas y envases a los licores vendidos por ellos al excepcionante.

Siendo, como lo afirma el propio señor Donado, extranjeros o importados los mencionados licores, y por lo mismo de buena calidad, se justifica muy bien que pidiera a la Inspección que lo dejara como depositario y se comprometiera con una fianza por valor de seis mil pesos a responder de la conservación del depósito. Si los licores no hubieran sido de buena calidad, y nadie mejor informado sobre eso que el señor Donado, éste no se hubiera obligado a la restitución con una fianza de esa cuantía. Sin que pueda argüirse que por ser de contrabando los dichos licores, no podía el señor Donado estar seguro de la buena calidad de ellos, porque en esa hipótesis es evidente que no habría otorgado la fianza, y porque no se hace contrabando de licores para importar artículos de mala calidad.

Los indicios estudiados son base, a mi juicio, para deducir que sí hubo violación del depósito. Además, estoy de acuerdo con el señor Procurador General de la Nación, al estimar que son inconducentes todas las alegaciones que se hacen ante la Corte para fundar las excepciones propuestas, porque de conformidad con las disposiciones de la ley 9 de 1909, ha pasado ya el término de seis meses que el artículo 3º de ella concede a las personas perjudicadas por resoluciones que dicten los Ministros, para ejercitar recursos civiles contra tales providencias.

Es indudable que el fundamento de la acción ejecutiva a que se refieren las excepciones de que conoce actualmente la Corte, está en lo dispuesto en la resolución número 53 de 1923, proferida por el Ministerio de Hacienda. La ley ha querido proteger los intereses del Fisco nacional con una disposición en virtud de la cual queda cerrado todo recurso contra una resolución de un Ministerio cuando se han dejado pasar seis meses después de su ejecutoria, sin reclamar contra su validez o efectos. En el caso de que se trata, habían transcurrido no sólo seis meses sino varios años cuando el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales libró mandamiento ejecutivo para hacer efectiva la resolución ministerial.

Por las anteriores razones, considero que el fallo de la Corte no debió declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación.

Bogotá, septiembre veintiocho de mil novecientos treinta y cinco.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

RESTITUCION DE TERMINOS

La irresistibilidad a que alude el artículo 1.o de la ley 95 de 1890, consiste en que el hecho no haya podido ser impedido y que haya colocado a quien tiene la obligación en imposibilidad de cumplirla. No es suficiente que el acontecimiento haya dificultado el cumplimiento de ella.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintisiete de septiembre de mil novecientos treinta y cinco.

Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.

Por escrito fechado el 5 de marzo de este año, el señor Fiscal del Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá, reiteró la solicitud de que se restituyese el término fijado a los peritos para dictaminar en el incidente sobre regulación de perjuicios a que fue condeanda la Nación, a virtud de la demanda de la señora Ana Josefa Pulido de Cortés y sus hijos. Tramitada la articulación correspondiente, el Tribunal negó la restitución de término, mediante estas consideraciones:

"El señor Fiscal, actor en representación de la Nación en este incidente, ha propuesto como constitutivo del caso fortuito o fuerza mayor, en primer lugar el hecho de haber estado el asunto al despacho, lo que aclaró diciendo que así lo afirmaban los peritos. Mas en relación con este hecho, el cual no examina el Tribunal más a fondo por ser inútil tal estudio, no aparece comprobación alguna en el expediente. Por manera que debe desecharse la restitución del término de que se trata en cuanto viene fundada en ese hecho.

"El otro hecho que el señor Fiscal propone como constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, es el de haber estado el expediente en la Oficina de Registro, durante el tiempo del término señalado.

"Esto hecho aparece comprobado con las constancias e informes de la Secretaría visibles a folios 3 y 7 de este cuaderno número 14.

"Mas para que un hecho de la naturaleza de éste pueda considerarse como constitutivo de caso fortuito o de fuerza mayor, y como exculpativo en tal carácter, es indispensable que aparezca que en realidad ese hecho haya sido la causa que imposibilitó el cumplimiento o hizo impracticable el propósito de la persona respectiva; es decir, es indispensable que aparezca la diligencia de esa persona en orden al cumplimiento del cometido que se proponía, y que aparezca como consecuencia que ese hecho imposibilitó de manera irresistible para ese cumplimiento.

"Y en el presente caso no aparece comprobación alguna al respecto. Por ninguna parte aparece elemento probatorio que conduzca a establecer la diligencia de los peritos en orden al cumplimiento de su misión, y por lo mismo no aparece comprobación alguna de que ese hecho —consistente en estar el expediente o parte de él en la Oficina de Registro— los hubiera puesto en imposibilidad de llenar su cometido.

"En tales circunstancias, aún comprobada la existencia del hecho en forma escueta, no puede aceptarse que tal hecho sea constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito que impidiera el uso del término cuya restitución se pide".

La Corte para resolver, considera:

Según el artículo 372 del Código Judicial, cuando por fuerza mayor no se ha hecho uso de un término, puede pedirse por el interesado la restitución de él.

"Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir...", dice el artículo 1º de la ley 95 de 1890.

La irresistibilidad consiste en que el hecho no haya podido ser impedido y que haya colocado a quien tiene la obligación en imposibilidad de cumplirla. No es suficiente que el asontecimiento haya dificultado el cumplimiento de ella.

¿Era imposible para los peritos el rendir su dictamen por la circunstancia de estar en la Oficina de Registro dos cuadernos del

expediente respectivo? En primer lugar, no se ha demostrado que ese hecho hubiera imposibilitado a los peritos para cumplir con su deber, pues quizá, si ellos lo hubieran querido, en la Oficina de Registro habrían podido consultar dichos cuadernos. En segundo lugar, no consta que era imprescindible tal consulta, pues los datos constantes en ellos podían tal vez encontrarse en otros documentos de más fácil consecución.

"La cuestión de la fuerza mayor no es una cuestión de clasificación mecánica de acontecimientos", ha dicho en fallo reciente la Sala de Casación Civil de la Corte. Ello quiere decir que no basta examinar el acontecimiento en sí mismo, sino que es preciso relacionarlo con la persona que no cumplió la obligación debida. En ese sentido, el Tribunal expresó la necesidad de establecer cuál había sido la diligencia de los peritos para cumplir su misión, porque sólo así se podía determinar la irresistibilidad del hecho respecto de la obligación inejecutada.

No se trata de averiguar si el hecho ocurrió por culpa de los peritos; se trata de saber si el hecho constituye fuerza mayor, y por eso es preciso no examinarlo en sí mismo sino en relación con los obligados, lo cual relieva la necesidad de saber si pretendieron cumplir su misión y si en ello encontraron el obstáculo irresistible.

La manera como se han alegado las circunstancias del hecho es suficiente para concluír que no hubo fuerza mayor, aparte de que el suceso no fue imprevisible, pues el señor Fiscal que lo alega pudo precaverse de él reclamando a tiempo del auto que ordenaba el envío de los cuadernos a la Oficina de Registro. Y los peritos hubieran podido también precaverse si hubieran procedido con alguna diligencia.

En alegato introducido en el incidente de que se conoce, el señor Fiscal aduce alguna causa de nulidad en la actuación. La Corte nada puede resolver ahora sobre este asunto, porque no está a su conocimiento un incidente en que se haya discutido algún punto relacionado con esta materia. El señor Fiscal se redujo a señalar al Tribunal posibles causales de nulidad, para que éste, de conformidad con el artículo 455 del Código Judicial, viera si era el caso o no de poner en conocimiento de las partes alguna irregularidad anulatoria; y el Tribunal estimó que no era la oportunidad de hacer una declaración expresa sobre esto "por ser obligación legal de la autoridad judicial examinar toda actuación de oficio antes de fallar..."

La competencia de la Corte está circunscrita a conocer del incidente sobre restitución de término, y nada más.

En fuerza de lo discutido, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, confirma la providencia recurrida.

Notifíquese, cópiese y devuélvase el negocio.

Pedro A. Gómez Naranjo, Electerio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán. — Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

DEMANDA SOBRE PAGO DE PERJUICIOS POR NO HABERSE PERFECCIONADO UN CONTRATO POR EL ESTADO

En la licitación pública hay dos momentos importantes: el uno, es la aceptación de alguno de los proponentes como mejor postor, y es lo que constituye la concesión o adjudicación provisional, y el otro, que es la CONCESION o ADJUDICACION definitiva, consiste en la aprobación definitiva por el Ministerio respectivo y por los demás órganos superiores que señale la ley. Hay diferencia entre los contratos administrativos o públicos, y los que celebra la Administración como actos de mera gestión privada. El servicio público es elemento esencial de los contratos administrativos. El requisito de la FORMA es esencial en los contratos administrativos, lo que los diferencia de los civiles, pues si en éstos se obligan las partes como han querido, en aquéllos se requieren formalidades especiales, indispensables para su validez, como la subasta pública, o el concurso, o bien la contratación libre, pero siempre con subordinación a las formas establecidas por las leyes. La diferencia entre los contratos civiles y los administrativos dimana de que aquéllos se realizan por un acto de voluntad, mientras que éstos son esencialmente formales. En derecho administrativo puede decirse que los contratos públicos no pueden ser generalmente materia de promesa de contrato, porque siempre está obligada la Administración a velar por los intereses de la colectividad, lo cual no puede hacer sino atendiendo a los mandatos y atribuciones de la ley. Cuando el contrato administrativo debe ser aprobado por otros órganos superiores, no se perfecciona sino cuando se realiza esa aprobación, como lo ha establecido la jurisprudencia española y como lo tiene recibido la nuestra. En derecho administrativo las prescripciones legales reglamentarias son de ORDEN PUBLICO. La teoría del abuso del derecho, que no ha sido sancionada en ningún texto expreso de nuestra legislación positiva, tiene por fundamento la consideración de que el derecho es una función que debe ejercerse para el cumplimiento del fin social y sobre bases de estricta justicia, o sea, sin traspasar los límites de la moral. En materia administrativa, si la teoría del abuso del derecho es una facultad judicial, "ha de estar en las leyes", como lo dice Fernández de Velasco. El permiso para servicios públicos es esencialmente distinto de la concesión por subasta o concurso o contratación libre. Es principio aceptado en Derecho administrativo que la Administración, en sus diferentes grados, no puede contratar libremente, sino dentro de la esfera señalada por las leyes administrativas que, inspirándose en el interés público, no autorizan contratos en que éste pueda salir perjudicado. Para que la acción de IN REM VERSO tenga efecto, es necesario que se compruebe un enriquecimiento sin causa jurídica y a costa de un tercero.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, septiembre seis de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

Bogotá, septiembre seis de mil novecientos treinta y cinco.

Para entrar a decidir este negocio en el fondo, se formula la siguiente relación de hechos:

1o.—La Ley 54 de 10 de noviembre de 1927, en el Parágrafo de su artículo 2o. dispuso que el gobierno procediera a construir una red de comunicaciones telefónicas a larga distancia, pudiendo verificar "la construcción por el sistema de contratos o por el de administración directa, según lo estimare más conveniente. En el caso de hacerlo por el primero de estos sistemas, los contratos celebrados necesitarán para su validez la aprobación del Consejo de Ministros y la del Consejo de Estado..."

2o.—Para cumplir la disposición legal, y en virtud de la autorización de contratar, el Ministro de Correos y Telégrafos formuló el respectivo pliego de cargos, el cual fue publicado en el número 63 de la "Revista Postal y Telegráfica", correspondiente al mes de febrero de 1928. (Fs. 3 vs. y ss. del C. 1o.).

3o.—El 3 de agosto de 1928 se dictó por el mencionado Ministerio la Resolución Nº 68 que fijaba hasta las seis de la tarde en punto del día 16 de ese mes como término perentorio para que se presentaran las propuestas de contrato; y ordenaba que sobre cada una de ellas rindiera informe pormenorizado la Comisión Asesora de Telégrafos, y que con éste pasaran a la Junta encargada de resolver lo que hubiere lugar sobre ellas y sobre la adjudicación del contrato. En la misma Resolución se hizo el nombramiento de la Junta. (Fs 32 ibidem).

4o.—Entre las ofertas presentadas hubo una de la Casa Electro-Entreprise de París (fs 49 a 56 del C. 2o.), sobre la cual dijo la Junta Asesora: "Esta oferta, muy interesante, se aparta sensiblemente del pliego de cargos... Si se firmara un contrato con esta sociedad, convendría modificar las cláusulas a que se hace referencia atrás, especialmente": (Anotó ocho cláusulas interesantes). Luégo dijo: "La mayor parte de estas condiciones están previstas en el pliego de cargos del gobierno y es menester atenerse a ellas... La aceptación de estas cláusulas haría aceptable el proyecto de la Electro-Entreprise, teniendo en cuenta la comparación financiera que comprende el precio global pedido completado con los dos

factores "material" más importantes: peso del cobre y peso del acero por suministrar". (fs 34 del C. 1o.).

5o.—En atención a este concepto, el Ministro de Correos y Telégrafos pasó, con fecha 20 de febrero de 1929, una nota al Director de la Electro-Entreprise, manifestándole que "de acuerdo con la Junta de teléfonos creada para asesorar al Ministerio en el asunto, resolvió preferir la propuesta hecha por la empresa que usted representa para la construcción de la red telefónica a que se refiere el pliego de cargos de 10 de febrero de 1928, y en consecuencia está dispuesto a discutir con usted las bases definitivas de la negociación. A este efecto le suplico se sirva elaborar una póliza de contrato y presentarla al estudio del Ministerio a la mayor brevedad. Subraya la Sala. (Fs 29 del C. 2o.).

6o.—De esto surgió luégo, y se firmó, una minuta de contrato entre el expresado Ministro y el representante de la Electro-Entreprise, el día 22 de abril de 1929, en cuyo último artículo, que es el 31, se expresó "Art. 31.— El presente contrato tiene su apoyo legal en las autorizaciones conferidas al Gobierno por la Ley 54 de 1927, y por los artículos 137 y 138 del Código Fiscal, y necesita para su validez de la aprobación del Exmo. señor Presidente de la República, previo dictamen favorable del Consejo de Ministros, y de la revisión del Consejo de Estado. Llenadas estas formalidades se publicará en el Diario Oficial". (Fs 35 a 43 del C. 1o.).

7o.—Con fecha 27 de junio de 1929 rindió informe al Consejo de Ministros (fs 56 a 59 del C. 2o.) el Ministro de Educación Nacional, el cual terminó así: "En tal virtud, tengo el honor de proponeros: —El Consejo de Ministros conceptúa que el Excelentísimo señor Presidente de la República puede impartir su aprobación al contrato que es objeto del presente informe, una vez que sean hechas las modificaciones que se dejan propuestas..."

8o.—No hay constancia de que la anterior proposición fuese aprobada o sustituída por otra; pero la Compañía dice (memorial de 29 de septiembre de 1930, Fs. 65 a 66 del C. 2o.) que el 5 de agosto de 1929 "accedió a las modificaciones esenciales sugeridas por el Consejo de Ministros, por lo cual el expediente pasó nuevamente a la consideración de esta corporación..."

9o.—El negocio pasó otra vez al señor Ministro de Educación Nacional para que rindiera nuevo informe, lo cual hizo el 3 de octubre de 1929 (fs 59 vs. a 64 del C. 2o.). El informe terminó así: "En tal virtud, tengo el honor de proponeros: —El Consejo de Ministros conceptúa: Vuelva este negocio al Ministerio de su origen a fin de que ese despacho, en vista del informe que antecede, proceda a resolver aquello que estime más conveniente y someta su decisión a la consideración de este Consejo". Hay este paréntesis: ("Esta proposición no fue aprobada por el Consejo").

10o.—El 17 de octubre de 1929 (fs 19 del C. 1o.), el Consejo de Ministros expresó que era de concepto "que el Excelentísimo señor Presidente de la República no debe impartir su aprobación al contrato celebrado por el señor Ministro de Correos y Telégrafos con la "Electro-Entreprise de París... En consecuencia, vuelva este asunto al Ministerio de Correos y Telégrafos para los efectos a que haya lugar".

11o.—Posteriormente, el 22 de noviembre del propio año de 1929 (fs. 17 del C. 1o.), el mismo Consejo de Ministros, teniendo en cuenta "la delicada situación fiscal que confronta el país", aprobó otra proposición en la que se resolvió aplazar la consideración del contrato "hasta tanto hayan desaparecido las dificultades atrás anotadas".

12o.—Más tarde, el 9 de febrero de 1931, se profirió por el Ministerio de Correos y Telégrafos la Resolución número 27 (fs 46 a 49 del C. 1o.), por la cual se negó al representante de la expresada sociedad Electro-Entreprise la solicitud "sobre indemnización de los daños y perjuicios que dice haberle sido causados a ésta sociedad por la decisión del Ministerio y del Consejo de Ministros de no entrar en nuevas negociaciones sobre una red telefónica, y por la negativa de la aprobación del contrato de 22 de abril de 1929..."

13o.—En noviembre 26 de 1928 (fs. 7 vs. del C. 2o.), el gobierno celebró un contrato con la Empresa Telefónica de Santander, "sobre permiso para un servicio público interurbano de teléfonos en el territorio de ese departamento"; luégo, en 13 de marzo de 1929, otro con la Compañía Telefónica Central, "sobre establecimiento de un servicio telefónico público entre los departamentos del Valle del Cauca y Caldas" (fs. 11 vs. y ss. del C. 2o.); otro el 6 de junio de 1929 (fs. 15 vs. ibidem), con esta misma Compañía, sobre permiso para el establecimiento de un servicio telefónico entre va-

rios lugares de los departamentos de Cundinamarca y Boyacá; igualmente celebró otro con la misma Compañía el 27 de mayo de 1929 (fs. 23 vs. ib), sobre el establecimiento de una línea telefónica pública entre algunas poblaciones del departamento del Tolima. A las dos compañías mencionadas se les autorizó, por Resolución No. 11 de 11 de febrero de 1930, para concetar sus servicios telefónicos (Fs. 27 vs. ibidem).

14o.—Fundado en las disposiciones de los artículos 2o. y siguientes de la ley 54 de 1927; 89 de la ley 153 de 1887; 1602, 1613, 1614, 2341 y demás aplicables del Código Civil; los aplicables del Libro 1o., Título 1o. del Código Fiscal; y en "los principios del derecho administrativo aplicables y los del derecho internacional, ya reconocidos por todas las naciones sobre el abuso del derecho, el apoderado de la Electro Entreprise estableció demanda ante el Tribunal Superior de Bogotá contra la Nación, solicitando las siguientes declaraciones:

"PRIMERA.—Que la sociedad demandante Electro-Entreprise adquirió el derecho de celebrar hasta su perfeccionamiento con el gobierno nacional, un contrato de construcción de la red de comunicaciones telefónicas, ordenada por la ley 54 de 1927... y para el suministro general del material necesario para dicha construcción.

"SEGUNDA.—Que con posterioridad a la licitación y a la adjudicación en favor de la Electro-Entreprise de la red de comunicaciones telefónicas,... el gobierno nacional no pudo legalmente y sin ocasionar perjuicios a dicha sociedad adjudicataria de la licitación, celebrar contratos de servicios telefónicos interdepartamentales con terceros o personas distintas de la Electro-Entreprise, teniendo por objeto esos contratos el total o parte de la red de comunicaciones telefónicas licitada y adjudicada a la expresada sociedad.

"TERCERA.—Que la Nación está obligada a reconocerle a la Electro-Entreprise y a pagarle a ésta, en el tiempo que se fije en la sentencia, los perjuicios que le ha ocasionado por haberle desconocido el gobierno nacional sus derechos como adjudicataria de la licitación para la construcción con suministro general del material necesario, de la red de comunicaciones telefónicas de que trata la ley 54 de 1927 y el "pliego de cargos" y "anexos" indicados en la petición primera de esta demanda, y por haberse colocado a virtud de actos jurídicos del mismo gobierno, como son los contratos sobre servicios telefónicos interdepartamentales celebrados con personas distintas de la Electro-Entreprise y que ocuparon la dirección de parte muy principal de la red licitada y adjudicada, en imposibilidad de perfeccionar con dicha sociedad el contrato objeto de la licitación que le fue adjudicada, o por no haberlo celebrado hasta su perfeccionamiento con ella. Tales perjuicios son los compensatorios o comprensivos del daño emergente y el lucro cesante, en la cuantía que se determina en este mismo juicio".

Como petición subsidiaria solicitó: "CUARTA.—Que la Nación está obligada a reconocerle a la sociedad demandante y a pagarle a ésta, en el tiempo que fije la sentencia, los perjuicios que le ha causado por el retardo del gobierno nacional en tomar la determinación de no perfeccionar el contrato suscrito entre ella y el Ministro de Correos y Telégrafos, por abuso en el derecho que hubiere tenido de no perfeccionarlo, abuso que consiste en haber retardado el ejercicio de ese derecho con perjuicio para la sociedad Electro-Enteprise. La cuantía de estos perjuicios se determinará en este mismo juicio".

15o.—El Fiscal 1o. del Tribunal, al contestar la demanda se opuso a que se hicieran las declaraciones, aceptando algunos y rechazando otros de los hechos fundamentales de la acción, y oponiendo varias excepciones perentorias.

16o.—El Tribunal resolvió el asunto absolviendo a la Nación de todos los cargos de la demanda, por sentencia de 27 de agosto de 1934, la cual fue apelada por la parte demandante.

En la Corte se ha ritualizado el negocio en la forma legal correspondiente; y como está para recibir fallo, se procede a proferirlo, previas las siguientes consideraciones:

De lo que queda anotado en la anterior relación, se ve que al principio el gobierno no quiso hacer uso de la autorización que le confirió la ley 54 de 1927, en el Parágrafo del artículo 2o., para verificar la construcción de la red telefónica por administración directa, sino que se inclinó a la forma contractual, y para ello formuló el pliego de condiciones correspondiente.

Pero, ¿a qué clase de contratación se sujetó? Este punto debe resolverse con la mayor claridad, para decidir el negocio en forma conveniente.

El sentenciador de primera instancia dice así el fallo:

"El art. 9º de la ley 61 de 1921, establece la regla general de que toda adquisición de algún bien para el Estado se hará por medio de licitación pública, y establece las reglas a que ésta debe sujetarse.

"De los documentos relacionados se deduce con toda claridad que la licitación de que se trata en el presente pleito no se hizo de acuerdo con tales reglas, sino que más bien se acomodó a las de la licitación privada que reglamenta el Art. 1o. de la ley 65 de 1915. Seguramente consideró el gobierno que el contrato en cuestión estaba exceptuado de aquella regla general.

"En todo caso, a la celebración del contrato precedió una licitación en la cual aquél fue adjudicado a la Compañía demandante, con la cual se firmó el documento respectivo, según se ha visto.

"Ese contrato, así firmado, no creó vínculo jurídico entre las partes porque para su perfeccionamiento exige la ley determinados requisitos, como son 'La aprobación del Presidente de la república con la firma del Ministro respectivo', aprobación que no se puede impartir sin dictamen favorable del Consejo de Estado..."

En lo transcrito asevera el Tribunal varias inexactitudes, que es necesario corregir. Porque no es cierto que el gobierno tenía que sujetarse a las reglas que establece el Art. 9o. de la ley 61 de 1921, ni que se haya acogido a la forma de la licitación privada que reglamenta el artículo 1o. de la ley 65 de 1915; ni es cierto que la licitación se hubiera adjudicado a la compañía demandante.

No pueden aceptarse estos conceptos, por lo que deben refutarse de antemano para fijar claramente la situación del punto debatido.

En primer lugar, el Parágrafo del Art. 2o. de la ley 54 de 1927 dio una autorización amplia al gobierno para la construcción de la red telefónica. De modo que para el cumplimiento de esa disposición, el órgano administrativo que fuera a realizarla tenía dos caminos: el uno, ejecutar la obra por administración, caso en el cual es la misma entidad interesada la que toma a su cargo directamente la realización; y el otro, verificarla por medio de contrato. Pero adoptado este último camino, todavía quedaba el órgano de la Administración con la facultad de adoptar cualquiera de las formas de la contratación que autoriza nuestro régimen administrativo. Por manera que pudo acogerse, bien a la contratación libre o directa, bien a la licitación privada o de concurso, bien a la licitación pública, o por subasta. Mas, aceptada cualquiera de estas formas, todavía tenía que cumplir con un requisito esencial exigido en el Parágrafo mencionado, cual era el de que el contrato que se celebrara debía ser sometido a la aprobación del Consejo de Ministros y del Consejo de Estado.

En un principio, no se inclinó a la forma de contratación directa o libre. Tampoco se sujetó al concurso o licitación privada, porque por el régimen de ésta los contratos no están sujetos a las formalidades de la licitación pública, según el Art. 1o. de la ley 65 de 1915. Esta contratación la permite la ley en ciertos casos especiales, como cuando se trata de la fabricación de elementos que requiere el Estado (como estampillas, billetes, etc., etc.,) y que fabrican determinadas casas, sobre cuya seriedad e importancia debe informarse previamente el gobierno, y las que deben ser invitadas a entrar en el concurso, en atención a las mayores garantías de honorabilidad y competencia que ofrezcan, y sujetándose al pliego de cargos formulado de antemano. En esta especie de contratación, según los principios de derecho administrativo universal, la Administración tiene la facultad de aceptar libremente alguna proposición, o de rechazarlas todas. Aunque no se trataba de la fabricación de un elemento especial, sino de la construcción de una red telefónica, el Estado pudo perfectamente, de conformidad con la autorización del Parágrafo dicho, acogerse a esa forma, pero no lo hizo.

El Ministro se inclinó a la licitación pública o por subasta. En ésta se formula por el Estado el "pliego de cargos", y tiene derecho a ser postor cualquiera persona capaz, nacional o extranjera; y cuando se prefiere a alguna como mejor postor, en ese momento se produce la confluencia de voluntades para constituir lo que se llama la "adjudicación provisional", que surge de la oferta de la Administración y del pliego propuesto presentado por uno de los proponentes cuando el órgano administrativo acepta a uno de éstos como mejor postor. La subasta se realiza, pues, en el momento en que se acepta a un proponente como mejor postor, porque en ese momento hay la confluencia de las dos voluntades, y viene ella a constituir la fuente de los derechos y obligaciones recíprocas que surgirán después entre la Administración y el conce-

sionario. En ese momento, cualquiera que sea su cuantía, sólo necesitan los contratos de la aprobación del Ministerio respectivo (Art. 39 del Código Fiscal), y se consideran firmes una vez que hayan recibido esa aprobación, siempre que el pliego de cargos haya sido aceptado por el Consejo de Estado, al cual debe pasarlo el gobierno, con el único fin de que aquél decida si está o nó ajustado a las autorizaciones legales.

Por tanto, en la licitación pública hay dos momentos importantes: el uno, es la aceptación de alguno de los proponentes como mejor postor, y es lo que constituye la concesión o adjudicación provisional, y el otro, que es la "concesión o adjudicación definitiva", consiste en la aprobación definitiva por el Ministerio respectivo, y por los demás órganos superiores que señale la ley, cuando ella determina la necesidad de esta última aprobación. Cuando se da la aprobación ulterior, ésta constituye ya la formación perfecta de las obligaciones y derechos, porque de la aprobación dada por los órganos superiores de la Administración parten los derechos y obligaciones de los contratantes, y no del pliego de la subasta ni del pliego propuesta.

No quiere decir esto que la adjudicación provisional, que resulta de la aceptación de un proponente como mejor postor, no produzca efectos, pues produce los de que la Administración no pueda ya modificar el pliego de la subasta ni rechazar al mejor postor aceptado, y el de que éste no pueda retirar su pliego propuesta sin consentimiento de aquélla. Esto se deriva de que verificada la adjudicación provisional, las obligaciones y derechos recíprocos que ella crea no pueden ser vulnerados en consecuencia, ni la Administración puede variar el pliego de la subasta ni rechazar al postor aceptado, como tampoco puede éste dejar de cumplir las obligaciones que se impuso al formular su propuesta. Pero no le da al postor esa adjudicación más derechos que los anotados, es decir, que la Administración no pueda alterar el pliego de cargos ni rechazar a aquél como postor, y que en cambio, el postor aceptado queda obligado a cumplir todo aquello a que se obligó en su propuesta. Mas no exceden de allí esos derechos; y por eso dice Fernández de Velasco que "La presentación del pliego del postor hace la traba jurídica en cuanto a sus obligaciones, no en cuanto a sus derechos". Y completa su pensamiento así: "Esto tiene importancia por la garantía que la posible defensa de aquellos derechos ofrecería a la colectividad".

El mismo apoderado de la parte demandante sostiene en su alegato presentado ante este Despacho los dichos conceptos. Dice así: "... si el proponente a quien se le adjudica la licitación (se refiere a la concesión provisional) no se allana a celebrar el contrato para la obra..., tal proponente adjudicatorio tiene que indemnizar los perjuicios que esa omisión o falta suya le cause a aquel que promovió la licitación. De aquí viene el decir que antes de la adjudicación aprobada (aprobada definitivamente quiere decir), sólamente el proponente o presunto adjudicatario está ligado jurídicamente para con el autor de la licitación, que en este caso es el gobierno, ya que sólamente después de hecha la adjudicación (la definitiva, quiere decir) y por virtud de ésta nace el vínculo jurídico de aquél para con el adjudicatario". Y más adelante agrega: "Lo que dicen los profesores Hauriou y Berthélémy en las páginas de sus obras que cita la sentencia del tribunal, confirma lo que vengo sosteniendo... Lo que ellos dicen es precisamente lo contrario de lo que el personal del tribual entendió al leerlos... 'La Administración no es responsable para con el adjudicatario sino cuando la adjudicación queda aprobada por el ministerio competente...', dice el profesor Hauriou". (Los paréntesis son de la Sala).

Ahora: las tres formas de contratación por el Estado (la libre, la de concurso, y la por licitación pública) pueden requerir otros elementos distintos de los que la ley señala en términos generales, y esto ocurre cuando el legislador, al exigir una forma de contratación que se sujete a los términos generales de una de las que autoriza la ley administrativa, imponga que ella habrá de llevar, para su validez, otros requisitos además de los indicados en esa ley, requisitos que deben cumplirse como especiales que son. Esto es lo que sucedió en el presente caso, por lo que no se pueden aceptar los conceptos del tribunal que quedaron transcritos arriba, porque habiéndose el gobierno inclinado a la contratación por subasta pública, llenó los requisitos exigidos por el artículo 9o. de la ley 61 de 1921; y porque no es cierto que se haya acogido a la forma del concurso, que es al que se refiere el artículo 1o. de la ley 65 de 1915.

También es necesario rebatir la tesis sentada por el tribunal, de que la licitación le fue adjudicada a la sociedad demandante, porque ello no es cierto. Si se hubiese adju-

dicado la licitación a dicha sociedad, habría habido la adjudicación provisional en los términos en que ella se realiza, como queda visto, y entonces el pliego de cargos habría quedado firme, y lo mismo el pliego propuesta, y cualquiera de las partes que hubiere dejado de dar cumplimiento habría violado los derechos de la otra, porque la adjudicación provisional implica una norma convencional, que debe mantenerse rígida e inflexible, salvo alteraciones, también convencionales, que las partes introduzcan. Si no fuera así, de suprimirse ese carácter de la adjudicación provisional, se suprimiría ella en sus fundamentos, y desaparecería toda garantía.

Mas no hubo adjudicación provisional. Cierto es que existió el pliego de cargos, y cierto también que hubo pliego propuestas Sin embargo, como ninguno de estos últimos llenó los requisitos del pliego de cargos, el gobierno no hizo adjudicación provisional alguna, sino que invitó a la Electro-Entreprise a la verificación de un contrato directo, o sea de contratación libre, cosa que podía hacer el Ministro respectivo, puesto que el Parágrafo del Art. 2o. de la ley 54 de 1927 lo autorizaba para que ejercitara cualquiera forma de contratación.

No es, por tanto, verdad, como lo afirma el tribunal, y también el apoderado de la sociedad demandante, que hubo adjudicación provisional, porque ésta desapareció desde el momento en que no se aceptó ninguna de las propuestas de las casas que concurrieron a la subasta. Al quedar sin efecto la licitación pública, se procedió por la forma de contratación libre, y se firmó la minuta de contrato de que se ha hablado. Pero aun cuando se aceptó esta forma, en atención a la ley 54 que se estaba ejecutando, se estatuyó en la minuta de contrato, que él, para que fuera contrato definitivo, requería la aprobación de otros poderes superiores al Ministro que la confeccionó.

De suerte que aunque desapareció la contratación por licitación pública y se entró a una negociación por contratación libre, merced a la exigencia del Parágrafo referido, que mandaba que el contrato fuese aprobado por otros órganos de la Administración, la eficacia del acto se encontraba pendiente del cumplimiento de ese requisito, porque la exigencia de esa aprobación venía a obrar como una condición suspensiva respecto del contrato; y si ella no se distaba, el contrato no podía perfeccionarse. Esto, porque en los contratos administrativos, cualquiera que sea la forma que se adopte para su celebración, si la ley que los autoriza exige la condición de una aprobación superior, el otorgamiento de ésta es indispensable para la definitiva validez del acto.

Se repite: no hubo adjudicación provisional; y mucho menos definitiva. De modo que la licitación pública quedó sin efecto. Pero como el Parágrafo mencionado autorizaba cualquiera forma de contratación, se entró a verificar una directa firmándose entre las partes un proyecto de contrato que, conforme a la ley que autorizaba la contratación, requería la aprobación de otros órganos de la Administración distintos del Ministro que firmó la minuta. Y es por no haberse dado esa aprobación por lo que se ha establecido la demanda para que se declare que el Estado estaba obligado a otorgarla o a reconocer los perjuicios ocasionados a la parte demandante por su renuencia. De aquí surge la competencia de la Corte para conocer, en segundo grado, de este negocio, porque en los términos del Art. 76 del Código Judicial, a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial corresponde conocer en primera instancia "de los asuntos contenciosos en que tenga parte la Nación y en que se ventilen cuestiones de derecho privado".

La demanda se dirige a obtener una indemnización de perjuicios, en virtud de las consecuencias jurídicas que haya podido producir la confección del proyecto de contrato, al considerarse que éste produjo un derecho adquirido para la sociedad demandante, derecho que se resuelve en la obligación de que el Estado estaba obligado a perfeccionar tal contrato, y de que a no perfeccionarse, aquel derecho se considera como causa generadora de los perjuicios que se demandan.

Por no haber habido, pues, adjudicación provisional en la subasta, hay que tomar la cuestión por otro aspecto, analizando el fenómeno jurídico producido por el proyecto surgido de la contratación libre, para ver los efectos que él pueda producir dentro del régimen administrativo vigente, y si la sociedad demandante adquirió algún derecho por razón de ese proyecto o minuta.

De antemano hay que manifestar que la parte actora, en el alegato mencionado, habla, en varias partes de él, de denegación de justicia por parte del juzgador de la primera instancia, por haber éste aplicado—dice—el derecho de un modo contrario al sentido

universal, y por no ser la sentencia "digna de las partes mismas y determinadamente de la cuestión jurídica", y, además, porque dízque la interpretación que dio al asunto el tribunal no está conforme con el derecho colombiano ni con las leyes colombianas, y es contrario a lo establecido en el mundo civilizado.

A riesgo de una inusitada extensión, las sospechas aludidas obligan a la Corte a presentar en este fallo, en forma suficientemente clara, cada uno de los problemas invocados por el demandante, y todo ello bajo los siguientes apartes:

I.—Acerca de la primera declaración que se impetra, o sea la de que la sociedad demandante "adquirió el derecho a celebrar hasta su perfeccionamiento con el gobierno nacional" el contrato en referencia, hay que tener en cuenta:

Talvez por el hecho de haberse firmado la minuta de contrato entre el señor Ministro de Correos y Telégrafos y el representante de la Electro-Entreprise, se cita en la demanda como fundamento de derecho el Art. 89 de la ley 153 de 1887, que trata de la promesa de contrato. Por esto es necesario ver si esa minuta constituye propiamente una promesa de contratar que obligue a su cumplimiento. Para decidir este punto se hace indispensable analizar previamente si aquí se trató de celebrar un contrato administrativo o uno de derecho privado.

La expresada minuta se refiere indudablemente a un contrato administrativo, por estas razones: 1a.—Porque su objeto inmediato y directo fue la realización de una obra pública de interés social o servicio público, consistente en la construcción de una red telefónica; 2a.—Porque una de las partes que quiso contratar fue la Administración pública, debidamente autorizada; 3a. —Porque el contrato no podía celebrarse sino con sujeción a las formalidades prescritas en la legislación administrativa. Los dos primeros requisitos fijaban la naturaleza administrativa del contrato; pero para que éste fuera válido y eficaz se exigía la concurrencia del tercer requisito. Todo esto por las razones que van a expresarse:

Dejando de lado los contratos privados que celebran los particulares (a los cuales debe entenderse aplicable lo que aquí se diga sobre los contratos de esa misma índole que celebra la Administración), hay diferencia entre los contratos administrativos o públicos, y los que celebra la Administración como actos de mera gestión privada.

Para percibir la diferencia, hay que anotar de antemano los puntos esenciales de semejanza de los dos contratos:

En primer lugar, el acto jurídico es una categoría especial del hecho jurídico: es este hecho en cuanto es voluntario. En principio, el acto jurídico se distingue del hecho jurídico. Ambos son acontecimientos productores de efectos de derecho, pero tienen origen distinto. "Todos los acontecimientos—dicen Colin y Capitant—que tienen por efecto crear, trasmitir o extinguir derechos, son hechos jurídicos. El acto jurídico ha de ser voluntario, intencional (contrato, testamento); si no, es mero hecho (nacimiento, muerte). Por tanto, acto jurídico es una categoría especial de hecho jurídico —el hecho jurídico voluntario.

Ahora: el acto administrativo es una especie del acto jurídico, por lo que los requisitos que se exigen para éste deben asimismo concurrir en aquél para los efectos de su validez. Por esta razón, las condiciones en que debe producirse y exteriorizarse la voluntad, origen del acto jurídico, deben también darse en los actos administrativos, tanto en los que celebra la Administración como persona jurídica particular (contrato privado), como en los que realiza como persona que gestiona para un fin público (contrato administrativo o público); y los vicios que menoscaban esa voluntad en los actos jurídicos también menoscaban la voluntad del órgano administrativo, productor del acto de esa clase.

En segundo lugar, es evidente que en los contratos administrativos se produce una reciprocidad jurídica entre las partes, porque el sistema constituye (bien por la concesión o la subasta) un orden legal de relaciones jurídicas inmutables entre la Administración y los contratistas, al cual quedan sujetas las partes. Pero esa reciprocidad se produce también en los contratos de naturaleza privada, sin que ella pueda establecer una identidad esencial entre esos dos tipos de contratos, porque hay esta evidente diferencia de fondos: en los contratos privados, la intención prevalece sobre las palabras del contrato (Código Civil, art. 1618), intención que se deducirá de los actos de los contratantes en otros contratos o en la aplicación práctica que hubieran hecho de él (art. 1622 ib); mientras que en los contratos administrativos la intención

se determinará por el interés general o servicio público.

Pero además de los conceptos anotados sobre semejanza y desemejanza entre el contrato que no es administrativo y el que sí lo es, la diferencia entre ellos se determina también porque en el que es administrativo se exigen dos requisitos esenciales: uno de fondo, y otro de forma.

Entre los requisitos de fondo se cuentan, en primer término, la competencia, o sea el acto esté dentro de la esfera de las atribuciones de la autoridad que lo verifica, y, en segundo término, que debe realizarse con subordinación a la ley, porque la autoridad administrativa tiene la obligación de acomodar su conducta a las normas del orden legal.

Sobre los requisitos de forma, que son "los caracteres perceptibles con que el elemento psicológico se reviste para adquirir valor de hecho externo", se expresa García Oviedo así: "Todo acto se cubre con una forma, pero es característica del derecho moderno no ligar la existencia y validez de un acto a una forma determinada... Sin embargo, las formas tienen en el derecho público una importancia excepcional. La circunstancia de que por lo común varios órganos contribuyan a formar la voluntad de la persona administrativa y que, aun cuando esta última voluntad resulte de la determinación de un solo individuo, debe preceder su manifestación a la acción dirigida a lograr un fin, impone la observancia de especiales formalidades en el acto. Por esto en el derecho administrativo la prescripción legal de una determinada forma debe reputarse con el carácter de requisito esencial, esto es, de elemento indispensable para la perfección y validez jurídica del acto".

Pero no bastan los dos requisitos de fondo anotados, con la concurrencia del de forma, para que un acto de gestión realizado por la Administración adquiera el carácter de contrato público o administrativo. Si eso bastara, la adjudicación de una mina o de un baldío a un particular, actos en los cuales se requiere la competencia del funcionario que hace la adjudicación, subordinado a preceptos legales y a especiales requisitos de forma, serían contratos administrativos, y sin embargo no lo son. Esto indica que hay otros requisitos que constituyen la verdadera esencia de ese contrato, y ellos son: el "objeto" y su "finalidad".

Hay, pues, diferencia sustantiva entre el contrato privado y el propiamente administrativo o contrato público, diferencia que indica que no bastan las normas y principios del Derecho Civil para todos los contratos que la Administración realiza, porque existen motivos que afectan a la legislación que regula éstos. De modo que en cuanto a la competencia (que dice relación directa al sujeto), y a los elementos formales, y a su objeto y finalidad, hay desemejanza entre los contratos de orden administrativo y los de orden privado.

En primer término, en cuanto al sujeto o competencia, hay diferencia entre los contratos civiles y los administrativos, ya que en éstos una de las partes contratantes es la Administración que, merced a su carácter, fija condiciones que dejan a salvo sus peculiares prerrogativas como poder. No quiere decir esto que la Administración imponga su voluntad, porque, como dice el tratadista Posada, "... en buenos principios jurídicos el acto contractual, aunque sea administrativo, no puede ser acto de poder, sin atentar a su naturaleza jurídica. En su virtud, la contratación de los servicios públicos debe estar sometida al régimen jurídico de los contratos... La Administración, mientras contrata, no obra considerando al particular como miembro subordinado del Estado, sino como persona sustantiva que determina su voluntad según el contrato. Si la Administración impone su voluntad por interés público, no contrata, manda".

Esto tiene que ser así, porque sustancialmente los contratos administrativos son como cualesquiera otros, pues si por contrato se entiende un concierto de voluntades producido con libertad por las partes, estas circunstancias han de aparecer en los administrativos que celebra la Administración para servicios públicos, ya que ella no puede obligar a que se contrate. Por eso, si la Administración impusiera, no contrataría, sino que mandaría, como lo dice claramente el autor citado. Es distinto imponer condiciones que fijar aquéllas sin las cuales ni la misma Administración puede contratar, porque estas condiciones no son propiamente facultades sino más bien límites, subordinaciones que las leyes le trazan a la Administración en interés público. Así, el contrato no puede surgir sino de la aceptación absolutamente voluntaria del contratista a las condiciones que la Administración establece, con sujeción a la norma jurídica.

En relación con el objeto, hay que poner de manifiesto que la Administración puede ser

sujeto de dos tipos de contratos: contratos privados, o de Derecho civil, y contratos públicos, o propiamente administrativos o de Derecho administrativo. Estos son los que se refieren a una obra o servicio público, "entendiéndose que persiguen un servicio público los que tienen por objeto inmediato y directo la satisfacción de una necesidad pública".

El objeto es, por tanto, una de las diferencias sustantivas entre esos dos tipos de contrato. Por eso dice García Oviedo que "... si se considera no la substancia sino las circunstancias que acompañan a los contratos administrativos, no hay razón para dudar de su especialidad. Y el fundamento de la especialidad está en el objeto —obra o servicio público— que es, en definitiva, el interés social. Para dejar a salvo este interés se determinan formas, requisitos y efectos especiales, a los cuales han de someterse tanto los particulares como la Administración".

Cierto es que hay autores que, como Delgado, opinan "que todos los contratos que la Administración celebre deben considerarse como administrativos, porque en todos ellos aparece la Administración con facultades determinadas que se limitan para garantía de los intereses públicos"; pero en el desarrollo actual del Derecho Administrativo, todos los autores concuerdan en señalar diferencias, no sólo entre los contratos civiles de que son sujetos los particulares, sino también en los de orden privado que celebra la Administración, con los administrativos, aunque sostengan muchos de ellos que la diferencia consiste únicamente en las especialidades que rigen a éstos, los cuales conservan, sin embargo, su carácter civil.

Así, Royo Villanova cree "que la especialidad de los contratos (los administrativos), sin hacerles perder nunca su carácter civil, consiste precisamente en el objeto, en las obras y servicios públicos, en el interés general que implican, en la necesidad de tomar precauciones y buscar garantías que se traducen en una limitación de la libertad de contratar y a las cuales se somete voluntariamente el que contrata con la Administración.

Para Gascón, la índole jurídica de todos los contratos tiene que ser una misma, porque "el derecho contractual —dice— es el que debe tener aplicación". Y continúa: "Lo que hay es que, no pudiendo regirse todos los contratos en todos los detalles jurídicos por las mismas reglas, los contratos que la Administración celebre, lo mismo como una persona jurídica cualquiera que para los servicios públicos, habrán de ser regulados por disposiciones especiales", lo cual complementa diciendo que es que la Administración, para ejercitar su capacidad, debe adaptarse a las reglas que determinen esa capacidad en cada uno de los contratos que celebre; reglas que, por la libertad de obrar de que gozan las entidades administrativas y la tutela que ejercen, tienen que variar "los preceptos relativos a las condiciones y formas de la prestación del consentimiento". En orden a este pensamiento, dice: "... ha de procurar el legislador garantir hasta en sus menores detalles el interés colectivo, exigiendo preceptos innecesarios cuando de meras relaciones privadas se trata, originando formas especiales de contratación; garantía tan necesaria cuando el objeto directo del contrato es encomendar a un particular la realización de una obra o la ejecución de un servicio público".

Este servicio público, u obra pública, como objeto, y el interés general, como fin, es uno de los requisitos que sirven para determinar la esencia del contrato administrativo. La forma por sí sola no basta, como tampoco es suficiente la calidad del sujeto llamado Administración, pues un contrato celebrado por ésta puede ser público o privado: lo primero, si aquélla obra como Administración dentro de las normas especiales y para una obra pública de interés general; y privado, si obra como simple persona particular.

Se presenta, en consecuencia, una dualidad de aspectos de la Administración como persona jurídica contratante. Y así dice Santamaría, que si se considera "al Estado en relación directa con los particulares, no puede ser mirado más que bajo estos dos aspectos: o propiamente como Estado, es decir, como supremo definidor y cumplidor del Derecho..., o persona jurídica como sér que es, a su vez, sujeto de derechos y obligaciones. Y como la Administración no es otra cosa que el poder ejecutivo..., y el poder ejecutivo es el Estado mismo en su función de ejecutar, resulta que al relacionarse la Administración con los particulares, se presenta en los dos modos de la relación del Estado, como poder que ejerce la función ejecutiva (proveyendo y mandando), y como la personificación del Estado en cuanto sujeto de derechos y obligaciones". Luégo desarrolla su doctrina así: "El objeto del contrato puede determinar y determina una diversa manifestación de la personalidad jurídica, sujeto del mismo. Y por lo que se

refiere a los contratos de la Administración, fácil es distinguir en principio (cualesquiera que sean las dificultades de aplicación práctica), que unas veces tienen por objeto satisfacer necesidades comunes a todo individuo o corporación, y otras veces necesidades derivadas de su peculiar naturaleza o misión propia. Ahora bien: cuando contrata sobre las primeras, obra como una persona jurídica cualquiera, rigiéndose por las reglas generales de la contratación que establece el Derecho común; cuando contrata sobre las segundas, obra como persona jurídica encarnación del Estado..."

De forma que para alcanzar la diferencia, o sea, para distinguir cuándo la Administración obra como persona jurídica particular y cuándo como encarnación del Estado, es necesario atender a la materia y al fin del contrato; es decir: que en vez de averiguar sobre la cualidad del contrato por el carácter con que obra la Administración, este carácter resulta de aquella cualidad: de tal modo que no puede decirse que el contrato es privado porque la Administración obró como persona particular, sino que la Administración obró como persona netamente privada porque el objeto del contrato no era un servicio público ni su fin una obra de interés general. Y esto, porque es la naturaleza del acto, su materia y su fin lo único que puede determinar cuándo la Administración obra como persona jurídica particular y cuándo como encarnación del Estado.

En consecuencia: en el sentido expresado, el Derecho Administrativo no es otra cosa que el regulador de los poderes y derechos que competen a las personas administrativas para la realización de los servicios públicos; por tanto, expresándose éstos quedan expresados esos derechos y poderes, que son un corolario de la finalidad del contrato, o sea del interés público. Por eso dice Jéze que los contratos administrativos son los otorgados por la Administración para asegurar el mantenimiento de los servicios públicos.

En esta materia es, pues, el servicio público el elemento esencial de los contratos administrativos, porque él domina íntegramente a la Administración, ya que la misión de ésta no es otra que asegurar la realización de los servicios públicos, de los cuales deriva sus facultades y para ellos las ejercita.

De lo dicho se nota que la noción de servicio público se concreta en aquello que tiene por objeto inmediato y directo la satisfacción de necesidades públicas, entendiéndose por éstas "las exigencias de los mismos fines que determinan la naturaleza y misión propias del Estado..., señalados por las leyes como otros tantos deberes de la Administración pública en sus diversas esferas". (Santamaría).

Por este aspecto se ve que se revela en la Administración una especie de actividad, una idea de trabajo, de la que se deriva la de servicio. Esa actividad, encaminada a determinado fin es lo que se llama servicio público; por lo que "contrato de servicio público será el otorgado entre la Administración y un particular, obligándose éste a prestar una actividad encaminada a satisfacer una necesidad pública, y aquélla a remunerar el servicio prestado". (Fernández de Velasco). De tal suerte que para que las obras públicas sean objeto de contratos administrativos deben destinarse al uso y aprovechamiento general o a construcciones que se hallen a cargo directo del Estado.

Por eso, a juicio de Jéze, para que haya contrato administrativo se requieren las siguientes condiciones:

1ª—Acuerdo de voluntades entre la Administración y un particular.

2ª—Dicho acuerdo ha de proponerse la creación de una obligación jurídica, de prestación de cosas materiales o de servicios personales, mediante una remuneración (en dinero o en otra forma).

3ª—La prestación del particular tendrá por objeto asegurar el funcionamiento de un servicio público.

4ª—Se sobreentenderá que las partes se propusieron someterse al régimen especial de Derecho público, porque así lo estipularon, o porque así resulta de la forma en que el contrato se otorgó, o de la especie de cooperación pedida al contratante, o por cualquiera otra manifestación de voluntad. La Administración, por una parte, ha querido este régimen especial, y el contratista, por otra, al someterse voluntariamente a este régimen especial, renuncia a servirse de las reglas del Derecho privado para la determinación de su situación jurídica (derechos y obligaciones).

Es indudable que, en orden a los principios expuestos, el contrato que se quiso celebrar sobre la construcción de una red telefónica, y de que se ha hecho mérito, encaja en la categoría de los contratos administrativos.

Siento esto así, incumbe analizar si la minuta del contrato constituye una promesa de contratación, o no; porque si lo primero,

daría lugar a la exigencia de su cumplimiento; si lo segundo, no.

El art. 89 de la ley 153 de 1887 dice:

"La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurran las circunstancias siguientes:....

"2ª—Que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el art. 1511 del Código Civil". (Se refiere al 1502).

Son requisitos esenciales para la validez de un contrato aquellos cuya concurrencia es indispensable para que el contrato nazca, de modo que la ausencia u omisión de cualquiera de ellos anula la existencia del contrato. El artículo 1502 exige como requisitos esenciales: capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos.

Jéze dice que "para que en Derecho público se produzcan efectos jurídicos es necesario que el funcionario sea competente, que su voluntad sea libre, que persiga un objeto posible y lícito, que se determine por motivos lícitos también, y en algunos casos, que se observen ciertas formas". Al elemento voluntario, Duguit ha agregado el fin social del derecho como nota del acto jurídico, el cual define como "manifestación de voluntad conforme al derecho objetivo y que da nacimiento a una situación de derecho subjetivo".

En cuanto a la capacidad, en primer término, habiendo la minuta de contrato surgido de un órgano de la administración (Ministro de Correos y Telégrafos), es indispensable ver si la capacidad de ese Ministro era suficiente por sí sola para obligar al Estado.

El requisito de la capacidad en los contratos administrativos se resuelve no sólo en un acto de la voluntad administrativa, sino también en los requisitos de competencia y consentimiento. De aquí que si el funcionario público tiene competencia para la negociación, es capaz; pero todavía necesita de un consentimiento apropiado, el cual, para que sea válido, requiere que el funcionario haya obrado no sólo con competencia sino también con observancia de los requisitos legales; porque tanto aquella competencia como esta observancia nacen de la ley, y en cada caso debe estar el funcionario sujeto a lo que en ésta se disponga. Las formalidades legales exteriorizan, pues, la validez del consentimiento; pero éste puede ser simplemente exteriorización del órgano que inicia el acto, en virtud de que la ley lo autoriza para obligar al Estado por su sola voluntad, o puede requerir, además, otra voluntad que confirme ese acto, porque la ley, en ciertas circunstancias, para que la actividad administrativa se produzca y para que el acto sea válido, reclama la concurrencia de varios órganos. En tal evento, se trata entonces de una declaración colectiva de la voluntad, en la cual se distinguen dos diversos momentos: la integración de la voluntad, y su declaración, a las cuales ha de alcanzar la legalidad, tanto en cuanto a la forma como en cuanto a la competencia. Dadas estas circunstancias, en estos casos, para que el acto administrativo resulte como entidad jurídica, necesita de la confluencia, por parte de la Administración, de varias voluntades jurídicas, cada una de las cuales puede ser físicamente simple o múltiple, pero cuya concurrencia uniforme es indispensable para el perfeccionamiento del acto.

De estos conceptos surge, con toda su fuerza, el requisito de la forma, el cual es esencial en los contratos administrativos, y que es el que viene a determinar una diferencia profunda entre éstos y los civiles: porque en los civiles impera generalmente el principio de que de cualquier modo que úno quiera obligarse queda obligado, en tanto que en los administrativos se requieren formalidades y requisitos especiales indispensables para su validez, como la subasta o licitación pública, o el concurso, o bien la contratación libre, pero siempre con subordinación a las formas establecidas por las leyes.

Quiere decir esto que los actos jurídico-administrativos son esencialmente formales, de suerte que en ellos, respecto a la Administración, como opina Jéze, sin forma no hay decisión, ni se puede descubrir el fin que se persigue. La forma, como cualidad esencial a esos actos y a su garantía, es condición inevitable en el Derecho público. "Al particular —dice su autor— le basta querer; la Administración necesita querer para un fin público".

Ahora: se entiende "por forma de la declaración el modo de manifestarse la voluntad, que así se convierte en entidad objetiva", dice De Vallés. Y para todo contrato en general, opina Fernández de Velasco, la "forma es la exteriorización, la materialización de un acto jurídico. Si la eficacia de éste no alcanza al sujeto que lo realiza, todo derecho ha de tener una exteriorización, una materialización, una forma. Mediante la forma, pues, el momento psíquico y subjetivo de los actos se convierte en físico y objetivo".

En los contratos civiles, cualquier medio que logre la manifestación de la voluntad, es eficaz y eficiente en Derecho, porque en ellos rige, por lo general, el principio de la libertad formal; de manera que cumplido el requisito de que el acto se exprese de alguna manera, no obliga que se adopte una forma especial y determinada, si la ley no la exige ad substantiam o ad solemnitatem. Pero para el Derecho público no rige este principio, porque este Derecho es esencialmente formal, y tiene que estar sujeto al punto de vista contrario del Derecho privado. La diferencia no admite duda. La decisión que, en el particular, sujeto de un contrato privado, es un fenómeno psicológico, en la Administración es ya objetivo, formal. Como motivo causal, final, el interés no rebasa la propia apreciación del individuo; en cambio, en la Administración este interés es externo y objetivo, porque lo es el bien público. Por tanto, la diferencia entre los contratos civiles y los administrativos dimana de que aquéllos se realizan por un acto de la voluntad, mientras que éstos son esencialmente formales, y en que su forma se desarrolla (tanto en la subasta, como en el concurso, y aun en la contratación libre) en distintas etapas: oferta de la Administración (o pliego de cargos); adhesión del particular en virtud de su pliego-propuesta, previo el oportuno depósito, si se ha exigido; aceptación del mejor postor (o sea la adjudicación provisional del servicio a quien presente la proposición más ventajosa y ajustada a las condiciones de la subasta); aprobación del acto por el superior (que constituye la adjudicación definitiva); fianza definitiva, etc., etc. Todas estas formalidades tienen por base la formalidad matriz que es la subasta; y, si se trata de una contratación libre, como en el presente caso, se requieren: capacidad y consentimiento, y la observancia de las prescripciones legales.

Lo dicho demuestra que para que el consentimiento que presta la Administración sea válido, no sólo se requiere la competencia sino también la sujeción a las reglas legales, que son las que dicen relación a la forma, porque ésta es la que revela la competencia, y, por consiguiente, el consentimiento. Por esto se dijo que las formalidades legales exteriorizan la validez del consentimiento.

De lo expresado se deduce que las normas legales que regulan las circunstancias del contrato administrativo son de estricta aplicación, por lo cual deben considerarse como expresamente incluídas entre las cláusulas de él, además de las circunstancias materiales que jugaron en la contratación; de ahí que la inobservancia de esas reglas legales constituiría un error de derecho que anularía el acto. Por ello la jurisprudencia administrativa universal ha establecido en este sentido, "que el que contrata con el Estado no puede alegar en su favor la ignorancia de disposiciones referentes al servicio que tiene contratado, de fecha anterior al contrato, pues su interés radica precisamente en cerciorarse del estado legal referente al servicio". En este orden de ideas se tiene que el Ministro de Correos y Telégrafos, como sujeto de la Administración, indudablemente podía contratar obligando al Estado, pero que en el caso sometido a estudio le era indispensable que actuara de acuerdo con las formalidades legales que se prescriben para las obras del Estado, y que la sociedad contratista estaba obligada a conocer.

Por consiguiente: a la Electro-Entreprise la obligaba no sólo lo ordenado en la ley 54 de 1927, que dispuso que los contratos que celebrara el Ministro sobre la construcción de la red telefónica tenían que ser sometidos a la aprobación del Consejo de Ministros y del Consejo de Estado, lo cual se hizo constar expresamente en la minuta de contrato, en la cláusula que se dejó transcrita, sino que también la obligaba el conocimiento de lo siguiente:

a)—Del parágrafo del artículo 4º de la ley 34 de 1928, anterior a la confección de la minuta, que reza: "En todo contrato se estipulará precisamente que la entrega de las sumas de dinero a que la Nación queda obligada se subordina a las apropiaciones que de tales sumas se hagan en los respectivos presupuestos".

b) De los artículos 53 y 54 de la ley 42 de 1923, conforme a los cuales los contratos que impliquen erogación están subordinados a la existencia de partida bastante y libre en el presupuesto, y al certificado de la Contraloría sobre apropiación, suficiencia y disponibilidad de los fondos para hacer frente al contrato proyectado.

c)—Del artículo 55 de la misma ley, que dispone que "todo contrato que fuere celebrado contra los requisitos consignados en el artículo anterior, será absolutamente nulo".

El Gobierno, según lo que consta en el expediente, insistió en las dificultades de orden fiscal por que atravesaba el país, las que le impedían: en un sentido moral, celebrar un contrato cuyo cumplimiento él sa-

bía irrealizable en esa actualidad por encontrarse el Estado en incapacidad financiera para cumplirlo; y en un sentido legal, porque por la falta de existencia de partida bastante y libre en el presupuesto quedaría dicho contrato afectado de nulidad absoluta.

En conclusión: en la minuta firmada entre el Ministro de Correos y Telégrafos y la Electro-Entreprise se trató de celebrar, por contratación directa, un contrato administrativo o de Derecho público, el que no se realizó totalmente por falta de la aprobación de los órganos superiores de la Administración a que la ley subordinaba la eficacia del acto. No pudo, por consiguiente, en la mencionada minuta tratarse de una promesa de contrato, porque le habrían faltado para que fuese tal algunos de los requisitos que la ley exige para que el fenómeno jurídico de la promesa pudiera realizarse, entre los cuales se cuentan especialmente el del consentimiento que tenía que ser prestado por la voluntad íntegra de todos los órganos de la Administración a quienes incumbía la celebración del acto. Por esta razón, en Derecho administrativo puede decirse que los contratos públicos (o sea los que tienen por objeto un servicio público y un fin que es el interés social), no pueden ser generalmente materia de promesa de contrato, porque siempre está obligada la Administración a velar por los intereses de la colectividad, lo cual no puede hacer sino atendiendo a los mandatos y atribuciones de la ley. Por eso se dijo ya que en los contratos administrativos la decisión o motivo causal de la Administración no es cuestión psicológica, como lo es en los contratos entre particulares, sino que es objetiva y externa, y que está determinada por el bien público. Distinto sería si se tratara de un contrato de gestión privada por parte del Estado, caso en el cual sí se puede sujetar al derecho común, y celebrar, por tanto, promesas de contratar.

II.—Pero como se pide también que se declare que el Gobierno está obligado a indemnizar los perjuicios que sufrió la compañía demandante, es necesario estudiar si estos perjuicios se causaron y si el Estado debe la indemnización correspondiente.

Varias fuentes invoca la parte actora como fundamento de esa impetración, así: 1ª Por haber adquirido el derecho a que se celebrara el contrato hasta su finalización; 2ª—Por haber incurrido la Administración en abuso del derecho retardando la aprobación del contrato o absteniéndose de hacerlo; 3ª—Por haber el Gobierno celebrado varios contratos sobre permiso para el servicio de teléfonos interdepartamentales con compañías distintas a la demandante; y, 4ª Por enriquecimiento sin causa jurídica por parte del Estado, que se aprovechó de los estudios técnicos que con su propuesta presentó la Electro-Entreprise. Cada uno de estos puntos se estudiará separadamente.

Primero.—Se solicita que se declare que la Electro-Entreprise adquirió el derecho a celebrar hasta su perfeccionamiento, con el Gobierno nacional, el contrato sobre construcción de la red telefónica, y que el Estado colombiano está obligado a reconocerle y a pagarle los perjuicios que le ha causado al tomar la determinación de no perfeccionar el contrato.

Para resolver esta cuestión conviene analizar si la situación creada por la realización del proyecto de contrato constituye un derecho adquirido, o sea, si se verificó en su totalidad un acto jurídico que hiciera eficaz el derecho de la sociedad demandante y que la facultara para pedir: o que el contrato se perfeccione, adquiriendo su integridad jurídica, o que se reconozca una indemnización por los perjuicios que se hayan podido causar.

Si la contratación que se estudia hubiera surgido de una licitación pública, de conformidad con el artículo 37 del Código Fiscal, podría estudiarse si habría quedado firme por la sola aceptación del mejor postor y la aprobación del Ministro respectivo, y si el proponente tendría o no el derecho para exigir el cumplimiento del contrato. Con todo, habría también que considerar que la ley 54 de 1927 exigió el cumplimiento de otros requisitos, entre ellos el de que el contrato debería ser aprobado por otros órganos superiores, caso en el cual, como lo ha establecido la jurisprudencia española, "los contratos en que la Administración superior se reserva la aprobación no se perfeccionan hasta que recae ésta, aceptando la proposición que estime más ventajosa", jurisprudencia de la cual deduce estos efectos el tratadista Fernández de Velasco: "De aquí también que en tanto no recaiga dicha aprobación, el rematante no puede reclamar indemnización alguna si la autoridad superior no aprueba la subasta".

En la primera parte de este fallo quedó estudiado ampliamente que en el asunto de que se trata se quiso celebrar un contrato estrictamente administrativo por el sistema de contratación libre, puesto que el pliego-propuesta de la Electro-Entreprise no fue aceptado, pues si lo hubiera sido, habría habido una adjudicación provisional que por la

aceptación del mejor postor hecha por el Estado, en virtud del acomodamiento de la sociedad proponente en su propuesta al Pliego de Cargos, habría constituído un verdadero acto jurídico, porque el Pliego de Cargos es la norma, el cartabón que define los derechos y obligaciones del gobierno y del rematador o contratista, y una vez consumada la licitación, ese pliego de cargos es perfecto, intocable, y hace la traba jurídica que engendra la obligatoriedad.

Como queda establecido, la propuesta de la sociedad demandante no fue aceptada; por esto entró el Gobierno a contratar libre y directamente con ella, sin que este sistema de contratación arrebatase nada al contrato de su carácter de administrativo.

Se efectuó, pues, por libre contratación, un proyecto de contrato por un órgano de la Administración, cual fue el Ministro de Correos y Telégrafos; pero como la capacidad de éste —de conformidad con el mandato de la ley que se estaba ejecutando— no era suficiente porque su solo consentimiento no bastaba, sino que requería, para que la administración prestara uno completo, que la voluntad de ese Ministro fuera integrada con la de otros órganos superiores que debían otorgar la aprobación del contrato, no sólo por ordenarlo así la ley 54 de 1927, sino también por disposición expresa de la cláusula 31 del proyecto o minuta, faltó, para que se realizase un verdadero contrato, uno de los elementos esenciales de éste, como es el de la capacidad, que en los actos administrativos se resuelve en el consentimiento o voluntad de los órganos de la Administración.

Queda visto que la propuesta de la Electro-Entreprise no fue aceptada, por lo que se entró a confeccionar un proyecto de contrato, que por lo dispuesto en su cláusula 31 apenas constituía una situación jurídica en vía de constitución, pues el otorgamiento de la minuta era apenas un hecho que requería de otros hechos para que se formara el derecho; requisitos indispensables para hacer el acto idóneo. Cabe preguntar: ¿Era eficaz esa situación jurídica para obligar al Gobierno a que aprobara el contrato?; o, a no impartirle la aprobación, ¿quedaba el gobierno obligado a indemnizar perjuicios por falta de cumplimiento por su parte?

Hay que considerar: cuando el contrato se ha realizado definitivamente, aunque sea administrativo, constituye una norma convencional que debe mantenerse, ya que si suprimiera esa norma se alteraría la convención en sus fundamentos: primero, haciendo desaparecer las garantías, que en los contratos se basan precisamente en su estabilidad; y segundo, porque se alteraría la equidad, desnivelando el principio de la igualdad de las partes ante el derecho, y porque se rompería la norma, si ella dejara de ser convencional, al permitirse que una sola de las partes la destruyera contra el principio de que el cumplimiento de la convención no puede dejarse al arbitrio de una sola de ellas. Todo esto, por la razón de que realizado en su totalidad el contrato administrativo, él mantiene su inflexibilidad. "Ya las normas generales dictadas al efecto previenen el cumplimiento exacto y literal de las obligaciones estipuladas", dice Fernández de Velasco, quien continúa: "Esta ejecución normal se refiere al plazo, a la exacta interpretación del contrato, a la determinación de las obras que son de abono y a la forma del pago".

De forma que perfeccionado el contrato administrativo, debe aceptarse un mismo criterio para los dos tipos de contratos (el administrativo y el privado), y, por consiguiente, será de rigor aplicar lógicamente las consecuencias que de ese principio se derivan, como que las condiciones establecidas en ellos son ley para las partes, cualesquiera que sean las entidades jurídicas que en ellos intervengan. Pero si el contrato administrativo está apenas en vía de realización, ya no puede aplicarse ese mismo criterio, porque en los contratos privados, la voluntad informa la contratación y la ajusta a su acomodo; al contrario, en los administrativos, la obra pública y el servicio público aparecen desligados de la voluntad de los sujetos que sirvieron de base de la relación jurídica, pues la obra y el servicio adquieren una existencia independiente, y, como dice el autor últimamente citado, "reaccionan contra toda voluntad individual, incluso contra la voluntad individual de quienes trabaron la relación jurídica que dio nacimiento a la obra pública y al servicio público". Ni siquiera, pues, desde un punto puramente moral puede sostenerse que la confección de un proyecto de contrato administrativo pueda crear una situación jurídica capaz de producir el resultado de que las partes adquieran la facultad de exigir la realización total del acto jurídico, es decir, de impetrar la verificación del contrato. Y si en un caso como el presente, los que firmaron la minuta con el Gobierno estaban obligados, con un imperativo de orden legal, a saber que todas las leyes que regían en la época de la confección de ella le eran absolutamente aplicables (puesto

que en los contratos administrativos se suponen incluídas las disposiciones legales que los afectan), les obligaba del mismo modo el saber que la realización del contrato quedaba subordinada a la existencia de partida bastante y libre en el presupuesto, o, según los términos literales del artículo 54 de la ley 42 de 1923, que para celebrarse o autorizarse un contrato de esta clase era indispensable que se hubieran "apropiado debidamente fondos para tal fin, y que la cantidad necesaria para hacer frente al contrato proyectado estaba disponible", requisito éste esencial porque sin él se verificaba un contrato prohibido por la ley, que quedaba afectado de nulidad absoluta (art. 55 de la ley 42 de 1923), en razón de su causa ilícita, puesto que había una de esa clase por estar expresamente constituída en la ley la prohibición, según el inciso segundo del artículo 1524 del Código Civil. De suerte que si el acontecimiento previsto en el artículo 54 de la ley 42, cuya parte esencial queda transcrita, no se realizaba, dentro del orden jurídico y moral no se podía compeler al gobierno a que celebrara un contrato que él sabía que quedaría afectado de nulidad absoluta, por estar destituído de causa lícita, en virtud del mandato del artículo 55 de la ley citada. Pretender que haya derecho para esta exigencia, sería tanto como aceptar que se puede compeler al gobierno a la realización de un acto contrario al orden público, puesto que, como dice Jéze, "En Derecho administrativo... las prescripciones legales reglamentarias son de orden público".

Existiendo las disposiciones legales de que se ha hecho mérito, no pudo la sociedad demandante adquirir un derecho que la faculte para exigir del gobierno que perfeccione el contrato, o para pedir la indemnización de perjuicios, que es en lo que puede resolverse la no aprobación del proyecto por parte de la Administración.

En el negocio que se estudia, si se había cumplido un hecho material iniciario, él no era bastante, según la ley 42 de 1923, para constituír el derecho. No había, por consiguiente, lo que ha dado en llamarse un derecho adquirido; porque lo que se llama de este modo no puede ser otra cosa que la consecuencia legal de hechos previstos en una ley y consumados totalmente bajo su vigencia. Lo que quiere decir que todo derecho se realiza en virtud, no de un hecho inicial o de una serie de hechos iniciales, sino de un hecho jurídico en que se hayan cumplido todas las circunstancias y resultados que la ley exige para que él genere un derecho. Sólo merced a la realización de todos los hechos o actos iniciales que concuerden en los accidentes de acción, tiempo y lugar, puede verificarse totalmente el hecho jurídico que la ley requiere para que se produzca el efecto y resulten las consecuencias jurídicas que a ese hecho le atribuye la ley.

Dice don Eugenio Vergara que para que haya derecho adquirido "la investidura o trasmisión del derecho debe ir acompañada de la existencia del hecho, circunstancias, formalidades a que la ley ha subordinado su adquisición, de manera que ésta venga a ser como un corolario forzoso de esos antecedentes. Una vez consumada la existencia de los hechos o condiciones a que la ley ha unido el poder de formar o constituír un derecho, éste principia a existir". Asímismo, dice Fiore que es derecho adquirido "aquel que debe tenerse por nacido por el ejercicio integralmente realizado o por haberse íntegramente verificado todas las circunstancias del acto idóneo, según la ley en vigor para atribuír dicho derecho".

Por manera que cuando la ley subordina a la existencia de un determinado hecho la producción de un derecho, no puede aducirse la existencia de una circunstancia o de un hecho o serie de hechos realizados que hacen parte integrante del hecho jurídico principal y que sin embargo no forma todo éste, para invocar el derecho consagrado en la ley. Es necesario que todas las circunstancias del hecho principal se realicen, que éste sea un acto completo, una entidad eficiente, surgida de la efectuación perfecta de todas las circunstancias que lo constituyen, o sea las previstas en la ley. Si alguna de estas circunstancias está apenas en formación, en simple potencia, el hecho principal o total previsto en la disposición legal no es actualmente eficiente para la producción del efecto jurídico que ella le atribuye a ese hecho. Podrá resultar de la actualización de esos hechos iniciales una simple esperanza, o hasta un derecho eventual, o una facultad o aptitud, que dicen los prácticos, pero no el derecho que la ley defiende como efecto deducido del hecho completo que ella prevé.

En el presente caso, en virtud del proyecto de contrato que se firmó por haber quedado la licitación sin eficacia, se concretó para las partes un derecho eventual; pero no habiéndose cumplido todos los requisitos previstos en la ley, el acto no puede considerarse como enteramente verificado, porque la situación jurídica creada merced

a la celebración del proyecto de contrato apenas produjo un efecto: el de que el asunto se sometiera a la aprobación de las entidades que la ley 54 de 1927 ordenaba, requisito que era parte integrante de ese proyecto. El Ministro firmante cumplió con ese requisito. Hasta ahí quedó cumplida la situación jurídica concreta que para el dicho Ministro imponía el acto. Esta era la consecuencia jurídica que las leyes y la misma minuta le asignaban al acto. Hasta aquí había para la sociedad contratante algo más que una mera esperanza: tenía un derecho eventual: el de que los requisitos previstos en la ley sobre apropiación de partida bastante y libre en el presupuesto pudiera verificarse. Esta circunstancia era de rigor, porque es uno de los hechos o requisitos que la ley preveía y que debía consumarse totalmente para que el derecho eventual se hiciera perfecto. Es indudable que se requería para la validez del contrato la verificación completa de una serie de actos iniciales, y que sin la efectuación de todas esas circunstancias no era un acto perfecto, sino una situación jurídica en camino de realización.

El gobierno alegó como razón para abstenerse de aprobar el contrato la mala situación fiscal que confrontaba el país, lo que lo hacía tropezar "con graves dificultades —dice— para incluír en los presupuestos del ramo las sumas necesarias a efecto de atender el pago de la obra y de proveer a la adecuada conservación y explotación de la red". Y ni en la demanda se enunció este hecho, que es de carácter fundamental —para haber dado la prueba en contra de lo alegado por el gobierno—, ni siquiera se intentó demostrar en el curso del juicio que la delicada situación del fisco alegada era inexacta.

El gobierno tenía este dilema: o celebraba el contrato sin la asignación suficiente en el presupuesto, caso en el cual celebraba uno absolutamente nulo, o no lo celebraba, con lo cual cumplía la ley y le evitaba perjuicios al Estado. La solución que dio al asunto no puede discutirse legalmente, como que es la razonable. Y como —según lo que se dijo atrás— la sociedad contratista estaba obligada a conocer las leyes, y sabía, por tanto, que sin partida libre en el presupuesto el gobierno no podía celebrar el contrato, no tiene capacidad legal para invocar perjuicios por la no aprobación sin siquiera comprobar que era falso que el Estado se encontraba en una imposibilidad económica.

Segundo.—Pero sin prueba alguna el actor ha invocado, para impetrar la reclamación de perjuicios, la teoría del **abuso del derecho,** haciéndola consistir en que la Administración retardó el ejercicio de ese derecho con perjuicio para la sociedad Electro-Entreprise, y citó como fundamento de su pretensión el artículo 2341 del Código Civil y los principios de Derecho internacional "ya reconocidos —dice— por todas las naciones sobre el **abuso del derecho**".

Para ver si la expresada teoría es aplicable de conformidad con nuestra legislación, es conveniente analizar lo que se entiende por ella.

Tiene por fundamento la consideración de que el derecho es una función que debe ejercerse para el cumplimiento del fin social y sobre bases de estricta justicia, o sea, sin traspasar los límites de la moral; porque —como dicen los tratadistas de esta teoría— "no se conforma el derecho con el ejercicio de las facultades que con arreglo a las normas nos corresponden; exige que las mismas sean ejercidas, no sólo sin perjuicio de los demás, del todo social, sino también con la intención de no dañar, con un fin lícito, justo y moral simultáneamente".

Sobre estos concepto se ha planteado, teóricamente apenas, si el uso de un derecho, dentro de su normalidad objetiva, pero sin fin lícito o con fin malicioso, podrá y deberá ser protegido por el derecho objetivo, problema que se trata de resolver con la doctrina mencionada, cuya causa determinante se ha pretendido fijar con dos criterios: el primero, que la basa sobre la apreciación de la intención de perjudicar al ejercerse el derecho. Los defensores de este aspecto de la doctrina se colocan en un plano puramente subjetivo, juzgando abusivo el ejercicio del derecho cuando el móvil del agente se reduce a la intención de hacer daño. El segundo criterio la hace fundar en la falta de interés serio y legítimo, o sea apartamiento del fin económico y social, en un ejercicio **anormal** del derecho. Sus partidarios consideran ilícito el acto realizado sin interés importante y genuino por parte del actuante, y cuyo efecto sólo puede ser el perjudicar a otro. Estas dos tendencias han sido conciliadas por otros autores, quienes, reuniéndolas en una sola teoría, consideran que para que exista el abuso del derecho es preciso intención de dañar y falta de un fin útil.

Planiol rechaza la teoría del abuso del derecho en estos términos: "La fórmula de esta doctrina es una logomaquia, porque si yo uso de mi derecho mi acto es lícito, y cuando él sea ilícito es que yo he traspasa-

do mi derecho, **injuria,** como dice la ley Aquilia. Puede haber abuso en la conducta de los hombres; mas esto no ocurre cuando ellos ejercen sus derechos, sino cuando los traspasan. El uso cesa cuando el abuso comienza, y un mismo acto no puede ser a la vez acto conforme y acto contrario al derecho".

Nuestra legislación positiva no ha tomado posición alguna ante este problema, pues no hay precepto legal que a él se refiera. El artículo 2341 del Código Civil dice:

"El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido".

Según esta disposición, se exigen dos condiciones para que surja la responsabilidad civil: 1ª—Una acción u omisión (delictuosa o culpable); 2ª—Daño a otro.

Si para la existencia del abuso del derecho se precisan, según el criterio de los autores (Calvo Sotelo: **El abuso del derecho),** como requisitos, las siguientes circunstancias: "1ª—Uso de un derecho; 2ª—Daño económico inferido a un interés; 3ª—Inmoralidad o antisocialidad de ese daño", las diferencias con la disposición transcrita no pueden ser más claras, porque para la aplicación del artículo 2341 es necesaria la existencia de cualquier clase de culpa o negligencia, y es evidente que éstas no existen cuando se ejercita un derecho, porque la parte actuante o descuidada queda fuéra de las condiciones que impone el citado artículo, ya que los actos u omisiones originarios de responsabilidad civil que conforme a esa disposición dan lugar a la obligación de reparar el daño no pueden ser otros que aquellos en que ha habido culpa o negligencia, y no los que se hayan verificado u omitido utilizando un derecho.

De modo que para considerar aplicable el mencionado artículo habría que establecer una conclusión erróna, como es la de que puede haber culpa en el ejercicio de un derecho. Y esto no puede ser, porque el acto abusivo no encierra en sí culpa ni negligencia en el significado clásico de estos términos; lo único que implica es un impulso poco moral en el obrar del actuante, que se puede estimar como un derecho que quiere salirse de su órbita, o mejor, como un derecho aparente, puesto que es natural que no deba existir derecho en oposición a la moral social y sin causa legítima. Pero si el fin que persigue el actuante es sólo el de perjudicar a otro o dañar un interés, no ejercita el fin legítimo para el cual el derecho subjetivo existe. El derecho sólo puede existir para satisfacer necesidades justas, legítimas y racionales. Por esto hay que aceptar que nadie puede tener una facultad emanada de la norma, del derecho objetivo, cuya finalidad no sólo sea estéril para el bien propio, sino dañosa para los demás o para el fin social; y si alguno obrase de esta manera, tendría que considerarse su conducta como señaladamente abusiva, y, en consecuencia, en ese caso habría que admitir los principios en que descansa la teoría del abuso del derecho, no con base en el precepto legal copiado, sino en principios de equidad, porque sería absurdo jurídico autorizar el abuso y exceso en el ejercicio del derecho cuando no favorece al sujeto de él y perjudica a los demás o al fin social.

Es, con todo, muy pertinente citar lo que el tratadista Fernández de Velasco consigna, después de analizar la cláusula **rebus sic stantibus,** sobre la teoría del abuso del derecho aplicada a los asuntos administrativos:

"Cosa análoga sucede —dice— con la aplicación de la doctrina del **abuso del derecho.** Como la cláusula **rebus sic stantibus,** su apreciación es jurisdiccional, y solamente en el campo contractual y en el aspecto del riesgo imprevisible puede nacer en tanto se hayan alterado esencialmente las circunstancias de un contrato. Es verdad que **summum jus, summa injuria,** adagio que puede justificar el deber de compensar el riesgo, pero la facultad judicial de apreciación ha de estar en las leyes. Si no consta en éstas, el criterio del abuso del derecho no podrá recibir aplicación".

Esto tiene su fundamento en que tratándose de una limitación en el ejercicio de los derechos, de donde surge una doctrina de índole **subjetiva,** o **subjetivo-objetiva,** pero de ningún modo exclusivamente **objetiva,** para hacerla eficaz es necesario que se invista al juez de facultades suficientes para apreciarla y aplicarla.

El gobierno, en el presente caso, no sólo no ejerció su poder con abuso y exceso al abtenerse de aprobar el contrato, sino que apenas obró dentro de las normas legales. Tanto es ello así, que si lo hubiera aprobado habría abusado de su poder, porque lo habría hecho contra preceptos de ley expresa, caso en el cual el acto quedaba afectado de nulidad absoluta y le podría acarrear perjuicios al Estado, ya que al perfeccionar el contrato habría adquirido la obligación de resarcir los perjuicios que resultaran a

la otra parte por el incumplimiento. Si para el gobierno era evidente que el contrato quedaba afectado de nulidad, al no sancionarlo, no sólo no abusó de su derecho, sino que obró dentro de una norma absolutamente moral y correcta. Y quien usa correctamente de su derecho no puede deber indemnización de perjuicios por los daños que haya podido causar en el ejercicio de ese derecho, como el que hiere o mata en legítima defensa.

Tercero.—Como antes de la celebración del proyecto de contrato y con posterioridad a él el gobierno concedió permisos a algunas compañías para prestar servicios telefónicos públicos intermunicipales e interdepartamentales, que cree el demandante se refieren a partes de la red de comunicaciones telefónicas de que trata aquel proyecto de contrato, se pide en la demanda que se declare que "el gobierno nacional no pudo legalmente y sin ocasionar perjuicios a dicha sociedad adjudicataria de la licitación, celebrar contratos de servicios telefónicos interdepartamentales con terceros o personas distintas de la Electro-Entreprise, teniendo por objeto esos contratos el total o parte de la red de comunicaciones telefónicas licitada y adjudicada a la expresada sociedad" (segunda petición); y que, por tanto, "la nación está obligada a reconocerle a la sociedad demandante, y a pagarle a ésta... los perjuicios que le ha ocasionado por haberle desconocido el gobierno nacional sus derechos como adjudicataria de la licitación..., y por haberse colocado, a virtud de actos jurídicos del mismo gobierno, como son los contratos sobre servicios telefónicos celebrados con personas distintas de la Electro-Entreprise y que ocuparon la dirección de parte muy principal de la red licitada y adjudicada, en imposibilidad de perfeccionar el contrato..." (Tercera petición).

Sobre si el gobierno podía o no otorgar los permisos sobre servicios telefónicos con otras compañías, dice el sentenciador de primera instancia que "no podía celebrar legalmente aquellos contratos, pues el objeto de ellos lo era también del contrato a cuya celebración tendía la actuación administrativa que se adelantaba". Estos conceptos no los acepta ni prohija la Corte, por lo signiente:

El servicio telefónico lo considera el Estado como una obra de necesidad pública; y por ello el gobierno debe evitar el peligro de que se paralice, pues para el Estado es un deber "procurar a los hombres reunidos en sociedad ciertos instrumentos necesarios de vida y de progreso, y no puede admitir un solo instante que servicios de esa naturaleza puedan sufrir paralización", como lo asevera Chardon.

Fue ese motivo de necesidad pública lo que impulsó al gobierno a celebrar los contratos de permiso sobre servicios telefónicos. Ahora: el permiso para servicios es esencialmente distinto de la concesión por subasta o concurso o contratación libre, porque es un acto de derecho de que la Administración se sirve para el cumplimiento de sus funciones en casos determinados que autorizan las leyes. Esta diferencia, para los casos de líneas telefónicas, la establece muy claramente el artículo 137 del Código Fiscal, que dice que el servicio de telégrafos "sólo puede prestarse por el Estado o por las personas naturales o jurídicas con las cuales se haya contratado o se contrate su establecimiento, en nombre de aquél, o que obtengan o hayan obtenido del gobierno el permiso respectivo".

Por el permiso se autoriza a un particular para ocupar temporalmente un inmueble, sin afección real del mismo. "Es precario y revocable", como dice García Oviedo, quien expresa luégo: "Toca a la cosa de una manera superficial y pasajera... Suele devengar una tasa, en equivalencia del servicio obtenido y como compensación a la colectividad por la ventaja extraordinaria que proporciona al usuario". Demuestra esto la diferencia esencial de que se ha hablado entre permiso y contratación para la construcción de una obra.

El Decreto número 695 de 17 de abril de 1928 reglamentó la manera de establecer los permisos para prestar el servicio telefónico, y a él se sujetaron los contratos que el gobierno celebró a este respecto; permisos que eran esencialmente distintos del contrato que se trató de celebrar con la Electro-Entreprise. Por esto, el día 22 de abril de 1929, fecha en que se firmó la minuta de contrato con esta sociedad, ya se habían conferido algunos de esos permisos, como los verificados el 26 de noviembre de 1928 (**Diario Oficial** Nº 21056 y 13 y 18 de marzo de 1929 Nos. 21111 y 21144, ibídem). Estos permisos se dieron para que las sociedades a quienes se concedían prestaran un servicio telefónico por líneas que ellas tenían "establecidas actualmente" o que establecieran entre las poblaciones de cada departamento; y esto, en realidad de verdad, no se refiere al sistema que se quiso establecer con el contrato que se iba a celebrar con la Electro-Entreprise, contrato que, por otra parte, era de naturaleza ab-

solutamente distinta de la de los permisos concedidos: aquél tenía por objeto la construcción de una red telefónica; éstos, explotar unas líneas de teléfonos. En estas circunstancias, no es posible que se hubiera podido causar, por la concesión de esos permisos, perjuicio alguno a la sociedad demandante, pues si la situación económica lo hubiera permitido, seguramente que el gobierno hubiera aprobado el contrato con la Electro-Entreprise, sin pensar en que los permisos concedidos se lo obstaculizaban, puesto que ellos no eran óbice para la verificación de la red telefónica que se pensaba establecer.

Por eso el Consejo de Ministros, en la proposición aprobada en la sesión del 22 de noviembre de 1929, resolvió aplazar la consideración del contrato mientras existieran las dificultades económicas que confrontaba el país. Lo que quiere decir que desaparecidas las dificultades dichas, el gobierno aún podía aprobar el contrato.

El mismo gobierno entendió perfectamente que el objeto de los dos negocios (el del permiso y el del contrato) son enteramente distintos, como se ve de la misma proposición, que dice en sus considerandos 2º y 3º y en su parte resolutiva, lo que sigue:

"2º—Que, a pesar de que la red telefónica prevista en el contrato es de gran importancia, en los actuales momentos su ejecución no es aconsejable, porque de un lado son muy inciertos los probables productos del servicio, y de otro, es seguro que el gobierno tropezaría con graves dificultades para incluír en los presupuestos del ramo las sumas necesarias a efecto de atender al pago de la obra y de proveer a la adecuada conservación y explotación de la red; y

"3º—Que para no comprometer el crédito del país es preferible adoptar, de acuerdo con las leyes, el sistema de permisos o concesiones para servicios telefónicos públicos intermunicipales, en que el gobierno puede obtener participaciones y ventajas apreciables sin gravámenes para el Fisco Nacional,

"Resuelve: a)—Aplázase la consideración del contrato sobre construcción de la red telefónica de que habla la ley 54 de 1927, hasta tanto hayan desaparecido las dificultades atrás anotadas".

La construcción de la red proyectada era una cuestión absolutamente distinta de la de los permisos, aunque dentro del objeto de éstos figuren líneas que ocupen parte de la red de que trató el pliego de cargos, como lo aseveran los peritos en su dictamen. Por lo demás, el gobierno, no obstante que se tratara de construcción de redes telefónicas en esos permisos, podía, sin embargo, concederlos, sin perjudicar el contrato de construcción, pues según el inciso tercero del artículo 2º del pliego de cargos, tenía "el derecho absoluto de excluír de los proyectos presentados los circuitos que juzgue conveniente, sin que el adjudicatario pueda modificar sus propuestas..."

Pero el gobierno, con los permisos aludidos, ni causó perjuicios ni se colocó en imposibilidad de perfeccionar el contrato. La causa que impidió ese perfeccionamiento fue una muy distinta: fue una imposibilidad económica. Y hay que advertir que en derecho la imposibilidad no necesita ser material o física, pudiendo bastar con una jurídica, económica y relativa. Y la imposibilidad jurídica la hubo también, pues es principio aceptado en Derecho administrativo que "la Administración, en sus diferentes grados no puede contratar libremente, sino dentro de la esfera señalada por las leyes administrativas, que, inspirándose en el interés público, no autorizan contratos en que éste pueda salir perjudicado". (Fernández de Velasco).

El gobierno, por mandato de la ley, se encontraba en una imposibilidad jurídica, consecuencia de la imposibilidad económica que alegó, puesto que ésta se encontraba consignada en la ley 42 de 1923. El actor no rebatió lo alegado por el gobierno.

Cuarto.—Sobre el enriquecimiento sin causa justa por parte de la nación, dice el apoderado de la sociedad demandante en el alegato referido que no puede aceptarse que en derecho y sin sanción alguna se pueda formular un pliego de cargos para una licitación a la cual se presentan sociedades extranjeras después de hacer estudios técnicos y financieros, y que cerrado el período de la licitación se adjudique a alguna de ellas, y después la entidad administrativa le diga que "se ha resuelto no hacer la obra, o no se puede celebrar el contrato para la ejecución de la obra, y que esa entidad se quede enriquecida con aquellos estudios y aquella labor de terceros, especialmente del adjudicatario de la licitación, sin sanción alguna". Concluye en esa parte de su alegato que no puede negársele al adjudicatario una indemnización, fundándose la Administración en el hecho generador del perjuicio mismo, cual es el de no haberse aprobado el contrato.

Más adelante agrega que el gobierno pudo prescindir de la obra o de la celebración del contrato, pero indemnizando los perjuicios.

Y asevera en seguida: "Es verdad que el gobierno, una vez que tuvo en su poder los estudios y planos para la red hechos por los técnicos de las casas concurrentes y determinadamente por la casa adjudicataria, pudo pensar que le sería mejor aprovecharse de aquellos estudios y planos para obrar él de otro modo o para que obrasen otros distintos de la entidad adjudicataria, y pudo hacerlo como lo hizo, pero creándose la obligación de indemnizar a la entidad adjudicataria, porque nadie puede enriquecerse a costa ajena".

Por último dice: "No puede la Administración aprovecharse de la labor ajena con fundamento en propias trasgresiones de la ley, porque esas trasgresiones son una falta que compromete la buena fe de la Administración y que en todo caso causan perjuicios que hay que reparar. Eso sí que sería grave para el gobierno ante intereses extraños que confiaron en la buena fe y en la rectitud de sus juicios sobre sus propias leyes. Los autores que no tradujo bien el tribunal confirman esta teoría de esa responsabilidad en ese caso".

El cargo es bastante grave: se exige una indemnización porque el Estado hizo un aprovechamiento en virtud de actos ilícitos que comprometen su buena fe. Para decidir sobre este punto se considera:

Se exige una indemnización en virtud de atribuírse una responsabilidad al Estado por el ejercicio de actos de algunos agentes de la administración.

Tratar de la responsabilidad de la Administración, es tanto como tratar de la responsabilidad del Estado, porque aquélla no es más que una modalidad de éste: es el Estado actuando para la realización de sus fines. El Estado es una persona moral; pero sus actos se concretan por las operaciones de sus funcionarios en el desempeño de sus cargos; de suerte que la responsabilidad de aquél surgirá de un acto de éstos que invada la esfera del derecho o del interés ajeno.

La responsabilidad del Estado nace de un principio de justicia, que se quebrantaría si por los daños que resultaran a los ciudadanos hubiesen éstos de quedar privados de las reparaciones que los compensaran de los quebrantos sufridos por el ejercicio de una gestión de los órganos de la Administración.

El derecho moderno acepta la responsabilidad del Estado en la generalidad de sus actos; y en el caso que se contempla, se exige esa responsabilidad como consecuencia de un enriquecimiento sin causa, y es esto a lo que debe concretarse esta parte del fallo.

Sobre este asunto es necesaria asegurar que el Estado, aunque persona moral, responde de los daños inferidos a un particular en la ejecución de sus servicios, merced a la doctrina del enriquecimiento indebido, consecuencia del principio de que nadie puede enriquecerse a expensas de los demás. Este es un principio universal de tradición constante, cuya sanción en el Derecho Romano era la acción de in rem verso, que se daba al tercero que contrataba con un incapaz para dirigirla contra el pater familias en cuyo favor había cedido el acto ejecutado por ese tercero, a virtud del contrato celebrado con el incapaz. En el derecho moderno se ha ampliado su radio, concediéndose ella en todos los casos en que en alguna forma la justicia sufra quebranto si no se reconoce el valor de cualquier provecho que sin justa causa obtenga el patrimonio de una persona mediante el esfuerzo de otra. La medida de dicha acción fue en su origen, y lo es hoy, el valor de utilidad y provecho que adquiera el patrimonio de la persona en cuyo favor redunde el acto ejecutado por el tercero.

Ningún texto de la ley positiva consagra expresamente la regla general de equidad de que nadie puede enriquecerse sin derecho en perjuicio de otro; sin embargo, se la puede considerar, como lo ha aceptado la jurisprudencia universal, como si estuviera en vigor esa ley, puesto que inspira muchas de las construcciones jurídicas imperantes en la legislación civil. De aquí que la acción de in rem verso, que se encamina a impedir todo enriquecimiento injusto, si no consagrada en la ley, se produce como consecuencia de la doctrina que hoy se aplica por analogía a todos los casos en que el principio de justicia lo aconseja y las leyes no ofrecen un remedio jurídico especial.

Todos los comentadores están acordes en que para que haya enriquecimiento sin causa y acción de in rem verso se necesita la concurrencia de tres condiciones indispensables: 1ª—Enriquecimiento injusto por parte del demandado, por razón de que mediante los hechos verificados por el demandante entró al patrimonio de aquél algún provecho que se haya comprobado; 2ª—Que a este enriquecimiento o patrimonio no haya tenido ningún derecho el demandado y que sea consecuencia directa de cualquier empobrecimiento del demandante; 3ª—Que este demandante sufra daño si no se le reembolsa lo gastado o el valor de los servicios pres-

tados. El valor del provecho reportado por el patrimonio del demandado debe aparecer comprobado debidamente. A este respecto, la Corte de Casación Francesa ha consagrado esta doctrina generalísima: "Es suficiente que el demandado establezca que él ha procurado a un tercero una ganancia por un sacrificio o por un hecho personal".

Así, pues, para que la acción de in rem verso tenga efecto, es necesario que se compruebe un enriquecimiento sin causa jurídica y a costa de un tercero, lo que es distinto de la acción establecida para pedir la repetición de pago de lo no debido, y a la que nace de los hechos ilícitos. Si aquella acción se basa en un principio de equidad, la demostración del enriquecimiento sin causa es indispensable: no basta la simple alegación en que se asegure que el enriquecimiento se efectuó.

Para comprobar su aserto, el actor trajo como prueba un certificado del Presidente de la Junta directiva y director general de la sociedad L'Electro-Entreprise, en que se dice: "Certifico que en nuestros libros aparece el gobierno de Colombia, en últimos de diciembre de 1931, con un saldo a su cargo de siete millones quinientos setenta y tres mil doscientos doce francos con treinta y siete céntimos (Fr. 7.573,212.37)". Pero no consta por qué concepto se le ha deducido al gobierno de Colombia ese saldo.

Tampoco hay prueba de ninguna clase en el expediente acerca del grave cargo que se hace a los órganos de la Administración sobre el aprovechamiento ilícito de los estudios, planos y demás elementos intelectuales y materiales de la compañía demandante, referentes al problema de la construcción de la red telefónica.

Por lo demás, en toda negociación es natural que ocurran gastos; y es más propio que éstos se ocasionen en el caso en que se formule una propuesta sobre un pliego de cargos para concurrir a una subasta, porque entonces entra el elemento estudio con mayor razón, el cual acarrea expendios y sacrificios no sólo materiales sino intelectuales también. Todas las especificaciones, los cálculos, etc., requieren tiempo y preparación; pero esto no lo hace únicamente el que es declarado mejor postor: ello lo realizan todos los proponentes. Y sería absurdo admitir en sana lógica administrativa que los concurrentes no aceptados tuvieran derecho a reclamar indemnización por los dispendios que su propuesta les hubiere ocasionado.

De todo lo expuesto hasta aquí resulta que no puede hacerse ninguna de las declaraciones que se solicitan en la demanda, por lo que la sentencia apelada debe confirmarse. No se hará condenación en costas, pues el apelante, de conformidad con el numeral segundo del artículo 575 del Código Judicial —como queda analizado en el cuerpo de esta sentencia— tuvo motivos plausibles para interponer la apelación y sostenerla con razones que fueron a atacar las bases del fallo recurrido.

Por lo dicho, la Sala de Negocios Generales de la Corte, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma en todas sus partes la sentencia que ha sido objeto del recurso.

Sin costas.

Estampíllese y publíquese; cópiese y notifíquese; insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Pedro A. Gómez Naranjo, Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

PENSION

Las pensiones de empleados públicos deben pagarse desde la fecha de la presentación de la demanda y no desde la de la sentencia, porque ésta no crea el derecho, sino que se limita a reconocerlo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, septiembre veintiocho de mil novecientos treinta y cinco.

Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo.

El señor Arturo Alviar R., por medio de su demanda dirigida al Tribunal Superior de Medellín y presentada el 22 de junio del año pasado, pidió se le conceda una pensión de jubilación por sus servicios como empleado civil, fundándose en el artículo 2º de la ley 29 de 1905.

El Tribunal adelantó el juicio por la vía ordinaria y le puso fin con la sentencia de fecha 8 de noviembre pasado, en la cual se reconoció a favor del demandante una pensión de jubilación a cargo de la Nación por la suma de cuarenta pesos ($ 40) mensuales. El fallo subió a la Corte en consulta, por no haber sido apelado, de conformidad con el artículo 508 del C. J.

Agotada la tramitación de la segunda instancia, sin que en el juicio se observe ninguna causal de nulidad, se pasa a fallarlo en definitiva, previas las siguientes consideraciones:

El H. Magistrado doctor Eleuterio Serna R. se declaró impedido. Considerado legal el impedimento, fue sorteado conjuez el señor doctor Carlos Bravo, quien interviene en el estudio del fallo de segunda instancia.

El Tribunal apoyó su decisión en estas razones:

El señor Alviar ha comprobado con documentación auténtica y oficial lo relativo a los destinos que ha desempeñado por más de treinta años, así como que es mayor de sesenta años de edad. Con declaraciones de testigos ha demostrado las demás condiciones que requiere el artículo 3º de la ley 29 de 1905, para gozar de esa gracia. Por consiguiente, es de rigor acceder a lo solicitado, máxime cuando el señor Fiscal ningún reparo le ha hecho a la demanda ni a las pruebas creadas".

El señor Procurador General de la Nación emitió concepto en el sentido de que se confirme la sentencia de primera instancia.

Antes de entrar en el análisis de las pruebas presentadas, es importante hacer algunas observaciones sobre la procedencia de la acción intentada.

El artículo 2º de la ley 29 de 1905, estableció que "los empleados civiles que hayan desempeñado destinos públicos por treinta años, tendrán derecho, como pensión de jubilación, a la mitad del sueldo del último empleo que hubieren ejercido". La misma ley señaló las condiciones requeridas para obtener la pensión y le dio jurisdicción a la Corte Suprema de Justicia para resolver las solicitudes.

El artículo 7º de la ley 80 de 1916 suspendió definitivamente el reconocimiento administrativo de pensiones y recompensas. Como entre las excepciones que se han hecho posteriormente a la suspensión decretada por ese artículo no figuran las pensiones por servicios civiles, no hay entidad ninguna que tenga a su cargo la jurisdicción para decretar tales gracias. Pero se ha entendido que como existe una disposición legal vigente que reconoce el derecho a reclamar la pensión, esto puede hacerse por la vía ordinaria, porque de lo contrario, el derecho se quedaría escrito sin que hubiera la manera de hacerlo efectivo.

En el presente caso se trata de servicios prestados sin interrupción en el ramo de correos desde el año de 1904 hasta el año de 1933, es decir, durante 29 años menos unos días. Aun cuando la ley 2ª de 1932 reglamenta ampliamente todo lo relativo al otorgamiento de pensiones por servicios en los ramos postal y telegráfico, el tiempo que sirvió el señor Alviar en ese ramo debe computarse para concederle la pensión por servicios civiles, de conformidad con la ley 29 de 1905, porque dicha ley establece en su artículo 5º que "para completar los treinta años de servicio requeridos por el artículo 2º podrán igualmente computarse servicios prestados en diversas épocas y en distintos ramos civiles".

Para completar los treinta años de servicios, se comprobó que el demandante prestó como telefonista departamental desde noviembre de 1900 hasta agosto de 1903. Este tiempo debe aceptarse, no obstante la doctrina sentada por la Corte en varios fallos sobre que los empleados civiles que tienen derecho a pensión de conformidad con las disposiciones de la ley 29 de 1905, son únicamente los nacionales, no los departamentales ni los municipales, porque además de que se trata de un tiempo relativamente

corto, el puesto fue desempeñado durante la turbación del orden público, cuando la Nación por virtud del estado de sitio tenía el control de todos los servicios.

Estudiado el expediente se observa que el demandante ha comprobado los requisitos exigidos por el artículo 3º de la ley 29 de 1905, o sean los siguientes: que en los destinos que ha desempeñado se ha conducido con honradez y consagración; que carece de medios de subsistencia; que no ha recibido pensión ni recompensa ni está en goce de ella; que observa buena conducta; que ha cumplido sesenta años de edad, y que está a paz y salvo con el Tesoro Nacional. Las pruebas presentadas para acreditar los hechos enumerados son documentos auténticos y declaraciones de más de cinco testigos.

Es procedente la cuantía de la pensión, porque el último sueldo devengado por el señor Alviar fue de $ 80, y le corresponden, por tanto, $ 40 mensuales, conforme al artículo 2º de la ley 29 de 1905.

El fallo de primera instancia no dice desde qué día debe pagarse la pensión, cuestión importante de determinar para evitar interpretaciones equivocadas al tiempo de verificar el pago. En concepto de la Sala, la pensión debe pagarse desde la fecha de la presentación de la demanda y no desde la de la sentencia, porque ésta no crea el derecho, sino que se limita a reconocerlo. Es justo reconocer al demandante la gracia desde que él se dirigió a la autoridad competente para hacer efectivo su derecho, mediante el cumplimiento de las formalidades y requisitos exigidos por la ley. No existe ninguna disposición legal que reglamente lo relativo a la fecha en que debe empezar el pago de las pensiones, con excepción de los sueldos de retiro de los militares, que deben pagar desde el día en que se produce la novedad de la baja. Pero el artículo 421 del C. C. dice que los alimentos se deben desde la primera demanda, disposición que es aplicable por analogía, ya que la pensión viene a ser una gracia que concede el Estado para la subsistencia del empleado que carece de bienes de fortuna.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, de acuerdo con el señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia consultada, declarando que la pensión debe pagarse desde el día 22 de junio de 1934, fecha en que se presentó la demanda. Copia del fallo se enviará también al señor Contralor General de la República.

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

Pedro A. Gómez Naranjo, Carlos Brave, Aníbal Cardoso Gaitán. — Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

DESLINDE PRACTICADO POR UN JUEZ POR COMISION DE UN TRIBUNAL

El señalamiento de linderos verificado por un Juez, como resultado de la diligencia de que trata el artículo 869 del Código Judicial, no equivale a una sentencia; solamente la declaración de que el deslinde practicado queda en firme, hecha de conformidad con lo ordenado en el artículo 871 del mismo Código, es lo que constituye la sentencia.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, septiembre veintiocho de mil novecientos treinta y cinco.

Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo.

El doctor José A. Barros pidió reposición del auto dictado por la Sala con fecha 13 de marzo pasado, por medio del cual se confirmó el que dictó en este juicio el Tribunal Superior de Santa Marta el 28 de agosto de 1934. Para resolver se considera:

El Tribunal Superior de Santa Marta comisionó al Juez del Circuito de San Juan de Córdoba para que practicara la diligencia de apeo correspondiente, en el juicio de deslinde de los terrenos de "El Bongo", de propiedad nacional, y los de "Santa Ana", pertenecientes a la Magdalena Fruit Company, situados en Aracataca. La diligencia fue practicada y el doctor José A. Barros, como apoderado de la Nación, pidió al Tribunal que declarara la nulidad de lo actuado, fundándose en que el Juez del Circuito de San Juan de Córdoba dictó una providencia señalando un lindero entre los dos expresados terrenos, hecho para el cual no estaba autorizado, y en que la diligencia ha debido practicarse por el Tribunal y no por Juez comisionado. El Tribunal negó la nu-

lidad pedida y la Sala, en la providencia cuya reposición se demanda, confirmó lo resuelto en la primera instancia.

El artículo 869 del C. J. establece la manera como debe practicarse la diligencia de apeo:

"Artículo 869.—Trasladado el Juez con su Secretario y los peritos, en su caso, al sitio disputado, impuesto de los documentos presentados por las partes y de los que éstas exhiban en el acto de la diligencia, recibidas las declaraciones y oído el dictamen pericial, señala los linderos y hace poner mojones en los lugares en que ello sea necesario para marcar ostensiblemente la línea divisoria.

"Hecho esto, el Juez deja a las partes en posesión de los respectivos terrenos, con arreglo a la línea fijada, si ninguna de ellas se opone.

"Todo esto se hace constar en una diligencia que firman el Juez, los peritos, en su caso, los interesados que concurran, o testigos por los que no quieran, no sepan o no puedan firmar, y el Secretario del Juzgado".

De manera que el Juez comisionado tenía facultad para señalar los linderos, sin que se pueda concluír que ha habido extralimitación de funciones en la práctica de la diligencia, como lo dice el recurrente.

Respecto de los demás argumentos expuestos por el doctor Barros, los cuales reafirma en su alegato presentado con fecha 20 de marzo pasado, la Sala observa lo siguiente:

El artículo 133 del C. J. da a los Magistrados de los Tribunales la facultad de comisionar a las autoridades judiciales de la misma o de inferior categoría, a los Prefectos, Alcaldes, Corregidores e Inspectores de Policía, para que practiquen diligencias judiciales, con la sola excepción de la práctica de pruebas, que debe llevarse a cabo en el mismo lugar de su residencia, cuando no se trata de casos relativos a la instrucción de sumarios y perfeccionamiento de los mismos. De estas diligencias no está exceptuada la de deslinde y amojonamiento que se practica en los juicios especiales sobre la materia, y antes por el contrario, está expresamente mencionada entre las que se pueden practicar por jueces comisionados, en la segunda parte del artículo 134 del C. J., que dice así:

"...Sin embargo, si la diligencia es de inspección ocular, deslinde y amojonamiento, partición, secuestro, u otra relativa a una finca situada en territorio de distintas jurisdicciones, puede comisionarse a cualquiera de los jueces o funcionarios de dichos territorios, quienes están autorizados para ejercer jurisdicción fuera del territorio que les corresponde, pero únicamente en cuanto sea necesario para el puntual cumplimiento de la comisión".

Puede, por consiguiente, un Tribunal comisionar a un Juez de Circuito para la práctica de la diligencia de deslinde de que trata el artículo 869 del C. J., y una vez verificada, se considera como si la hubiera practicado el Juez de la causa.

La Corte, en sentencia de fecha 4 de diciembre de 1926, citada por el demandante, estableció que en los juicios de deslinde en que tiene interés la Nación, "es el Tribunal Pleno, como Juez de la causa, el que debe pronunciar la decisión final relativa al señalamiento de los linderos". Pero esto no impide que el Tribunal pueda comisionar a un Juez para la práctica de la diligencia, con arreglo a las disposiciones citadas. En el presente caso, la comisión fue conferida por todo el Tribunal, como aparece del auto de fecha 28 de noviembre de 1933, dictado por el Tribunal Pleno (folio 34 vuelto, del cuaderno principal).

En la providencia que se estudia, la Sala estimó que es un error considerar que el señalamiento de linderos entre dos predios, verificado por un Juez como resultado de la diligencia de que trata el artículo 869 del C. J., equivalga a una sentencia; porque sólo la declaratoria de que el deslinde practicado queda en firme, hecha de conformidad con lo ordenado en el artículo 871 del mismo Código, es lo que constituye tal sentencia. Efectivamente, si es verdad que la determinación de las líneas divisorias es la diligencia más importante del juicio de deslinde, no puede considerarse como la sentencia. Por otra parte, hay disposición expresa del Código Judicial, como ya se ha visto, que permite practicarla por medio de Juez comisionado. La sentencia en este juicio, es como lo estimó la Corte, la que declara en firme el deslinde y ordena inscribir el fallo en la Oficina de Registro y cancelar la inscripción de la demanda.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, niega la reposición del auto de fecha 13 de marzo pasado, pedida por el doctor José A. Barros, apoderado de la Nación en este juicio.

Cópiese y notifíquese.

Pedro A. Gómez Naranjo, Aníbal Cardoso Gaitán, Eleuterio Serna R. — Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

DEMANDA CONTRA LA NACION SOBRE NULIDAD DE UN JUICIO, PARA QUE SE DECLARE EXTINGUIDA UNA PRENDA CONSTITUIDA EN UN CONTRATO ADMINISTRATIVO Y PARA QUE SE LE DEVUELVAN A LOS DEMANDANTES UNAS SUMAS DE DINERO

Para la Corte, la sociedad disuelta conserva su personalidad para efectos de la liquidación, para lo cual hasta atiende a la ley que las crea. Así se deduce de los artículos 537, 540 y 541 del Código de Comercio. En este período intermedio la representa el Liquidador para terminar las operaciones pendientes y cumplir las obligaciones a cargo de la sociedad. La liquidación no termina, si no se rinde la cuenta final, y es generalmente un acto muy lento. No habiendo finalizado la liquidación, en la demanda se pide para la sociedad en liquidación, no para una comunidad. La personalidad de un ejecutado o de un demandado, cuando no se refiere a la capacidad legal para comparecer en juicio, sino a la justicia o razón que asiste a los litigantes, es cuestión sustantiva. Una acción es el alma del juicio y requiere: interés, derecho y capacidad. Para que haya quiebra de derecho se requiere declaración de juez competente.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Civil de Unica Instancia.—Bogotá, noviembre siete de mil novecientos treinta y cinco.

Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.

En el presente juicio, que se encuentra ya en estado de recibir fallo definitivo de única instancia, y que fue promovido por el doctor Miguel S. Uribe Holguín como apoderado de los socios sobrevivientes que formaron la sociedad denominada Cortissoz, Correa & Cía., del comercio de Barranquilla, y de los herederos de los demás socios constituyentes de la misma, se encierran las comprobaciones que se expresan en seguida como bases de hecho de esta sentencia.

Primera.—La Cámara de Comercio de Barranquilla, de acuerdo con el artículo 38 de la ley 28 de 1931, expidió copias de los siguientes extractos notariales de escrituras otorgadas ante el Notario segundo de esa ciudad:

a) Certificado de que por escritura número 1,586 de 17 de diciembre de 1931, los señores Ernesto Cortissoz, en su nombre, y como apoderado de Jacob Cortissoz; Roberto y Esther Cortissoz, y Enrique A. Correa, formaron una sociedad de comercio en comandita bajo la razón social de Cortissoz, Correa & Cía.

b) Certificado de que por escritura número 417 de 28 de marzo de 1916, se reformó la escritura social para incorporar como socio al señor Mauricio Heilbron P. en la expresada sociedad en comandita.

c) Certificado de que por escritura número 73 de 11 de enero de 1919, se retiró el señor Heilbron P. como socio de la sociedad Cortissoz, Correa & Cía. (Crédito Mercantil).

d) Certificado de que por escritura número 272 de 3 de noviembre de 1918, otorgada en Nueva York, los socios comanditarios dieron en venta desde el 1º de octubre de 1917, su haber comanditario en la sociedad Cortissoz, Correa & Cía., a los socios colectivos de la misma firma.

e) Certificado de que por escritura número 285 de 23 de febrero de 1918, se reformó la sociedad Cortissoz, Correa & Cía. (Crédito Mercantil), para admitir como socio colectivo a María de Alvarez Correa.

f) Certificadode que por escritura número 271 de 22 de febrero de 1918 se amplió el término de duración de la sociedad Cortissoz, Correa & Cía. (sin el aditamento de "Crédito Mercantil"), por cuatro años más, contados desde el 1º de enero de 1920.

Segunda.—Por escritura número 1,475, de 7 de julio de 1924, otorgada en la Notaría segunda de Barranquilla, por muerte del señor Ernesto Cortissoz, ocurrida el 8 de junio del mismo año, se declaró disuelta la sociedad Cortissoz, Correa & Cía. (sin la adición de Crédito Mercantil). Se nombró en ella como liquidador a Pedro M. Lascarro.

Tercera.—Por la escritura número 1,847, otorgada ante el mismo Notario el 26 de mayo de 1928, los socios vivos y los representantes de los muertos constituyentes de la sociedad, nombraron liquidador a José Ramón Vergara, porque uno de los socios no aceptó el saldo que el 31 de enero de 1927 presentó el ex-liquidador Santander Márquez M. El liquidador Vergara dijo en la escritura número 2,011, otorgada ante el mismo Notario segundo el 23 de julio de 1930, "que por su parte declara terminada

su función puesto que carece de título legal para actuar con el carácter de liquidador".

Cuarta.—El día 12 de julio de 1924, de conformidad con la ley 45 de 1923, "Sobre establecimientos bancarios", el Superintendente Bancario, con autorización del Gobierno nacional, tomó posesión de los haberes y negocios de la sociedad que se dijo entonces se había hecho figurar con el nombre de "Crédito Mercantil de Barranquilla", pero que era la misma sociedad Cortissoz, Correa & Cía. (Crédito Mercantil).

Quinta.—El Superintendente siguió la liquidación hasta el 19 de noviembre de 1925, día en que, de conformidad con el ordinal segundo del artículo 49, en relación con el 67, ambos de la ley 45 dicha, la liquidación pasó a un liquidador de derecho común, que lo fue el señor Santander Márquez M.

Sexta.—Por escritura número 2,366 de 8 de octubre de 1925, otorgada ante el mismo Notario segundo, el Superintendente Bancario, para ponerles fin a sus funciones de liquidador, declaró en la cláusula quinta lo siguiente: "Quinta.—Que con los bienes que ahora recibe la Superintendencia Bancaria, agregados a otros haberes de la liquidación y a los aportes hechos por el señor Correa y otros socios colectivos, quedará totalmente extinguido el pasivo Cortissoz, Corea & Cía., en liquidación, sin que quede derecho pendiente a reclamación de ninguna especie, de acuerdo con la terminante disposición del artículo sesenta (60) de la ley cuarenta y cinco (45) de mil novecientos veintitrés (1923), "Sobre establecimientos bancarios". El otorgante declara, además, que para pagar y extinguir el pasivo de Cortissoz, Correa & Cía., tiene en su poder los fondos y suficientes haberes realizables".

Séptima.—El día 9 de ese mismo mes de octubre de 1925, el Juez 3º del Circuito de Barranquilla, a petición del Superintendente, autorizó a éste para hacer el pago de los saldos reconocidos a cargo del establecimiento en liquidación, de acuerdo con la lista de los reclamos que se insertaron.

Octava.—El 5 de noviembre de 1925, el Superintendente confeccionó el balance de los saldos en contra de la sociedad en liquidación, con el cual se cerraron las operaciones de la liquidación por el Superintendente y se cortaron las cuentas en los libros. Este funcionario pidió al mencionado Juez 3º aprobase el balance y la relación de saldos correspondientes, y la aprobación se dio por auto de 24 de noviembre de 1925, previa la demostración por el Superintendente de que había hecho la provisión de fondos para atender al pago de los saldos no reclamados, porque el pago de los reconocidos lo había ya autorizado el mencionado Juez por el auto de 9 del mismo mes.

Novena. — El Superintendente Bancario certificó, a petición del demandante Uribe Holguín, lo siguiente:

a) Que en el balance de la sociedad, el día 12 de julio de 1924, fecha en que él tomó posesión de los negocios de ella, aparecía en los libros de contabilidad que ella tenía en poder del Gobierno nacional la suma de $ 50,000.00 en bonos colombianos de deuda interna.

b) Que el término de que trata el artículo 61 de la ley 45 de 1923 corrió desde el 20 de abril de 1925 al 20 de mayo del mismo año; que el de que trata el artículo 62 de la misma ley, para hacer valer las objeciones contra las reclamaciones presentadas, corrió desde el 20 de abril al 20 de junio de 1925, y que el que trata de la primera parte del artículo 63 de dicha ley, para aceptar o rechazar las reclamaciones, corrió del 20 de junio al 20 de agosto de 1925.

c) Que él pagó totalmente el pasivo de la sociedad por reclamaciones reconocidas, con excepción de los créditos de los socios por sus aportes.

ch) Que no hizo provisión o reserva para el pago de reclamaciones en litigio, de que habla el artículo 67, porque no las había cuando se desprendió de la liquidación.

d) Que en su poder quedaron algunas cantidades para pagar a algunos acreedores, las cuales han quedado reducidas a cinco mil setecientos cincuenta pesos oro americano ($ 5,750), y a cuatro mil ciento sesenta y cuatro pesos cuarenta y cuatro centavos moneda colombiana ($ 4,164.44).

Décima.—En el mes de marzo de 1919, por subasta pública se celebró entre el Gobierno nacional y la sociedad Cortissoz, Correa & Cía. un contrato para la administración de las salinas marítimas del Atlántico, por el término de cuatro años. Para asegurar el cumplimiento del contrato, la sociedad consignó, como prenda, la suma de cincuenta mil pesos ($ 50,000.00) en cien (100) bonos colombianos de deuda interna.

Undécima.—Por auto número 1,431, de 1º de octubre de 1924, la Contraloría General de la República feneció definitivamente las cuentas de la sociedad contratante, correspondientes al período de mayo a diciembre de 1919, con un alcance de ciento cincuenta y un mil seiscientos diez y siete pesos con

veintidós centavos ($ 151,617.22), y una multa de cincuenta pesos ($ 50). La providencia fue apelada; y el Consejo de Estado, en auto definitivo de 23 de noviembre de 1926, la confirmó, elevando el alcance a la suma de doscientos diez y seis mil ciento diez y siete pesos con noventa y dos centavos ($ 216,117.92), y rebajando la multa a cinco pesos ($ 5,00).

Duodécima.—Por las cantidades del alcance y la multa expresadas, el Juzgado 2º de Ejecuciones Fiscales libró ejecución contra la sociedad responsable por auto de 10 de marzo de 1928.

Décimatercera.—En el juicio ejecutivo, el representante de la sociedad ejecutada propuso articulación de pago o inexistencia de la obligación, sobre la base de los siguientes hechos:

a) Que el Superintendente Bancario tomó posesión de los haberes y negocios de Cortissoz, Correa & Cía. en 1924.

b) Que todos los términos de que trata la ley 45 de 1923 se cumplieron y todas las formalidades de ella se llenaron.

c) Que la Superintendencia pagó íntegramente el pasivo.

ch) Que todo crédito contra Cortissoz, Correa & Cía., entre los cuales se cuenta el que se trata de hacer efectivo, está por lo tanto extinguido.

d) Que suponiendo que ese crédito no hubiera sido pagado por el Superintendente, el término para ocurrir al mismo como liquidador, expiró; y que el tiempo durante el cual puede demandarse a los quebrados, expiró también. Y no está probado que el acreedor ocurriera al Superintendente durante aquel término, con los comprobantes, para que el crédito fuera reconocido y fijado si ya no estaba liquidado, ni tampoco que demandara dentro de ese tiempo. La ejecución y aun el auto de deducción del alcance, son posteriores a ese tiempo.

e) Que se otorgó descargo a los quebrados; y

f) Que la liquidación pasó a un liquidador nombrado por los socios, después de pagado el pasivo por el Superintendente.

El Juez de la instancia negó el pedimento por providencia de 21 de abril de 1933, la cual fue confirmada por la Sala de Negocios Generales de la Corte en providencia de 23 de septiembre del mismo año.

Décimacuarta.—El juicio ejecutivo está todavía en curso.

Décimaquinta.—Cuando la sociedad se disolvió, eran sus socios Enrique Alvarez Correa, María Helm de Alvarez Correa, Jacob Cortissoz, Esther Cortissoz de Senior, José Rodolfo y Ernesto Cortissoz.

Décimasexta.—Jacob Cortissoz murió en Nueva York el 12 de noviembre de 1927 testadamente, dejando como albacea con tenencia de bienes a su cónyuge sobreviviente, señora Julia Correa de Cortissoz, y como herederos testamentarios a Esther Cortissoz de Senior y a José Rodolfo Cortissoz.

Décimaséptima.—Ernesto Cortissoz murió el 8 de junio de 1924. Sus herederos son: Enrique, Clara, Cecilia, Ernesto y Fernando Cortissoz, sus hijos legítimos; su cónyuge sobreviviente lo es la señora Esther Rodríguez de Cortissoz.

Décimaoctava.—El doctor Miguel S. Uribe Holguín, con poder de los que fueron socios y están vivos, y de los representantes de los difuntos que formaron la sociedad contra la cual se sigue la ejecución, ha demandado a la Nación, por libelo de 14 de noviembre de 1934, para que por la Sala Civil de Unica instancia de la Corte, se hagan las siguientes declaraciones: 1ª Que es nulo el juicio ejecutivo mencionado desde el mandamiento de pago; o, en subsidio, desde la primera notificación, inclusive, de ese mandamiento, hecha al defensor. 2ª Que se desembarguen los bienes embargados. 3ª Que el crédito proveniente del alcance y que sirve de recaudo ejecutivo, así como todo otro crédito a favor del Estado y contra la sociedad ejecutada, que tenga su origen en el contrato de administración de las salinas, que no se hubiere hecho valer ante el Superintendente cuando éste tenía a su cargo la liquidación de esa sociedad, está extinguido. En subsidio, que esos créditos no producen acción si el Estado acreedor no prueba que los hizo valer ante el Superintendente dentro del término que señala el artículo 64 de la ley 45 de 1923. 4ª Que todas las acciones contra los socios de la sociedad ejecutada, están prescritas, por no haber sido ellos liquidadores y haber transcurrido el término de la prescripción extintiva; y también que contra la dicha sociedad no puede haber acción porque no existía ella como persona jurídica cuando se dedujo el alcance, pues se había disuelto mucho tiempo antes, formándose así entre los ex-socios una comunidad. 5ª Que la prenda de $ 50,000, constituída para garantía del contrato de administración de las salinas, está extinguida. 6ª Que de esa cantidad deben entregarse a los demandantes las sumas que existan en bonos que no hayan sido sorteados, y el importe de los sorteados y los intereses de éstos desde que fueron cobrados hasta el día en que se ha-

ga la entrega, y 7ª Que deben entregárseles a los demandantes las sumas de $ 5,750, en oro americano, y $ 4,164.44, moneda colombiana, que quedaron en poder del Superintendente Bancario.

Habiéndose agotado ya las ritualidades del juicio, se procede a decidirlo, teniendo en cuenta que la Corte es competente para conocer de todas las acciones invocadas, en Sala Civil de Unica Instancia, de conformidad con el artículo 40 del Código Judicial, porque aunque de las demandas ordinarias sobre nulidad de los juicios ejecutivos adelantados por la Nación ante los Jueces de Ejecuciones Fiscales conocen en primera instancia, por lo general, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, y en segunda, la Corte, la que ahora se invoca tiene origen en un contrato, y según el dicho artículo 40, la Sala Civil de Unica Instancia conoce de todas las controversias provenientes de contratos. Es cierto que la nulidad procedimental viene del juicio directamente; pero la que la demanda invoca, proviene de un alcance deducido, y éste de un contrato; y lo que es causa de la causa, es causa de lo causado.

El artículo 40 no dice que la Sala Civil de Unica Instancia sea competente para conocer privativamente sólo de las controversias sobre derechos conferidos por las leyes sustantivas y provenientes de contratos celebrados por la Nación, sino de todas las controversias que tengan su origen en contratos de esa clase. Y aunque lo referente a nulidad de actuaciones es controversia procedimental, la Corte debe conocer de ésta si la ejecución se originó por razón del contrato, y cuando entre ella y las otras solicitudes de la demanda hay un vínculo estrecho por razón de la causa.

Antes de entrar al fondo del asunto, corresponde analizar los poderes que le fueron conferidos al doctor Uribe Holguín, para fijar los términos en que él ejercita su personería en este juicio:

a) Se le nombró apoderado por el señor Enrique Alvarez Correa y María Helm de Alvarez Correa, según instrumento otorgado ante el Cónsul de Colombia en París, en que dijeron los otorgantes: "Que han convenido en nombrar liquidador o apoderado de todos para cuanto toque con la sociedad o con su liquidación o con los bienes comunes, lo que mejor proceda, al doctor Uribe Holguín".

b) Ante el Cónsul General de Colombia en Nueva York, comparecieron Esther Cortissoz de Sénior, José Rodolfo Cortissoz y Julia Correa de Cortissoz, ésta en su propio nombre y también como albacea de los bienes y en representación de la herencia de Jacob Cortissoz, y los otros dos como socios de la firma Cortissoz, Correa & Cía. y también como herederos de Jacob Cortissoz, y nombraron como apoderados para representarlos ante cualesquiera autoridades o funcionarios o corporaciones públicas, al doctor Uribe Holguín y a otros; y expresaron: "Si mejor procediere tener a los apoderados como liquidadores y que ellos obren en representación de la sociedad o de su liquidación, como liquidadores deberá tenérseles".

c) Esther Rodríguez, viuda de Ernesto Cortissoz, y Enrique Cortissoz, hijo del matrimonio de aquéllos, obrando la primera en su nombre y en representación de sus menores hijos: Clara, Cecilia, Ernesto y Fernando Cortissoz, y Enrique en su nombre, dieron poder al doctor Uribe Holguín, consignando en él igual cláusula que la transcrita en el punto anterior.

En consecuencia de lo analizado, puede darse por bien establecida la representación adjetiva del doctor Uribe Holguín en este juicio.

Es base principal de la demanda el hecho de que el Juez de Ejecuciones Fiscales —dice el demandante— decretó ejecución contra la sociedad Cortissoz, Correa & Cía. el 10 de marzo de 1928, mucho tiempo después de que ésta se había disuelto, lo cual era ejecutar una persona que no existía, porque —opina él— las sociedades, que son personas jurídicas, tienen su personalidad hasta su disolución nada más, y si la conservaran durante el período de liquidación, no sería sino para que los acreedores de los socios no concurrieran con los acreedores sociales a ser pagados con los bienes de la sociedad, porque éstos tienen derecho a ser pagados en primer lugar con los bienes de su deudor, que lo es la sociedad, persona distinta de los socios. Argumenta también que si conservase la sociedad su personería durante el período de liquidación, ella terminaría al ser cubierto el pasivo, aunque quedaran bienes por realizar o por cobrar y por distribuir entre los socios, que fue lo que sucedió en el caso de la liquidación mencionada, llevada a cabo por el Superintendente Bancario: de modo que en la hipótesis de la subsistencia de la personería de la sociedad después de su disolución, la persona jurídica ejecutada se habría extinguido al pasar la liquidación de ella, del Superintendente a un liquidador de derecho común, después de pagado todo el pasivo, por-

que antes no podía pasar, según los artículos 42 y 37 de la ley 45 de 1923, lo que ocurrió el 5 de noviembre de 1925. En estas condiciones, y habiéndose deducido el alcance el 16 de diciembre de 1927, se dedujo contra persona que no existía.

Concluye el actor diciendo que el juicio ejecutivo es nulo "por no haber ejecutado, ni aun título de deuda alguna".

Se considera: Se ha sostenido por varios autores nuéstros que cuando la sociedad se disuelve, puede decirse que ella ha cesado de existir definitivamente. "Disuelta la sociedad —dice el doctor Eduardo Rodríguez Piñeres—, esto es, desaparecida la persona jurídica que ella formaba a virtud de la ficción de la ley, su patrimonio queda en común entre los socios y ligados ellos, por tanto, con el simple vínculo del cuasicontrato de comunidad, en la misma situación en que se encuentran los herederos de una persona que fallece dejándoles un patrimonio". (Lecciones de Derecho Civil). Por consiguiente, según esta opinión, seguida por varios otros autores, disuelta la sociedad, no queda más que una comunidad de intereses entre los antiguos asociados, que se vuelven copropietarios, porque con la disolución —dicen— surge una comunidad en que los socios son dueños proindiviso de las especies pertenecientes antes a la sociedad. Argumentan así:

Que si la sociedad disuelta subsistiera, se podría prorrogar, cosa que no sucede; que el artículo 537 del Código de Comercio dice que el liquidador responde a los socios y no a la sociedad; el 541, que el liquidador representa a los socios, y el 584, que el uso de la razón social, después de disuelta la sociedad, constituye un delito. Afirman, pues, que cuando una sociedad se disuelve, subsistirá como una comunidad mientras se efectúa la liquidación y se parten el activo y el pasivo entre los comuneros, lo cual pueden éstos efectuar cuando a bien lo tengan y en la forma que les plazca. Agregan, además, que nuestra ley mercantil no finge que las sociedades disueltas se consideren como subsistentes mientras se liquida la comunidad que resulta de la extinción de aquéllas, y los comuneros se parten el activo y el pasivo, porque, según tales autores, estas dos operaciones no suponen siquiera la existencia legal de la sociedad, y porque, si así no fuera, sería inexplicable el primer inciso del artículo 2083 del Código Civil. Todo esto lo fundan en que el verbo disolverse que emplea el artículo 2124, y algunas otras disposiciones del Capítulo 7º, Título 27 del Libro 4º del mismo Código, no tiene más acepción que desatarse, deshacerse, disgregarse y dispersarse, y que, por tanto, si la sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados (art. 2097 del C. C.), cuando éstos, por ministerio de la ley, quedan desatados, dispersos, no puede subsistir la sociedad; y que por eso, cuando ésta se disuelve, se procede a dividir lo que fue su patrimonio. (Inciso 1º del art. 2141 del C. C.).

Si la disolución de la sociedad, como lo creen los autores cuyos conceptos se han transcrito, rompiera definitivamente la persona jurídica formada por ella, su patrimonio quedaría, indudablemente, por el mismo hecho, en común entre los socios, quienes estarían entonces ligados únicamente por el vínculo del cuasicontrato de comunidad. En este evento, la apoderación que se le confirió al doctor Uribe Holguín para representar a los ex-socios en su carácter de comuneros, sería eficaz y bastante, porque los poderdantes tendrían la personería sustantiva para representar en juicio y reclamar sus derechos.

Para la Corte, la sociedad disuelta conserva su personalidad jurídica para los efectos de la liquidación: esto, porque la persona jurídica es la resultante de una ficción de la ley, y distinta, por consiguiente, de las personas naturales, lo que se ve claro al atender a las disposiciones del Título 36 del Libro 1º del Código Civil y a los artículos 24 y siguientes de la ley 57 de 1887, donde se encuentra en forma precisa esa distinción. Las personas naturales equivalen a personas físicas; las jurídicas son una abstracción. Aquéllas nacen de un hecho natural; éstas tienen una existencia que se origina de la ley.

Tratándose de las personas naturales, dice el artículo 9º de la ley 57 citada, que la existencia de ellas termina con la muerte. Y si la muerte es la separación del alma y el cuerpo, puede decirse que la persona natural muere, mientras de la persona jurídica se dice que se disuelve; y si en veces se dice que ésta muere, se hace tomando el verbo en un sentido metafórico.

Ahora: para llegar al convencimiento de que la personalidad jurídica de las sociedades no deja de existir del todo por su disolución, basta atender a la ley misma que las crea. Así: el artículo 537 del Código de Comercio llama al liquidador mandatario de la sociedad; y si ésta dejara de tener existencia, como persona jurídica, una vez disuelta, no se ve cómo el liquidador pueda

ser mandatario de ella durante la liquidación. También el artículo 541 de la misma obra dice que el liquidador representa a los asociados activa y pasivamente; y en el 540, numerales 2º, 3º, 4º, 5º y 6º, se indica claramente que él ejecuta operaciones en nombre de una sociedad que se halla en liquidación. Estas citas están dando a entender que la sociedad en liquidación tiene una supervivencia que la faculta o capacita para reclamar sus derechos ante terceros, y responder de sus obligaciones. ¿Cómo podría hablarse de mandatario de la sociedad en liquidación y decir que el liquidador ejecutaba operaciones en nombre de la sociedad, si ésta, después de la disolución, no tuviera alguna supervivencia? ¿Cómo podría el artículo 541 decir que el liquidador representa a los asociados, si ya la sociedad estuviera definitivamente extinguida? Si lo estuviera, entonces no serían propiamente socios sino particulares. El numeral 2º del artículo 540 es muy expresivo. Dice que el liquidador está obligado "a continuar y concluir las operaciones pendientes al tiempo de la disolución". De esto se infiere que si el liquidador tiene tal facultad, es porque se presume que la sociedad en liquidación tiene alguna existencia; de otro modo no se entendería de qué manera el liquidador pudiera obrar en nombre de una sociedad completamente extinguida para continuar y concluír ciertas operaciones. Por esta razón, si una sociedad está formada por socios colectivos, éstos pueden, sin duda alguna, ejecutar un acto tendiente a nombrar un mandatario con miras exclusivas que beneficie y realice eficazmente la liquidación; y para que tengan esta facultad es necesario que la sociedad no haya muerto.

Nuestra jurisprudencia ha sostenido la misma doctrina de la supervivencia de la sociedad. La Sala de Casación Civil de la Corte, en sentencia de 21 de marzo de 1922 (GACETA JUDICIAL, Tomo XXIX, N. 1503), dijo: "A la disolución sigue un estado que la ley llama de liquidación, en el que los socios continúan ligados por un lazo jurídico, mediante el cual están sujetos a derechos y obligaciones recíprocas, emanantes de la sociedad extinguida. Evidente es que cada socio tiene derecho a que el caudal social se divida por los medios legales después de la disolución de la sociedad". Y el Relator de la Corte extrajo de esta sentencia la siguiente doctrina: "Disuelta la sociedad por la expiración del plazo fijado para su duración, no se produce, en virtud de ese vento, la desvinculación jurídica absoluta de los socios, los cuales no quedan en libertad para disponer de los bienes sociales, cada cual por su cuenta, por venta, arrendamiento o de cualquiera otra manera que impida la división legal de los bienes. La sociedad, aun disuelta, sigue produciendo ciertos efectos que dan origen a derechos y obligaciones entre los socios; el lazo contractual que los unió no se rompe del todo mientras no sobrevenga la liquidación". (Nº 1337 del Tomo III de la Jurisprudencia de la Corte).

También está admitido por algunos autores nuestros que después de disuelta la sociedad continúa como existiendo y como conservando su personalidad para las necesidades de la liquidación. El Profesor doctor Félix Cortés dice:

"Se ha sostenido insistentemente el símil de la persona jurídica a la persona natural, y así se dice que del mismo modo que ésta última termina con la muerte, la ficticia fallece con la disolución y termina su existencia. Esto no es del todo exacto: la vida de la sociedad se extiende más allá de su disolución, hasta que se verifique y concluya su liquidación. Cierto que la compañía entra en un nuevo período de existencia, encaminado a terminar los negocios pendientes y a liquidar los derechos y obligaciones de la entidad ficticia, con los socios y con los extraños; pero, durante toda su tramitación, los bienes, derechos y obligaciones sociales no se confunden con los de los socios, y las operaciones de la liquidación se siguen ejecutando bajo la firma o razón social, fenómenos que implican la subsistencia de la personalidad jurídica a través de todas las operaciones de la liquidación. Tan cierto es que continúa la vida de la persona ficticia después de la disolución, que la propia ley dice que "el liquidador es un verdadero mandatario de la sociedad".

Esta parece ser la opinión del doctor Miguel Moreno Jaramillo, quien, en su importante obra "Sociedades", después de mencionar algunos conceptos del doctor Fernando Isaza, transcribe lo que sigue del doctor Daniel Uribe Botero: "A pesar del significado etimológico (del verbo disolverse), y del argumento de audición que a primera vista prueba completamente la contradicción entre una persona que al disolverse sigue existiendo, afirmamos que la tal personalidad subsiste, y debe subsistir mientras duren la liquidación y partición, actos que, como ya se dijo, son posteriores a la disolución de la compañía. Decimos que existe, porque así lo consagran expresamen-

te la ley el entender de los juristas; y que debe existir, por motivos de utilidad pública y conveniencia social".

No hay necesidad de echahr mano de la doctrina y jurisprudencia extranjeras, donde abunda este concepto: "Una sociedad disuelta continúa subsistiendo como persona civil hasta la terminación completa de las operaciones de su liquidación". (En Francia: Leon-Caen Et Renault, Boistel, y la Corte de Casación, según lo afirma Cohendy Et Darras en su "Code de Commerce annoté"; en Italia: Vivante, Supino, etc.).

En nuestra legislación, lo que sigue al estado de disolución de una sociedad, es la liquidación de la misma, que es un estado legal de su existencia. Por esa liquidación, la sociedad limita la órbita de sus actividades y se dedica especialmente a ponerles fin a los negocios iniciados. Quiere decir esto que durante el período de la liquidación la sociedad comercial vive y conserva su personalidad, en algunos casos casi tan completa como en el tiempo anterior a su disolución, pues tiene un patrimonio propio, y órganos a través de los cuales se desenvuelve y actúa. Sólo que las atribuciones de los directores o gestores se restringen en su extensión, por los fines naturales de la liquidación, que exigen que todos sus actos se dirijan a terminar los negocios pendientes, a convertir en dinero los haberes sociales, a pagar las deudas, a liquidar donde sea preciso la actividad social, a hacer ingresar en caja los créditos, a dividir entre los socios el patrimonio activo o pasivo, etc., etc.

En consecuencia: sociedad disuelta no significa sociedad extinguida. La disolución únicamente se refiere al contrato social que ligaba a los socios entre sí. Ese contrato no sigue creando para lo futuro efectos en lo que concierne a las relaciones jurídicas o internas de los socios; y por esto, desde la disolución de la sociedad no se entenderá que cada uno de ellos otorgue su representación a los demás para vincularlos a nuevas gestiones y operaciones sociales. Pero la sociedad subsiste todavía en cuanto se refiere a las obligaciones que se contrajeron antes del acaecimiento de la disolución, y por consiguiente, esas obligaciones, lo mismo que las contratadas en el período de liquidación como desarrollo de los negocios precedentes, pesan sobre la sociedad, en su condición de persona jurídica que trae su vida y fuerza desde una época pasada, en virtud del contrato social.

Por la disolución entra la sociedad en un período intermedio en que es representada por el liquidador, no para aumentar el patrimonio de aquélla, sino para terminar en forma provechosa las operaciones pendientes y cumplir las obligaciones a cargo de la sociedad (artículos 540 del C. de Co.); también ese liquidador representa en juicio activa y pasivamente a los asociados, a menos que éstos, por acuerdo unánime, hagan la liquidación, pues entonces ellos representan en juicio y hacen la liquidación colectivamente (art. 536 ibídem). Pero ese período intermedio en que la sociedad entra por la disolución no extingue la personalidad jurídica de ésta de un modo definitivo, porque todavía en el período de liquidación debe regir el principio de la distinción de la persona jurídica y la de sus miembros individualmente considerados, y el de la distinción de patrimonios y responsabilidades que existía cuando la sociedad estaba en el período de su desarrollo.

Cuando la sociedad se encuentra en el período de liquidación, la representa el liquidador activa y pasivamente en juicio, y no los socios, salvo que éstos acuerden que la liquidación se hará colectivamente por ellos. Si esto no se ha acordado, la demanda se promoverá por el liquidador en nombre de la sociedad en liquidación, y no por los socios para la sociedad, sino cuando conste la circunstancia de que se hayan avenido a hacer la liquidación por sí mismos, requisito que es indispensable.

En el presente juicio, los poderdantes confirieron poder al doctor Uribe Holguín para que obrase: o bien como liquidador, o bien como representante de lo que creyeron una comunidad.

El apoderado no hizo uso de su carácter de liquidador nombrado, sino que promovió la demanda considerando a sus poderdantes como comuneros en todos los derechos de la sociedad disuelta. Es pertinente transcribir este pasaje de la demanda. Dice así:

"Conviene rectificar los poderes con los cuales obro, de una vez, en dos puntos: si en escritura citada en esos poderes se declaró la disolución de la sociedad Cortissoz, Correa & Cía., por muerte del socio señor Cortissoz, ocurrida el 8 de junio de 1924, como lo dice la partida de defunción, esta sociedad había quedado disuelta el primero de enero del mismo año, por expiración de la prórroga del término de su duración, pactada en escritura número 271 de 22 de febrero de 1919, otorgada en la Notaría Primera del circuito de Barranquilla. Tal es la primera rectificación.

"Es la otra, que no podrá proceder tenerme como liquidador, ni tener a los demás apoderados constituídos en dos de los poderes, por liquidadores de la mencionada sociedad, sino como apoderados de quienes fueron socios y que viven y de los cónyuges y las sucesiones ilíquidas o los herederos de quienes fueron socios y murieron, hoy todos comuneros en todo derecho de la sociedad disuelta; porque a la liquidación le puso fin el último liquidador, como lo expresan los poderes y había sido estipulado, en 26 de enero de 1930".

Para fundamentar lo que ha de resolverse sobre estos puntos, conviene considerar:

En primer lugar, por la escritura Nº 1475 de 7 de julio de 1924 (f. 31), se declaró disuelta la sociedad, y se nombró como liquidador a Pedro M. Lascarro. Después de esto, el 12 del mismo mes (f. 42), el Superintendente Bancario tomó posesión de los haberes y negocios de la sociedad en cuanto a la parte bancaria que se conocía con el nombre de "Crédito Mercantil", y dicho empleado inició la liquidación de la sociedad en esa parte, la cual se continuó después por el liquidador que los socios nombrados el 9 de noviembre de 1925, según acta que obra en el expediente (f. 41), en que dijeron por unanimidad los socios vivos y los representantes de los muertos: "1º—La liquidación de Cortissoz, Correa & Cía. —Crédito Mercantil— se continuará por medio de un liquidador nombrado por los socios. 2º—Nómbrase liquidador de Cortissoz, Correa & Cía. —Crédito Mercantil— al señor Santander Márquez M."

Este liquidador presentó el balance de liquidación el 31 de enero de 1927 (f. 47), como consta en la escritura Nº 1947 de 26 de mayo de 1928, pasada ante el Notario Segundo de Barranquilla; y como su balance no fue aceptado por uno de los socios, en esa misma escritura nombraron liquidador al señor José Ramón Vergara para todos los negocios de la sociedad, como se desprende de la cláusula primera, en que se dijo que se nombraba este liquidador "con el fin de llevar a su término la liquidación, hoy en suspenso, de todas las operaciones de la sociedad colectiva Cortissoz, Correa & Cía..."; declaración que demuestra que el Superintendente inició la liquidación de la sociedad en la parte bancaria, la cual no terminó él completamente, pues para su terminación se nombró el liquidador de derecho común. Siendo esto así, la liquidación de la sociedad en su aspecto comercial no la inició aquel funcionario.

Sin embargo, el doctor Uribe Holguín sostiene que la sociedad quedó completamente liquidada con la intervención de la Superintendencia. Para demostrar su aserto argumenta así sobre los documentos que acompaña a la demanda, los cuales analiza del modo siguiente, bajos los puntos j), k), l), ll) y m) de sus razones de derecho:

Bajo el punto j) dice que presenta varios certificados del Superintendente, con los cuales comprueba que después de que ese funcionario tomó posesión del banco, y manifestó tener en su poder en efectivo lo necesario para pagar el pasivo, el Juez 3º del circuito de Barranquilla autorizó el pago de éste en su totalidad, pago que se hizo de conformidad con el balance de 5 de noviembre de 1925, fecha en que se cerró la liquidación, y que fue aprobado por el dicho Juez, habiendo pasado luégo la liquidación a un liquidador de derecho común; que en ese balance no aparecen como pasivo sino los créditos de los aportes de los socios y los $ 50,000 en bonos, lo cual demuestra que el Superintendente no ignoró el contrato sobre las salinas. Deduce que la liquidación fue de todos los negocios de la sociedad. Arguye también que la inclusión de los bonos en el pasivo es un error, porque son activo y no pasivo.

Bajo el punto k) manifiesta que acompaña certificados del mismo Superintendente con lo que demuestra que se cumplieron todos los términos de que habla la ley 45 de 1923; que en los libros de la sociedad existía en la fecha en que aquel empleado tomó posesión del banco la prenda en bonos; que ese empleado pagó todo el pasivo y no hizo provisión de fondos para el pago de créditos en litigio, porque no los había; y que en poder del mismo quedaron las cantidades de $ 5,750 en oro americano, y $ 4,164.44, en moneda colombiana, sumas que pertenecen a los antiguos socios.

Expresa en el punto l) que con la escritura Nº 2366 de 8 de octubre de 1925, otorgada por el Superintendente ante el Notario Segundo de Barranquilla, demuestra que ese empleado otorgó descargo a los quebrados, conforme a la cláusula quinta (ya copiada arriba).

En los puntos ll) y m) declara que comprueba con la escritura Nº 1947 de 26 de mayo de 1928, que se nombró liquidador a José Ramón Vergara, y que allí se estipuló que pasado cierto tiempo, dicho liquidador declararía terminadas sus funciones y com-

pletamente extinguida la sociedad, y que esa declaración la hizo en la escritura Nº 2011 de 23 de julio de 1930.

Para la Corte, de acuerdo con la última escritura, la sociedad no quedó completamente extinguida. Conviene transcribir lo que dijo el señor Vergara en las cláusulas cuarta y décima de ella, que están concebidas así: "Cuarto.—Que por su parte declara terminada su misión, puesto que carece de título legal para actuar con el carácter de Liquidador... Décimo.—Que da por terminado definitivamente el mandato que se le confirió por los ex-socios de la firma Cortissoz, Correa & Cía." A continuación de esa escritura se copian los documentos de que en ella se habla, entre los cuales se encuentra el Balance, que está concebido de este modo: "Balance de Cortissoz, Correa & Compañía, Crédito Mercantil en liquidación en la fecha en que termina el período legal del Liquidador. Activo... Pasivo..." (Subraya la Corte). Y en estos activo y pasivo apenas se hace una relación de cuentas, sin que se haya adjudicación alguna. De suerte que el señor Vergara no terminó la liquidación, porque ésta sólo termina cuando el liquidador rinde la cuenta final, dentro del término que le han señalado o prorrogado los mandantes, y generalmente es un acto solemne ante Notario, en que se declara que las operaciones de la liquidación han terminado y que en consecuencia la sociedad legalmente ha dejado de existir.

El liquidador Vergara no concluyó la liquidación: apenas rindió una cuenta en la fecha en que terminó el período que se le había señalado.

Ahora: como la ejecución se libró el 10 de marzo de 1928, cuando la sociedad estaba disuelta pero no liquidada, y la demanda de que se está conociendo se estableció el 14 de noviembre de 1934, fecha en que no se sabe —por falta de prueba— si la sociedad había finado definitivamente por la liquidación, no es dable aceptar que podía pedirse en este juicio para la comunidad resultante de la finalización de la sociedad liquidada, que es para la que se han ejercitado los poderes por el apoderado demandante, con base en el hecho veintitrés de la demanda, en que se considera a los ex-socios como comuneros en "cualesquiera bienes que fueran de esa sociedad".

Estima la Corte que han debido pedirse las declaraciones para la sociedad ejecutada, porque el 23 de julio de 1930 no quedó definitivamente liquidada la sociedad, y no hay prueba de que posteriormente se hubiera liquidado; pues si esto hubiera sucedido, existiendo una deuda contra la sociedad, deuda por la cual se la estaba ejecutando, la liquidación sobre este pasivo tenía que ser expresa, asignándole la carga de él a uno, o a algunos, o a todos los ex-socios. Pero esta constancia no existe; y mientras ello no se demuestre por el actor que ha invocado el hecho, hay que considerar que la sociedad, aunque disuelta, ha continuado y continúa aún subsistiendo para los efectos de la liquidación definitiva. De manera que en concepto de la Corte sólo podía haberse pedido para la sociedad en liquidación. Este defecto acarrearía falta de personería sustantiva de la parte demandante, porque no siendo los actores todavía comuneros, la personalidad sustantiva en que se presentan, falta.

Mas dando por sentado, en gracia de discusión, que la liquidación fue definitiva y que por esto no se debe declarar la existencia de esa falta de personería, se entra de lleno al fondo del asunto, estudiando cada una de las peticiones de la demanda, con su correspondiente separación, así:

Primero.—Se impetra en primer lugar que se declare nulo el juicio ejecutivo desde el día en que se profirió el auto de mandamiento de pago (**primera petición**), o desde la primera notificación de ese auto (**petición subsidiaria de la misma**); y que, en consecuencia, se decrete el desembargo de los bienes (**segunda petición**).

Estos pedimentos tienen como base los hechos 2º, 6º, 7º, 8º, 9º y 10º de la demanda, cuyos fundamentos son: que la sociedad quedó disuelta el 1º de enero de 1924; que la ejecución se libró mucho tiempo después, aún aceptando que la persona jurídica perdure durante el tiempo de la liquidación; que el alcance por que se ejecuta se dedujo mucho tiempo después de la extinción dicha; que se nombró en el juicio ejecutivo a la sociedad un defensor, sin emplazamiento y sin que el Secretario del Juzgado hubiera rendido el informe que exigía el artículo 50 de la ley 40 de 1907; que el edicto emplazatorio, que se fijó antes de nombrar defensor definitivo, no fue publicado en el periódico oficial departamental; que el auto ejecutivo fue primeramente notificado al primer defensor, y luégo al definitivo, que era una misma persona.

Arguye con los siguientes fundamentos de derecho: Que aun suponiendo que la personalidad jurídica de la sociedad persistiera

durante su liquidación, ello apenas sería "para que los acreedores de los socios no concurran con los sociales, a ser pagados con los bienes de la sociedad, como concurrirían si hubiera sólo una comunidad"; que la sociedad, persona distinta de los socios, se extinguiría al ser pagado el pasivo, "aunque quedaran bienes por realizar o por cobrar y por distribuir entre los socios", como sucedió al ser liquidada la sociedad por el Superintendente, lo que se reafirma por haber pasado la liquidación, de este empleado a un liquidador de derecho común, después de pagado todo el pasivo, porque antes no podía hacerse, según la ley 45 de 1923. Agrega que el alcance por que se ejecuta, deducido después de que el Superintendente se desprendió de la liquidación, no fue deducido eficazmente, porque se dedujo contra una persona que no existía, y que, consecuencialmente, la ejecución se dirigió contra persona inexistente. Concluye que el juicio ejecutivo es nulo, por no haber ejecutado, ni aun título de deuda alguna.

Argumenta también que aun concediendo que la ejecución se hubiera librado cuando la sociedad subsistía, y que ésta hubiera seguido subsistiendo durante todo el juicio, éste sería, sin embargo, nulo, por ilegitimidad de la personería del ejecutado, por no haberse notificado legalmente al deudor, conforme a los artículos 123 de la ley 105 de 1890, en relación con los 25, 27 y 127 de la misma ley, y 50 de la ley 40 de 1907, vigentes entonces, porque se nombró el defensor sin emplazamiento y sin informe del Secretario, y porque el defensor que se nombró después del emplazamiento, fue nombrado irregularmente, y las notificaciones que a éste se hicieron no fueron legales. Concluye que conforme al artículo 448 del Código Judicial vigente, la falta de citación o emplazamiento en forma legal, es causa de nulidad.

Para resolver se considera: El no existir título de deuda es una informalidad que va al fondo de la obligación, lo cual puede ser materia de excepción en oportunidad, o puede alegarse como acción por quien a ello tenga derecho. Pero no constituye tal vicio un defecto adjetivo, de forma que genere una irregularidad procedimental, idónea para invalidar el juicio.

Lo mismo puede decirse respecto de la afirmación consistente en que no hay ejecutado. Es que la personalidad de éste, vista de semejante modo, no se refiere a la capacidad legal para comparecer en juicio, sino que mira a la entraña misma de lo que es objeto del debate; se roza directamente con la razón o justicia que asiste a los litigantes: es algo así como una ineptitud sustantiva. Por consiguiente, la existencia de esas informalidades tan sustanciales no hacen anulable el proceso.

Si se recorre el articulado correspondiente del Código Judicial anterior, así como el del actual, se verá que allí no hay disposición que consagre tales defectos como causales de nulidad procedimental, que en la ley son de enumeración taxativa, constituyendo así una especie de cerco férreo del cual no puede salirse el juzgador. Por eso se dice que las nulidades son ilegalidades, pero que no todas las ilegalidades son nulidades.

El doctor Uribe Holguín pide que por semejantes irregularidades sustantivas se haga una declaración anulatoria del juicio. Y el juzgador debe ceñirse a esta petición, sin salirse de los lindes en que situó el debate el apoderado de los demandantes, porque la sentencia ha de estar en consonancia con las pretensiones deducidas por las partes, como lo dice el artículo 471 del actual Código Judicial.

Podría decirse, quizás, que o es extralimitar funciones dar a la demanda una interpretación más racional, es decir, considerar que en esta parte de ella se impetra no tanto la nulidad del juicio cuanto la del mandamiento ejecutivo en el cual fueron inexistentes, según lo afirma el señor apoderado, el verdadero y eficaz recaudo del juicio y la parte ejecutada.

El antiguo Código Judicial sólo reconocía dos casos de nulidad de las sentencias, señalados en los artículos 890 de dicha obra y el 131 de la ley 105 de 1890. Decía el artículo 890:

"Los que resulten perjudicados por una sentencia definitiva,... tienen derecho de apelar,... sin perjuicio de la acción de nulidad contra el auto o sentencia que los comprenda sin haber sido citados en la forma legal".

El 131 decía: "El no haberse dictado una sentencia en la forma prevenida en el Código, tampoco induce nulidad que pueda declararse en el juicio. Pero si la sentencia no expresa claramente los derechos y deberes que de ella deben resultar a las partes, puede excepcionarse de nulidad al tratar de ejecutarse, o pedir anulación en juicio ordinario..."

De modo que sólo cuando se había dictado sentencia contra una persona que no había sido parte en el pleito o cuando no se habían definido claramente en el fallo los

derechos y obligaciones que de él resultaran para las partes, procedía la acción de nulidad contra tal sentencia. Es palmar que el negocio que se estudia no se encuentra en una de estas dos eventualidades. Y aun cuando ello así acaeciera, bastaría no perder de vista que el mandamiento ejecutivo es un auto meramente interlocutorio contra el cual no existía el medio de anularlo establecido sólo para las providencias que tuvieran el carácter de sentencias definitivas. Aparte de todo lo dicho, importa transcribir lo que sobre nulidades dijo la Comisión revisora del proyecto que es hoy el Código Judicial:

"Hemos seguido en esta parte el sistema de la ley 105 de 1890, apartándonos del laberinto de disposiciones confusas, inconvenientes o innecesarias que en materia de nulidad de actuaciones y rescisión de sentencias ejecutoriadas contiene la ley 103 las cuales fueron objeto de la más justa crítica.

"Multiplicar los motivos de nulidad de juicios y sentencias, es hacer interminables las controversias judiciales, originando la incertidumbre de los derechos civiles e infiriendo gravísimos quebrantos a la autoridad de la cosa juzgada.

"Sólo deben erigirse en causales de nulidad las irregularidades que implican el desconocimiento de las bases mismas de la organización judicial, o la violación del derecho de defensa. Pudiendo subsanarse dentro del juicio mismo, no hay razón para que se aduzca contra los fallos que llevan el sello de la ejecutoria, cuya firmeza y estabilidad es preciso reconocer, so pena de socavar los cimientos mismos del orden social".

De forma que en el actual procedimiento civil no existen disposiciones que permitan alegar nulidades contra sentencias ejecutoriadas o autos interlocutorios por vicios que puedan afectarlos en su esencia, tomándolos como piezas aisladas e independientes del juicio, como ocurría antes bajo el imperio del antiguo Código Judicial, de todo lo cual se infiere que no hay acción para esto. Y no vale decir, en sentir de la Sala, que si a la iniciación del respectivo pleito existía ese camino, se violarían derechos adquiridos a no permitir hacer uso de él a quienes, imperando la ley anterior, hubieran podido transitarlo. Ese medio, para subsanar irregularidades procedimentales, fue suprimido por inútil e innecesario, siendo por tanto aplicable el artículo 40 de la ley 153 de 1887 en relación con el 1228 del actual Código Judicial.

Si el problema se pudiera encarar diciendo que la petición va encaminada a negar tanto la eficacia del título cuanto la existencia del ejecutado, ello conduciría estrechamente a considerar el derecho o la razón que para tal impetración asistiera a los demandantes.

Mas como la acción va dirigida a la nulidad del juicio, no hay para qué contemplar este punto, teniendo en cuenta, además, que, como se ha demostrado, la sociedad contra la cual se dedujo el alcance y se libró la ejecución subsiguiente, no estaba extinguida por completo cuando tal cosa ocurría.

En relación con la petición subsidiaria, o sea que el auto ejecutivo no se notificó legalmente y que por consiguiente están viciadas de nulidad todas las diligencias constitutivas de la ejecución, a partir de aquel momento, cabe hacer algunas consideraciones:

No consta fehacientemente que el juicio, cuya nulidad se depreca, esté terminado. No parece de muy buen recibo que la ley permitiera agitar una cuestión de nulidad en juicio diferente, estando pendiente el ejecutivo, pues es como natural el que antes de conceder la vía del juicio ordinario, se hayan agotado las otras más rápidas y económicas.

Esta consideración sube de punto, si se piensa que el artículo 137 de la ley 105 de 1890 hacía extensivas al juicio ejecutivo las excepciones estatuídas en el 126 de la propia ley, y que este último artículo exceptuaba de la nulidad consistente en la no notificación al demandado, el caso de que éste se hubiera apersonado en el pleito sin hacer solicitud sobre dicha nulidad.

Fuéra de lo expresado, debe agregarse que es de lógica esperar la terminación del juicio ejecutivo, pues en él cabía no sólo el allanamiento de la nulidad, sino también la revalidación de lo anulado, conforme lo prescribía la ley 105 de 1890. Estos medios para inhibir la nulidad o reponer lo invalidado existen asimismo en el actual Código Judicial.

Al estimarse, como lo entiende el demandante, que la sociedad estaba enteramente extinguida en el instante de la ejecución, no se comprendería cómo se presentan a pedir la nulidad de un juicio quienes no estuvieron actuando en él por sí mismos, o por medio de sus antecesores jurídicos.

Desde este punto de vista serían aceptables los siguientes reparos que formula, al descorrer el traslado de la demanda, el se-

ñor Procurador: "Hemos visto —dice este alto empleado— que es un error pretender la inexistencia de la persona jurídica de Cortissoz, Correa & Cía. Pero, aceptando como cierta esta tesis antijurídica, y dando de barato que la acción ejecutiva debió dirigirse contra los socios personalmente considerados, no sería procedente, sin embargo, que los socios ejercitaran la acción de nulidad del juicio ejecutivo, puesto que no habiéndose dirigido contra ellos la ejecución, esta acción sería respecto de ellos "res inter alios acta". De tal manera que, aun cuando en concepto de la Procuraduría, la tesis de la inexistencia de la sociedad Cortissoz, Correa & Cía., y de que el mandamiento de pago en la ejecución, cuya nulidad se pretende, se dictó contra una persona que ya no existía, es claramente injurídica y no puede prosperar, este Despacho, no obstante, opone desde ahora, para ese improbable evento, la excepción perentoria de falta de acción".

La acción es el alma del juicio, y requiere para su ejercicio: interés, derecho y capacidad. Algunos la han definido diciendo que es "el derecho de perseguir en juicio lo que se nos debe o es nuestro".

Tienen derecho a pedir la reposición de lo actuado, decía el artículo 136 de la ley 105 de 1890: "... 3º—En la nulidad por falta de notificación de la demanda o mandamiento de pago, el demandado o ejecutado". Y el artículo 457 del actual Código Judicial, dice: "No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, la parte que no fue legalmente notificada o emplazada, o no estuvo debidamente representada en el juicio, puede pedir, por la vía ordinaria, que se declare la nulidad de éste,..." Las precedentes transcripciones patentizan que la acción de nulidad de un juicio ejecutivo no la tiene sino quien es o fue parte en él.

Las excepciones se fundan en un defecto de la acción, el cual está: o en el derecho que ésta ampara, o en el modo como el derecho se ejercita. Se llaman perentorias cuando extinguen el derecho o el juicio.

La "carencia de acción", alegada por el señor Procurador, según el tenor de la frase, no es propiamente una excepción, porque ésta presupone la acción que ella destruye o enerva. Pero no tener la acción es vicio tan fundamental, que su sola presencia basta para proferir el fallo como si existiendo aquélla fuese destruída por una excepción.

Centrando el estudio de la cuestión desde el punto de vista de la persistencia de la sociedad, no es propiamente la "Carencia de acción" por este aspecto lo que aparece en los demandantes, pues ellos se presentan como continuadores de la sociedad que dicen haber expirado por virtud de la disolución y liquidación, dando así origen a una comunidad, de que ellos forman parte, según se da a entender en la demanda.

Si se aceptara, al menos, que al tiempo de la demanda, la sociedad ya estaba completamente extinguida, los actores tendrían personería para pedir la nulidad del juicio como sucesores jurídicos de la extinguida sociedad convertida en comunidad. Pero si se considera que el derecho de ejercitar la acción de nulidad pertenecía a la sociedad en liquidación, se pregunta: ¿Corresponde hoy ese mismo derecho a los demandantes considerados como copropietarios de él? La respuesta negativa llevaría a la conclusión de que la falta de derecho en ellos haría primeramente ilegítima su personería, y, como consecuencia, era afirmable que carecían de acción. Pero atrás se dijo cómo no se declararía la ilegitimidad de la personería en atención a la duda que sobre este punto pudiera presentarse.

Otras consideraciones concierne hacer al rededor de la tesis subsidiaria que se analiza. Dice el doctor Uribe Holguín, como queda visto arriba, que aunque la personalidad de la sociedad hubiera subsistido cuando fue librado el mandamiento ejecutivo y durante todo el juicio, y aun subsistiera, el juicio sería nulo por ilegitimidad de la personería de lejecutado y por no haberse notificado legalmente al deudor el auto ejecutivo, pues se notificó a un defensor nombrado sin emplazamiento, sin que el Secretario rindiera el informe que exigía el artículo 50 de la ley 40 de 1907, y porque el edicto no se publicó en el periódico oficial departamental.

Cabe contestar: Según dicho artículo 50, si el ejecutado no fuere hallado porque no pareciere en el lugar del cumplimiento de la obligación o se ignorare su paradero, etc., previo informe del Secretario, el Juez nombrará sin emplazamiento un defensor. Es éste el defensor especial con quien se sigue el juicio mientras se surte el emplazamiento de que trata el inciso segundo del mismo artículo.

Surtido dicho emplazamiento, se nombra el defensor de bienes definitivo, se le notifica el auto ejecutivo y se sigue el juicio con él.

Si se nombra defensor al ejecutado antes de que se surta el emplazamiento legalmen-

te, la notificación del mandamiento no quedaría hecha en forma legal, puesto que el defensor nombrado en esas circunstancias no representaba debidamente al ejecutado.

Parece que a esto tienden las observaciones del señor apoderado de los demandantes, puesto que hace estas tachas:

1ª—Que el emplazamiento del defensor definitivo no estuvo bien hecho, y que por consiguiente el nombramiento no se efectuó en forma legal, porque dicho emplazamiento no se publicó en el periódico oficial departamental. Esta tacha se rebate diciendo que hay prueba en el expediente de que esa publicación se efectuó en los números 2071, 2072 y 2073 del **Diario Oficial**, correspondientes a los días 18, 19 y 20 de abril de 1928; y que el **Diario Oficial** es periódico nacional, y por tanto lo es también de los departamentos. Tal publicación, efectuada, pues, de esa manera, satisface el pensamiento del legislador, que no fue otro que hacer conocer del emplazado la providencia.

2ª—El segundo reparo que se hace es que el defensor provisional se nombró sin previo informe del Secretario. Pero este informe sí existe en autos, pues consta allí la razón o atestación en que se expresa que quienes pueden obrar en representación de la persona moral de la sociedad en liquidación no parecieron en el lugar del cumplimiento de la obligación. Además de esto, el señor Juez tomó informes del Superintendente Bancario, lo que satisface perfectamente el espíritu de la ley, que no es otro que rodear de todas las garantías al ejecutado, antes de nombrarle un defensor que le asista. En concepto, pues, de la Sala, los dos reparos en que el doctor Uribe Holguín pretende asentar la indebida representación del defensor, para concluír de allí que la notificación hecha a éste no fue en forma legal, carecen de fundamento.

No pudiéndose hacer la declaración primera invocada en la demanda, tanto en el punto principal como en el subsidiario, es excusado entrar a estudiar la segunda petición sobre declaración de desembargo, porque ésta no puede ser sino una consecuencia de la primera.

Segundo.—Las otras peticiones de la demanda tienen los siguiente fundamentos de hecho:

1º—Que la sociedad Cortissoz, Correa & Cía. celebró un contrato con el gobierno nacional, sobre administración de las salinas marítimas del Atlántico en 1919, y que para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones, la sociedad dio en prenda la suma de $ 50,000 en bonos colombianos de deuda interna, los cuales fueron embargados en el juicio ejecutivo y depositados en el Tesorero General de la República, y que están reducidos hoy, a virtud de haber sido sorteados los de la diferencia, a la suma de 37,700 pesos.

2º—Que la sociedad expresada quedó disuelta el 1º de enero de 1924.

3º—Que el Superintendente Bancario tomó posesión de los negocios de esa sociedad el 12 de julio de 1924, de conformidad con la ley 45 de 1923; y que después de que este funcionario dio los avisos e hizo las publicaciones del caso y dejó de cumplir los términos que prescribe dicha ley para que concurrieran los acreedores, formó el balance con el cual cerró las operaciones de la liquidación el 5 de noviembre de 1925, en el cual no aparecen como pasivo sino los créditos de los socios por sus aportes, habiendo obtenido con ese balance la autorización judicial respectiva para pagar en su totalidad el pasivo que se había hecho valer en tiempo, conforme a la dicha ley, el cual pagó, con excepción de los créditos existentes a favor de los socios por sus aportes.

4º—Que al desprenderse el Superintendente de la liquidación, otorgó descargo a los quebrados, como consta en la cláusula quinta de la escritura número 2366 de 8 de octubre de 1925, pasada ante el Notario 2º de Barranquilla.

5º—Que la liquidación pasó, después de cubierto el pasivo, del Superintendente a un liquidador de derecho común nombrado por los socios antiguos de la sociedad, el cual liquidador le puso fin a la liquidación el 23 de enero de 1930, según declaración que hizo en la escritura número 2011 de esa fecha.

6º—Que el gobierno nacional no ocurrió al Superintendente durante los términos que prescribe la ley 45, a hacer valer los créditos a favor de la nación con origen en el contrato sobre las salinas, para que fueran reconocidos y para que aquel funcionario hiciera provisión de fondos para atender a su pago, y que tampoco promovió juicio dentro de ese término, durante el cual puede demandarse a los quebrados.

7º Por último, que ninguno de los socios fue liquidador, y que han transcurrido más de cinco años desde el 1º de enero de 1924, fecha de la disolución de la sociedad.

Los fundamentos de derecho que invoca el actor, deben estudiarse con la debida se-

paración y en relación con las peticiones concernientes de la demanda.

Dice el demandante que el Superintendente liquidó no solamente la parte bancaria de la sociedad, sino también la parte comercial de ella, porque ésta no tuvo dos explotaciones distintas para que pudieran liquidarse por separado. Argumenta así:

"La sociedad Cortissoz, Correa & Cía. fue formada para toda clase de negocios mercantiles, con especialidad para los de banco y comisión. Nunca esa sociedad tuvo siquiera dos explotaciones, que se manifestaran de alguna manera, por oficinas separadas, por ejemplo, y que, materialmente, pudieran liquidarse separadamente. Crédito Mercantil fue más bien una enseña que un nombre social; a la sociedad, en todos sus negocios, solía designársela con estas palabras. No se encontrará acto alguno por el cual se constituyera una persona jurídica llamada así, Crédito Mercantil. La persona jurídica fue siempre una, para varios negocios, entre los cuales, los bancarios, todos los que, sin excepción, fueron liquidados por el Superintendente Bancario". Concluye afirmando que habiendo sido una la sociedad, al liquidarse su parte bancaria se liquidó también la mercantil; y que siendo esto así, el principio universal sobre unidad de quiebra se impone, porque aunque haya habido varias explotaciones, la quiebra es simultánea para todas ellas; y que, en virtud de ese principio de la unidad de la quiebra, no pueden dividirse los bienes del quebrado en dos masas istintas, porque de hacerlo, cada una de esas masas sería prenda exclusiva para los acreedores que hubieran contratado con él con ocasión de este negocio o de aquél, con lo que se introduciría entre los acreedores una desigualdad injustificada.

Se tiene en cuenta: Por la relación de hechos formulada en este fallo, basada en las comprobaciones que aparecen en el juicio, se ve que se formó al principio una sociedad comanditaria; que luégo los socios comanditarios de ella vendieron su haber a los socios colectivos de la sociedad Cortissoz, Correa & Cía. (Crédito Mercantil), y por último, que se prorrogó por cuatro años la sociedad Cortissoz, Correa & Cía. (Sin el aditamento de Crédito Mercantil).

Por falta de pruebas no puede asegurar la Corte desde cuándo la sociedad colectiva Cortissoz, Correa & Cía. (Crédito Mercantil) se formó y en qué términos. Sólo consta por certificado de la Cámara de Comercio de Barranquilla, que dicha sociedad colectiva compró a los socios comanditarios su haber en la sociedad. Tampoco, por falta de pruebas, puede decir la Corte si la parte bancaria de la sociedad era distinta de la parte comercial de la misma, o no.

Faltando esas probanzas, la Corte declara, del mismo modo que lo hace el actor, que no se encuentra en el proceso "acto alguno por el cual se constituyera una persona jurídica llamada así, Crédito Mercantil"; pero no puede asegurar, como lo asevera el demandante, que "la persona jurídica fue siempre una, para varios negocios..."

Es postulado universal del régimen de pruebas, surgido del principio de que las partes se consideran iguales ante el derecho, el de que ninguna de éstas puede gozar del privilegio de que se le crea lo que afirma en atención a su propia manifestación, sino que debe comprobar sus aseveraciones. Para la Sala, aunque falten las pruebas de la constitución de la parte bancaria de la sociedad aludida, dentro del régimen de nuestra legislación mercantil, es racional y lógico suponer que se formó una sociedad colectiva que tuvo una parte bancaria y otra comercial. De no aceptarlo así, rechazaría la fe pública debida al Notario que expidió los certificados que obran en autos, en los cuales consta que una sociedad colectiva —que no se sabe, por lo probado en el proceso, cuándo ni en qué términos se formó bajo la razón social de Cortissoz, Correa & Cía. (Crédito Mercantil)— compró todos sus haberes a los socios comanditarios de la misma firma. Hay que admitir, pues, que faltan en el juicio documentos referentes a la formación de esa sociedad colectiva.

Está comprobado que el Superintendente Bancario, con autorización del gobierno, de acuerdo con los artículos 48, 54 y 57 de la ley 45 de 1923, tomó posesión de los haberes y negocios de la dicha sociedad por haber ésta suspendido el pago de sus obligaciones. La ley expresada dispone que una vez que aquel funcionario haya tomado posesión de un establecimiento bancario, la conserva hasta que liquide totalmente los negocios de él y haya hecho provisión de fondos para pagar los créditos en litigio, menos en dos casos: 1º—Cuando él resuelva devolver la posesión para permitirle al establecimiento que reanude sus negocios; y 2º—Cuando los socios convengan nombrar un liquidador de derecho común que continúe la liquidación. Ambos casos están consignados en los artículos 49 y 50.

En varios puntos de sus razones de derecho sostiene el actor que la liquidación no pudo pasar del Superintendente al liquidador de derecho común nombrado por los socios sin que aquél hubiera terminado completamente la liquidación; y que habiendo el Superintendente liquidado la parte bancaria de la sociedad íntegramente, quedó liquidada por el mismo hecho toda la sociedad, en virtud del principio de la unidad de quiebra.

Estas dos alegaciones no son admisibles: la primera, por lo que se dirá al estudiar la petición tercera, y la segunda, por las razones que se consignan en seguida, así:

No es aceptable la alegación de que por la liquidación hecha por el Superintendente en la parte bancaria de la sociedad, quedó liquidada ésta íntegramente, merced al principio de la unidad de quiebra, porque hay que considerar que la liquidación de un Banco, hecha por el Superintendente en la forma que dispone la ley 45 de 1923, cuando ella ocurre en atención al caso primero que contempla el artículo 48 de esa ley, esto es, cuando el establecimiento bancario "haya suspendido el pago de sus obligaciones", se estima como una quiebra de hecho, pero no de derecho, tal como ésta se consagra en el Derecho Mercantil. Conforme a este, para que haya quiebra de derecho es necesario que ella sea declarada por Juez competente. No basta, pues, la quiebra de hecho, o sea el estado de cesación de pagos de un comerciante, para que ella entrañe de modo definitivo la aplicación de las reglas todas de la quiebra, sino que ésta sea judicialmente declarada. La liquidación que verificó el Superintendente se hizo por razón de la quiebra de hecho, consistente en la cesación de pagos, es decir, porque la sociedad se hallaba en falencia. Pero mientras no haya declaración de quiebra por autoridad competente, no hay quiebra de derecho propiamente dicha, y no hay lugar, por tanto, a deducir todos los efectos anexos al régimen de quiebra. Y esto fue lo que sucedió con la liquidación verificada por la cesación de pagos o estado de falencia de la sociedad, o sea por la quiebra de hecho, porque ésta por sí misma no produce la quiebra de derecho independientemente del juicio declarativo de ella, porque si las reglas de la quiebra derogan el derecho común, es únicamente en interés de la masa de acreedores: luego la masa, la reunión compacta de todos los acreedores en un organismo jurídico, es una creación del juicio declarativo de quiebra.

En los términos de la ley 45 de 1923, la liquidación que realiza en los casos de ella el Superintendente Bancario, no es quiebra de derecho, porque ésta no se declara, ni en la liquidación se establecen las sanciones que formula el Código de Comercio para los quebrados. De modo que si se aceptase la tesis del demandante, toda liquidación que verificara el Superintendente por razón de alguno de los siete casos que consagra el artículo 48, entrañaría quiebra, lo cual no se aviene con el derecho ni con los motivos por los cuales la ley permite declarar quebrado a un comerciante para deducirle las responsabilidades penales del caso.

Pero, aun aceptando que esa liquidación sí es una quiebra, para que ella involucrara la de toda la sociedad, y pudiera declararse así en el fallo, era necesario que en la demanda se hubieran consignado los hechos de que el Juzgador pudiera deducir esa circunstancia, previa la prueba de ellos en juicio. Así es que el actor ha debido probar, sobre la base de su enunciación en la demanda, hechos indispensables para el éxito de la acción, tales como el de que la sociedad colectiva Cortissoz, Correa & Cía. (Crédito Mercantil) era la misma sociedad que se formó en 1913, o que se había formado posteriormente; también el de que esta sociedad tenía únicamente como objeto o giro social la sección bancaria que se liquidó por el Superintendente; y para el caso de que hubiera tenido varias actividades, el de que dicho empleado había verificado la liquidación de todas ellas, y no únicamente la de la sección bancaria. Por último, tampoco se enunció como hecho, ni siquiera se demostró en el juicio, que el contrato sobre la administración de las salinas se había celebrado con una sociedad colectiva cuyo objeto era exclusivamente el giro bancario, y que lo referente a ese contrato entraba en el mencionado giro.

No habiéndose probado hechos tan trascendentales, no hay razón para creer las simples afirmaciones del demandante. Las copias de las escrituras por las que se constituyó la sociedad y las sobre reformas de ésta, eran indispensables como pruebas en este juicio. Sin la presencia de esas copias no puede darse cuenta el sentenciador de la veracidad de las afirmaciones que hace el actor sobre que la sociedad no tenía como objeto sino negocios de giro bancario, porque en el debate jurídico una afirmación de esa clase es palabra sin apoyo, mientras que las copias de las escrituras a que se ha aludido demostrarían plenamente, ya que de acuerdo con el artículo 647 del Código de Comercio, la escritura social debe expresar:

"1º—La razón o firma social... 5º—Las negociaciones sobre que debe versar el giro de la sociedad".

La tercera petición está concebida así:

"Tercera.—Que el crédito por un alcance, intereses, una multa y costas, para el pago del cual se ha seguido y sigue ese mismo juicio (el ejecutivo expresado), y, en general, todo crédito del Estado, a cargo de la sociedad Cortissoz, Correa & Cía., que tenga origen en el contrato sobre administración de las salinas marítimas del Atlántico a que me he referido, no hechos valer ante el Superintendente Bancario dentro de término, mientras este funcionario estuvo en posesión de los haberes y negocios de dicha sociedad y la liquidó, están extinguidos.

"En subsidio de esta declaración, solicito que se declare que esos créditos no producen acción si el acreedor no prueba que los hizo valer ante el Superintendente, en tiempo, o sea, como reza el artículo 64 de la ley 45 de 1923, que el reclamo, motivo de la acción civil, fue debidamente presentado, que han transcurrido sesenta días desde la expiración del plazo concedido para presentar tal reclamo y que éste no ha sido aceptado'."

Además de los fundamentos de derecho que quedan estudiados, basa el actor esta petición también en las razones de que mientras el Superintendente esté en posesión de los haberes bancarios, a él deben ocurrir los acreedores, y que si no lo hacen en ese tiempo, no pueden hacerlo después. También dice que conforme a la ley 45 de 1923, cuando la liquidación pasa a un liquidador de derecho común, es porque está extinguido íntegramente el pasivo. Concluye, que habiendo pasado la liquidación a ese liquidador, es porque el pasivo está extinguido, máxime cuando el Superintendente cumplió todos los términos de esa ley 45, y ante él no se hizo reclamo alguno. Como consecuencia arguye que el crédito por que se ejecuta está extinguido, y mucho más cuando el Superintendente, en el balance que formó, hizo figurar los $ 50.000 en bonos, lo que quiere decir que supo del contrato, por lo que debió citar al gobierno.

La Corte considera: Los créditos que no se hacen valer ante el Superintendente no quedan extinguidos, de acuerdo con la ley 45 de 1923. Lo que sucede es que pasados los términos que debe cumplir aquel funcionario, él mismo pagará los créditos que se hayan comprobado, y hará la provisión de fondos para pagar los que estén en litigio, para cuando el juicio se decida. Pero si hubo créditos que no se hicieron valer en tiempo, ellos no pueden extinguirse sino por alguno de los medios que establece el derecho común.

Si los créditos, por sólo no haberse hecho valer en los términos señalados en esa ley, quedaran extinguidos, no habría razón para que la liquidación pudiera pasar a un liquidador nombrado por los socios: éste se nombra para que siga la liquidación hasta que el establecimiento sea disuelto y se declare terminada su existencia por el Poder Judicial. La parte del artículo 64 que cita el actor en la acción subsidiaria transcrita no basta para hacerle decir a todo ese artículo lo que el demandante pretende, porque todo lo que el artículo mencionado dispone es que mientras el Superintendente esté en posesión del Banco, no puede establecerse acción civil contra éste, "a menos" que sea en los casos contemplados en dicho artículo; pero no consagra esta norma legal la sanción de que los créditos que no se hagan valer ante el Superintendente quedan extinguidos.

De modo que si los créditos del giro bancario no quedan definitivamente extinguidos cuando no se hicieron valer ante el Superintendente, mucho menos se extinguirán por ese motivo aquellos que tengan su origen, no en el giro bancario, sino en obligaciones distintas. Por eso los créditos provenientes del contrato sobre la administración de las salinas no pueden extinguirse sino de acuerdo con el derecho común.

Pero el actor sostiene que esos créditos no producen acción por haber prescrito de acuerdo con la ley mercantil, por estas razones: 1ª—Porque los socios no fueron liquidadores; y 2ª—Por haber transcurrido cinco años desde la disolución de la sociedad.

Se contesta: Es cierto que cuando los socios no son liquidadores, los créditos contra ellos se extinguen por el lapso de cinco años, según el artículo 545 del Código de Comercio. Pero queda visto que la liquidación se adelantó por causa de haber cesado la sociedad en el pago de sus obligaciones, hecho que significa que estaba en quiebra de hecho, es decir, en falencia, caso en el cual la prescripción de corto tiempo no es aplicable, sino la de derecho común, según el artículo 548 de la expresada obra. La acción ejecutiva en caso de falencia de la sociedad, sólo se realiza por el transcurso de diez años (art. 2536 del C. C.). Puede argumentarse, además, que la acción ejecutiva para el cobro no se ha adelantado contra los socios, sino contra la sociedad Cor-

tissoz, Correa & Cía.; y también, que el juicio ejecutivo se notificó al defensor provisional el 27 de marzo de 1928, y al defensor definitivo el día dos de junio del mismo año, o sea antes de cumplirse cinco años desde la fecha de la disolución de la sociedad expresada.

En la cuarta petición se solicita que se declare que todas las acciones contra la sociedad están extinguidas. Esta solicitud, en términos tan generales, puede envolver una inepti tud sustantiva, porque la nación no puede responder por quienes no hayan sido demandados. Pero más claramente aparece que no está demostrada la acción que tenga el demandante para impetrar una declaración tan amplia, en la que podrían ir comprendidas personas particulares.

Las demás peticiones que se invocan son consecuenciales de las que han quedado analizadas; de manera que no declarándose éstas, es excusado el estudio de aquéllas.

Por lo expuesto, la Sala Civil de Unica instancia de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve: no es el caso de hacer ninguna de las declaraciones invocadas en la demanda, y, en consecuencia, se absuelve a la Nación demandada.

Sin costas.

Publíquese, cópiese y notifíquese. Insértese en la GACETA JUDICIAL, y en oportunidad archívese el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo, Eleuterio Serna, Ricardo Hinestrosa Daza, Liborio Escallón, Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO SEGUIDO CON JURISDICCION COACTIVA

No habiéndose solicitado ante el Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales reconsideración del monto del impuesto deducido por el Administrador de Hacienda Nacional, se extinguió el derecho de acudir ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. No habiéndose hecho por el ejecutado la declaración de su renta, tuvo que estimarla el empleado correspondiente, lo que hizo de manera legal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto ocho de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

En el juicio seguido por el Recaudador del impuesto sobre la Renta de Bogotá contra el señor José María Mejía, se profirió auto ejecutivo el día dos de agosto de mil novecientos treinta y cuatro,

Originó tal providencia el reconocimiento practicado por dicho funcionario de la deuda a cargo del precitado señor Mejía y a favor de la Nación, por la suma de $ 389.28 moneda legal, proveniente del impuesto sobre la renta en el año de 1932, más los recargos legales y el costo de la ejecución.

Interpuestas en tiempo oportuno excepciones por el apoderado del señor Mejía, han subido los autos a la Corte, donde se ha agotado la tramitación correspondiente y ha llegado el momento de decidir en el fondo.

Las excepciones propuestas son las de error de cuenta y cobro de lo no debido. Durante el término probatorio, la parte ejecutada hizo practicar las pruebas que estimó conducentes para fundar su defensa.

Acerca del alcance de tales probanzas conceptúa así el señor apoderado del ejecutado en su alegato de conclusión:

"De las pruebas aducidas y allegadas oportunamente al expediente, quedan establecidos estos hechos en forma plena de convicción:

"a)—Que en el año de 1932, el señor José María Mejía R. pagó al Banco de Bogotá la suma de $ 1,452, por concepto de intereses de la obligación hipotecaria contraída ese mismo año, por la cantidad de $ 36,300;

"b)—Que el mismo señor Mejía pagó al señor Alberto Bonett la suma de $ 1,452 en el propio año de 1932, por concepto de intereses de la cantidad de $ 14,000 que el primero adeuda al segundo;

"c)—Que el señor Mejía, en el lugar de su domicilio, o sea Fontibón, no recibió aviso alguno acerca de la calificación de su renta gravable en 1932, como lo ordena la ley;

"d)—Que la finca 'Villa Mejía', único inmueble que posee el señor Mejía, está situada en el Municipio de Fontibón, y causa un impuesto anual de $ 105, por concepto de tributo predial;

"e)—Que la base del aforo para deducir la cantidad de $ 389.28 como impuesto de renta líquida en el citado año de 1932 fue la misma del año de 1931;

"f)—Que la renta gravable de Mejía en el año de 1933, fue la cantidad de $ 3,040, a la que correspondió un gravamen de $ 35.08".

La Corte considera: Consta de autos que el señor Mejía no hizo la debida declaración de su renta ante la oficina respectiva a fin de que ésta, con fundamento en tal declaración, liquidase la renta gravable correspondiente al año de 1932. En tal virtud, la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca, apoyándose en los textos legales, "tuvo que estimar o calcular la renta líquida gravable, en la suma de $ 11,610, a la que corresponde, conforme al artículo 3º de la citada ley (81 de 1931), un gravamen de $ 324.40 que, con el recargo del 20 por ciento de que trata el artículo 10 del decreto 2,244 de 1931, o sea, de $ 64.88, suma el total de $ 389.28 que se dijo". (Informe del Administrador de Hacienda Nacional de Cundinamarca, cuaderno 3º, folio 13).

Informa, además, el señor Administrador que, "bajo sobre cerrado se remitió al interesado la comunicación del gravamen que se le había asignado por dicho año, con el Nº 4440, que es el mismo número que corresponde a su inscripción en el registro, con fecha 31 de julio de 1933". (Cuaderno 3º, folio 13). El artículo 15 del decreto 2244 de 1931, reglamentario de la ley 81 de ese mismo año, establece que el "aviso de que hablan el ordinal 3º del artículo 12 y el ordinal 1º del artículo 15 de la ley 81, se entenderá dado una vez que haya transcurrido el término de la distancia y diez días hábiles más, contados (subraya la Corte) **desde el día siguiente al en que el Administrador de Hacienda haya puesto la respectiva comunicación en la oficina de correos**". No

vale, pues, aducir la declaración del Administrador de correos de Fontibón, de que no hay constancia de que en el año de 1933 se le haya entregado aviso alguno del impuesto sobre la renta al señor José María Mejía, como tampoco de que haya llegado a esa oficina tal aviso en ninguna forma. Basta lo dicho por el Administrador de Hacienda Nacional para llegar a la conclusión de que a la luz de la disposición precitada, la notificación se surtió en debida forma.

Transcurrió el término hábil para pedir la reconsideración del monto del impuesto deducido por el Administrador de Hacienda Nacional sin que hubiese sido solicitada por el interesado ante el Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales, extinguiéndose por tanto el derecho de acudir ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, ya que a virtud del precepto consignado en el artículo 19 del decreto reglamentario, el recurso ante tal jurisdicción especial sólo puede intentarse contra las decisiones del mencionado Jefe. Así las cosas, se libró el mandamiento ejecutivo de que se ha hablado.

Acerca de las alegaciones hechas para sustentar los medios de defensa propuestos, se expresa así el señor Procurador:

"De suerte que de acuerdo con la ley y el decreto, los funcionarios con jurisdicción para resolver sobre las reclamaciones de los contribuyentes cuando ellos estiman que la cuantía del gravamen ha sido excesiva, son el Director General de Rentas Nacionales y, en vía de recurso ,el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

"Además, las reclamaciones deben formularse dentro de cierto tiempo, y no se oirán sin que se presente el comprobante de estar pagado ya el impuesto.

"Siendo así, considero que son inoportunas las alegaciones que ante la Corte Suprema de Justicia formula el apoderado del ejecutado, tendientes a demostrar que el gravamen fijado al ejecutado para 1932 fue exagerado y no correspondía a su renta.

"Tales razones, si fueren fundadas, podían haberse hecho valer ante el Director General (hoy Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales, observa la Sala) o el Tribunal de lo Contencioso, oportunamente y presentando el comprobante de estar pagado el impuesto.

"Querer hacer valer tales razones ante la honorable Corte Suprema, lo estimo inoportuno e improcedente, y por ello que considere que por razón de ellas no podrán declararse probadas las excepciones propuestas".

La Corte estima que aun transcurrido el lapso que la ley y decretos vigentes fijan como hábil para interponer los recursos pertinentes, ya ante el superior jerárquico en la esfera administrativa, ya ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que el interesado los proponga, si al seguírsele el juicio coactivo correspondiente éste propone y funda excepciones, no se pueden declarar infundadas a pretexto de que habría sido más oportuno y propicio invocarlas antes, si se hubiese hecho uso de los recursos que la ley dispensa. Bien es verdad que la Corte no puede conceder la misma latitud de apreciación que brinda el juicio administrativo, donde el ejecutado tiene un amplio campo de defensa, pero no es menos cierto que si aparece de autos la plena prueba que extinga la acción ejecutiva o la desvirtúe esencialmente, el juzgador no puede desestimarla. La tesis contraria llevaría al absurdo extremo de vencer y condenar sin haber antes oído en juicio, además de que cancelaría la eficacia de la ley procedimental, ya que ésta tiene establecido que del incidente de excepciones, de las tercerías y de las apelaciones y consultas en los juicios seguidos por jurisdicción coactiva, conoce la justicia ordinaria. Artículo 1060 del C. J.).

Pero en el caso presente es manifiesto que las alegaciones hechas se enderezan a establecer que la Administración Nacional de Rentas fijó con un criterio arbitrario la cuantía de la renta líquida gravable correspondiente al año de 1932; y en tal virtud, las probanzas aducidas convergen a demostrar que durante el curso del referido año contrajo el señor Mejía obligaciones cuya satisfacción disminuía el monto de su renta en relación con la del año inmediatamente anterior, y que en consecuencia fue errónea la estimación de ella, hecha por la oficina respectiva.

La ley 81 de 1931, relativa al impuesto sobre la renta, fijó claramente el deber de las personas sujetas a esa ley, de presentar "durante el mes de enero de cada año, un informe que indique la renta bruta durante el año gravable anterior y las deducciones y exenciones permitidas por esta ley, y cualquiera otra información necesaria para la determinación de la renta líquida gravable en la forma que el Director General de Rentas lo requiera". Y para el caso de que cualquier contribuyente dejase de rendir la declaración anotada, dispuso que "el Administrador de Hacienda Nacional en el Departamento, computará la renta gravable de dicho contribuyente, por medio de la informa-

ción que pueda obtener de cualquier fuente u origen que estime conveniente. La cuantía del gravamen computado por el Administrador, con las excepciones previstas en los artículos 6º y 7º, será el impuesto para cada contribuyente, a menos que dicha cuantía sea modificada por el Director General de Rentas Nacionales, de acuerdo con los artículos 14 y 15".

Ahora bien: el señor José María Mejía no hizo la declaración a que estaba obligado por ser él contribuyente al impuesto sobre la renta. Omisión que no se explica si se tiene en cuenta que su interés particular le imponía hacer tal declaración para el efecto de que se le hiciesen las deducciones referentes a las obligaciones por él contraídas durante el año gravable de 1932. Aún más: él tenía que saber, como interesado que era, por cuanto había contribuído el año anterior, la determinación y reglamentación del impuesto, y las dificultades que lo aparejaría el no sujetarse a las prescripciones vigentes.

De manera que el funcionario administrativo ha procedido con toda corrección al liquidar el impuesto correspondiente al año de 1932. Y al hacer el recargo del 20 por ciento, no hizo sino dar cabal cumplimiento a lo ordenado por el decreto 2244 de 1931, reglamentario de la ley 81, en su artículo 10. Y no vale argüír, como lo hace el excepcionante, que "la ley determinativa del impuesto y que organiza su recaudo, no trae ese recargo; éste sólo ha sido consagrado en el decreto Nº 2244 de 1931, reglamentario de aquélla, y en evento tál, es evidente que debe hallar aplicación el artículo 40 del Acto Legislativo Nº 3 de 1910, que es un principio de orden fundamental, y que mira a la misión de Jueces y Magistrados en todo caso en que aquella oposición resulte en los procesos particulares", pues el decreto para que pierda su fuerza obligatoria, ha de ser declarado insubsistente o inexequible por la autoridad competente, y además, el Gobierno, al establecer tal sanción en el decreto, ejercitó expresa facultad de que estaba investido por la ley que reglamentaba, desde luego que ésta estableció lo siguiente en su artículo 23: "Queda facultado el Gobierno para reglamentar esta Ley y prescribir las medidas que estime necesarias para su ejecución. Al reglamentarla determinará, con las excepciones en ella prevista, las sanciones que deban imponerse por violaciones a las disposiciones de la misma".

No aparece, pues, acreditada ninguna circunstancia que invalide o infirme el título que sirvió de base a la ejecución.

No es el caso de dictar auto para mejor proveer, toda vez que de los documentos aportados se desprenden los elementos de juicio indispensables para llevar al ánimo del juzgador la convicción necesaria.

No está en la esfera de atribuciones de la Corte adoptar la fórmula de "solución jurídica" que el ejecutado propone, de tomar como base del monto del impuesto que judicialmente se pretende hacer efectivo, la tributación de 1933.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, de acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación, declara no probadas las excepciones propuestas, y en consecuencia ordena la continuación del presente juicio.

Con costas a cargo del excepcionante.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase en oportunidad el expediente al juzgado de su procedencia.

Pedro A. Gómez Naranjo, Aníbal Cardoso Gaitán, Eleuterio Serna R. Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

PENSION

Toda persona que haya desempeñado empleos, bien sean nacionales, departamentales o municipales, por treinta años, tiene derecho a pensión.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, octubre veintidós de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R.)

El señor Miguel González C. demandó a la Nación para que se le pague una pensión por servicios públicos en un lapso de más de treinta años.

Surtido el traslado correspondiente y agotado el trámite de primera instancia, el tribunal superior de Medellín profirió el fallo fechado el 21 de mayo de 1935, y cuya parte resolutiva es como sigue:

"Reconócese a favor del señor Miguel González C. y a cargo del Tesoro Nacional una pensión mensual vitalicia de ochenta pesos, que se pagará desde el día veintiocho de marzo de este año, fecha de la notificación de la demanda al señor Fiscal del Tribunal y siempre que no incurra el actor en alguna de las causales que según las leyes motivan la supresión o pérdida de la gracia que se reconoce por el presente fallo".

La sentencia no fue apelada por las partes, por lo cual el asunto subió en consulta a la Corte, donde se tramitó de acuerdo con los ritos legales.

El señor Procurador de la Nación, descorriendo el traslado, conceptuó del modo siguiente:

"El tribunal mencionado accedió a la petición del señor González, reconociéndole una pensión vitalicia de $ 80.00 mensuales.

"La sentencia se expresa en los siguientes términos:

"'De los certificados sobre los períodos en que desempeñó funciones oficiales el señor González y para cuyo cobro presentó las correspondientes nóminas, aparece que en funciones de Inspector de Educación Pública sirvió durante 69 meses; en funciones de Secretario del Juez del Circuito de Jericó, 96 meses; en funciones de Prefecto de la Provincia de Jericó sirvió por 26 meses, y en funciones de Secretario del mismo, por 23 meses. Como Tesorero de Rentas Municipales de Jericó sirvió por 27 meses y como Magistrado Contador del Tribunal de Cuentas del Departamento de Antioquia sirvió 132 meses y días; de modo que en total aparece que se han prestado por el señor González servicios a distintas entidades oficiales por espacio de 373 meses, o sean 31 años y días, lo que es suficiente para obtener la jubilación solicitada, tanto más cuanto que de las pruebas exhibidas aparece que desempeñó otros cargos públicos.

"'Estando, pues, debidamente probado el derecho del demandante, el Tribunal habrá de decretarlo, aunque limitado el valor mensual de ochenta pesos, en virtud de lo estatuído por el decreto número 136 de 1932 en su artículo 9°'.

"Examinados por el suscrito los comprobantes traídos por el demandante, ha llegado a las mismas conclusiones del Tribunal de primera instancia".

El doctor Víctor Cock, apoderado del actor en esta instancia, dice en su alegación final, después de llamar la atención hacia la circunstancia de que los servicios públicos de su poderdante excedieron de 40 años.

"Por lo que hace a la edad del señor González C. aparece de la partida de bautismo, que figura al folio 31 del expediente, que el señor González nació en octubre de 1864, es decir, que en el próximo mes cumplirá la edad de 71 años, edad que es realmente ya muy avanzada, y si por otro lado se tiene en cuenta su estado de salud, resulta manifiesta la urgencia de que su pensión le sea reconocida a la mayor brevedad posible, a partir de la notificación de la demanda, según jurisprudencia de la honorable Corte".

Para resolver, la Corte considera:

Hay pruebas en el expediente que acreditan que acumulando servicios prestados por el señor González, en funciones judiciales, como Inspector de Educación, Prefecto y Secretario de prefectura, tesorero de rentas municipales y magistrado contador departamental, el tiempo excede a 30 años.

Consta también, por declaraciones de cinco testigos idóneos y honorables, que los destinos los desempeñó con honradez y consagración, que su conducta es intachable y que carece de medios de subsistencia.

El Ministro de Hacienda y Crédito Público certifica que el señor González no ha sido pensionado ni recibe recompensa del Tesoro Nacional.

Certifica también la Contraloría General de la República que el señor González Correa no es deudor del Tesoro Nacional.

Según el artículo 3º de la ley 29 de 1905, los requisitos exigidos para demandar esta gracia son: Que se hayan desempeñado los destinos con honradez y consagración; que el peticionario carezca de medios de subsistencia; que no haya recibido pensión ni recompensa nacionales; que observe buena conducta; que esté a paz y salvo con el tesoro de la nación y que su edad sea de sesenta años.

Todas estas condiciones se han demostrado en el presente juicio.

La pensión debe pagarse, según doctrina de la Corte firmemente basamentada, desde la fecha de la presentación de la demanda; pero como el actor no apeló del fallo y se conformó con él, la pensión se le pagará desde la notificación de la demanda, conforme lo sentenció el tribunal.

La cuantía de la pensión está correctamente señalada en el fallo de primer grado, de acuerdo con las constancias procesales y el decreto número 136 de 1932.

El artículo 4º de la misma ley 29 de 1905 dice: "Los servicios que puedan justificar una pensión o jubilación podrán contarse desde cualquiera época anterior a la presente ley".

Es verdad que algunos de los empleos desempeñados por el señor González fueron departamentales y municipales, pero ello no obsta para decretar la pensión, porque no sería justo que quienes hubieran prestado servicios civiles a la República pagados con fondos de los erarios seccionales quedasen por esa circunstancia colocados en condiciones de inferioridad.

La Corte afirma una vez más la jurisprudencia que esta entidad sentó en la sentencia de la Sala de Negocios Generales el 18 de diciembre de 1934. Dice así este fallo en la parte pertinente:

"Estima la Sala, en primer lugar, que quien presta un servicio a un Departamento directamente, de modo indirecto lo presta también a la Nación o al Estado colombiano, el cual, bajo el régimen central unitario que hoy impera, sólo por razones de administración ha sido dividido en distintas secciones y paga los empleados en diferentes oficinas de tesorería. Mas todas esas secciones forman parte integrante de la Nación, como que de ésta emanan todos los poderes públicos. (Artículos 1º y 2º de la Constitución). Por otra parte, los textos legales antes citados no hacen distinción alguna de la clase de empleados a que se refieren, y ni esos textos ni ninguna otra disposición legal limita a los empleados nacionales el derecho a disfrutar de tales pensiones, y es bien sabido que donde la ley no distingue no le es dado al juzgador establecer distinciones. Cuando la ley habla en términos generales, el juzgador no puede hacer restricciones o excepciones no establecidas en ella.

"La anterior consideración adquiere mayor firmeza si se observa que el artículo 2º de la ley 29 de 1905 otorga el derecho de que se trata a todos "los empleados civiles que hayan desempeñado destinos públicos por treinta años", es decir, a todos los empleados públicos del ramo civil que hayan servido el tiempo indicado, y que el artículo 3º de la ley 4ª de 1913 incluye bajo la denominación de empleados públicos, tanto a los que prestan sus servicios a la Nación como a los Departamentos y Municipios.

"La más clara demostración de que no ha estado en el ánimo del legislador colombiano el establecer la distinción a que hace referencia el señor Procurador es que ha creado pensiones pagaderas del Tesoro Nacional a favor de los maestros de escuelas primarias oficiales, a pesar de tener éstos el carácter de empleados departamentales, comoquiera que son nombrados y pagados por los Departamentos. (Ley 114 de 1913)".

Ocurre, es verdad, el que en esta materia la jurisprudencia de la Corte no fue siempre uniforme.

Quienes estiman que las pensiones del Estado son únicamente para los empleados nacionales, parten de la base de que existiendo separados los patrimonios de la nación, los departamentos y los municipios, y siendo la pensión una recompensa por servicios, lo natural es que la erogación por este concepto afecte sólo a las entidades a las cuales se prestó dicho servicio. Porque, agregan los sostenedores de tal tesis, nuestro sistema fiscal no permite trasmitir la carga de las entidades seccionales a la entidad nacional. Y a la razón que invoca el principio de que no es lícito hacer distinciones, donde la ley no las hizo, contestan diciendo que al juzgador le incumbe hacer clasificaciones para poner a tono la exégesis con el espíritu de la disposición.

Si se busca la historia de la ley 29 de 1905, aunque este sistema de hermenéutica sea muy discutible, pero el cual en todo caso es indicado por el artículo 27 del Código Civil, nada se encuentra que haga luz en la sombra, si la sombra en este caso existe.

Al contrario, el artículo 27 nombrado y el 31 del mismo Código están pregonando que no se puede desatender el tenor literal

de la ley clara, so pretexto de consultar su espíritu, y que la extensión que debe darse a ésta se determinará por su genuino sentido.

Las asambleas y concejos están limitados por la Constitución o la ley, y en lo referente a pensiones, las asambleas no están autorizadas para decretarlas sino cuando la ley las faculte.

El artículo 5º del Acto Legislativo Nº 3 de 1910 concede inmunidades al patrimonio de los departamentos, pero eso no impide el que el tesoro público, bien sea nacional, departamental o municipal, sea considerado como uno en cuanto está destinado para servicios u obras que redunden en beneficio de la colectividad.

Fuéra de estas consideraciones, no se debe hacer caso omiso del artículo 5º de la ley 4ª de 1913, en el cual se dice que son empleados públicos los que desempeñan destinos creados por la ley, las ordenanzas o acuerdos. Tan servidor público es el que trabaja como empleado nacional, como el departamental o el municipal.

Ahora bien: como el artículo 2º de la ley 29 de 1905 no establece distinciones, lo lógico y justo es considerar que ella se refiere a todos los que desempeñan destinos públicos, cualquiera que sea la entidad a la cual se presten los servicios.

Cuando el artículo 32 de la Constitución expresa que la ley determinará la serie o clase de servicios civiles que dan derecho a pensión del Tesoro Público, no estableció distinción entre los servidores públicos de la nación, los departamentos o los municipios.

En fuerza de lo discutido, 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 la sentencia consultada.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el negocio.

Pedro A. Gómez Naranjo, Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

RECURSO DE SUPLICA

La cesión que de un crédito a su favor hace la Nación a un Departamento por medio de una ley especial, no está sujeta a las disposiciones civiles sobre cesión de créditos personales: tal acto es una especie de transmisión que se rige por la misma ley que la establece (art. 1966, C. C.). De ahí que en caso tal no se requiere la notificación de la cesión al deudor, porque ésta queda notificada cuando empieza a regir la ley. El artículo 40 del nuevo Código Judicial restableció la antigua jurisdicción de la Corte para conocer en Sala Civil de única instancia de las controversias provenientes de contratos celebrados por la Nación con cualquiera entidad o persona o que ella celebre con éstas, aunque haya trasferido en todo o parte sus derechos.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Civil de única instancia.—Sala de Decisión.—Bogotá, septiembre veintiuno de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

En el juicio ejecutivo seguido por la Nación contra Miguel Jerónimo Canal e Isidoro Guerrero, como deudores principales, y Ricardo Tirado Macías, como fiador, por pesos, el honorable Magistrado sustanciador doctor Aníbal Cardoso Gaitán, en providencia de veinticinco de mayo pasado, ordenó, a petición del señor Procurador General de la Nación, el embargo de la quinta parte del sueldo que devenga el doctor Tirado Macías como Consejero de Estado, y dispuso comunicar el embargo para los efectos consiguientes al Tesorero General de la República y al pagador del Poder Judicial en esta ciudad.

El doctor Tirado Macías pidió reposición del auto, y como ésta le fue negada en providencia de fecha quince de junio, interpuso el recurso de súplica para ante el resto de los Magistrados, el cual le fue concedido el veintiséis del mismo mes. El señor Procurador estima que el recurso no ha debido concederse, por cuanto la súplica sólo es procedente cuando se trata de autos interlocutorios y según su opinión no se está en presencia de un auto de esa clase. Pero a esto se observa que el señor Magistrado sustanciador apreció la providencia materia del recurso como un auto interlocutorio y el asunto se tramitó siguiendo el procedimiento señalado en el C. J. para tales casos. La Sala tiene, por consiguiente, jurisdicción para entrar a conocer. Se procede a resolver el negocio, agotada como está la tramitación legal correspondiente.

Para mayor claridad, es conveniente hacer una síntesis breve de la historia de este asunto.

Los señores Miguel Jerónimo Canal e Isidoro Guerrero, celebraron un contrato con el Gobierno Nacional para la administración y construcción del camino del Sarare, en el trayecto comprendido entre la ciudad de Pamplona y el río Cobugón. El doctor Ricardo Tirados Macías se constituyó fiador solidario de los contratistas para responder de las obligaciones contraídas en el pacto referido.

El General Jerónimo Canal recibió $ 3,000 de la Tesorería General de la República, como anticipación por cuenta del 20 por ciento que se les asignaba a los contratistas como honorarios de administración. El Ministerio de Obras Públicas exigió la devolución total de los fondos anticipados, por cuanto el contrato no tuvo efecto. Por medio del Decreto Nº 388 de 1909, el Gobierno declaró suspendidos todos los contratos de administración celebrados para la construcción o reparación de las vías públicas.

El Procurador General de la Nación, por orden del Gobierno, inició ante la Corte demanda ordinaria contra los señores Miguel Jerónimo Canal, Isidoro Guerrero y Ricardo Tirado Macías para el pago de los $ 3,000 del contrato del camino del Sarare. En sen-

tencia de 15 de junio de 1915, la Corte condenó a los demandados al pago de la cantidad expresada y los intereses legales, dentro de los seis días siguientes a la notificación del fallo.

El 15 de marzo de 1916, el señor Procurador demandó ejecutivamente ante la Corte a los señores Canal, Guerrero y Tirado Macías, y el juicio siguió su curso legal. Antes de que se dictara sentencia de pregón y remate, el Congreso de 1916 expidió la ley 70 de 16 de noviembre, general de caminos, cuyo artículo 35 dispuso lo siguiente:

"Artículo 35.—Con destino a la obra de que trata el artículo 34 (camino del Sarare), cédense al Departamento Norte de Santander los créditos provenientes de cantidades anticipadas por la Nación para obras o trabajos en dicha vía y que sean exigibles por falta de cumplimiento. A fin de que el Departamento pueda hacer efectivos tales créditos, se le pasarán por la autoridad correspondiente los contratos, documentos, sentencias, y demás comprobantes que existan".

El Ministerio de Obras Públicas, en Resolución de fecha 15 de febrero de 1918, ratificó la cesión hecha por el artículo 35 de la ley 70 de 1916 al Departamento Norte de Santander. Esta Resolución fue agregada al juicio ejecutivo, enviada por el señor Procurador General de la Nación a la Corte.

Considera el doctor Tirado Macías que con la sanción de la ley 70 de 1916 y con la Resolución ministerial de 15 de febrero de 1918, en virtud de la cesión que la Nación le hizo al Departamento Norte de Santander del crédito de $ 3,000 que venía cobrando la Nación a los contratistas del camino del Sarare, quedó extinguido legalmente el derecho con que la Nación perseguía a los ejecutados. Pidió el doctor Tirado Macías, como consecuencia de sus alegaciones, la revocatoria del auto suplicado, y en subsidio, la nulidad de lo actuado. A esta petición se le dio por la Sala la tramitación legal.

En la providencia en que se negó la reposición del auto de embargo, el señor Magistrado sustanciador expresó lo siguiente, en relación con los efectos de la cesión hecha por la ley 70 de 1916:

"Para que la cesión de un crédito produzca efecto contra el deudor y contra terceros, es preciso que se notifique por el cesionario al deudor o que se acepte por éste. (Art. 1960 del C. C.). Hay, pues, dos caminos para llegar a la conclusión de que la exigencia legal ha sido cumplida: una providencia judicial en que se reconozca la cesión, la que debe notificarse al ejecutado, o la simple aceptación de ella por el mismo ejecutado.

"En el caso de autos no aparece satisfecho ninguno de los dos requisitos: no hay en el juicio auto alguno en que se reconozca la cesión, ni tampoco la aceptación por el ejecutado de dicha cesión.

"Al referirse el señor Procurador a este punto, considera que no es necesaria la notificación del cesionario al deudor, como lo dispuso la Corte en un caso análogo. (Jurisprudencia, Tomo II, Nº 1580). Pero a ello se observa que tal cosa ocurre solamente de acuerdo con la misma jurisprudencia citada, cuando el auto que reconoce la cesión ha sido notificado al ejecutado, y en el caso que se considera el auto en cuestión no se ha proferido aún. Por consiguiente, está en pie el alcance general del artículo 1960 citado.

"No estando notificada la cesión por el cesionario al deudor, ni habiendo éste manifestado su aceptación, el deudor puede legalmente pagar el crédito al cedente, a la Nación, y en general, se encuentra que "el crédito existe en manos del cedente respecto del deudor y tercero". (Art. 1963 del C. C.).

"Todo esto quiere decir que la cesión decretada en el caso de autos no se ha perfeccionado y que ella no ha producido todavía efectos en este juicio".

La Sala no participa de esta conclusión y estima que la cesión del crédito hecha por la ley 70 de 1916 quedó perfeccionada con la sanción de la ley, sin necesidad de otros requisitos, por las siguientes razones:

La cesión que de un crédito a su favor hace la Nación a un Departamento por medio de una ley especial, no está sujeta a las disposiciones del Cap. 1º, Tít. 25 del C. C., que regulan la cesión de los créditos personales. Tal acto es una especie de transmisión que se rige por la misma ley que la establece. (Art. 1966 del C. C.).

La formalidad de la notificación de la cesión, que señala el artículo 1960 del C. C., se ha establecido en favor del deudor. Uno de los autores de la obra "El Código Civil ante la Universidad", comentando el artículo 1902 del Código Civil chileno, que contiene la misma disposición del artículo 1960 de nuestro Código Civil, dice lo siguiente:

"Sin gran esfuerzo se ve que el objeto de la ley ha sido poner a salvo los derechos del deudor, cuyo crédito se cede, contra las in-

sidiosas pretensiones de su acreedor.

"Hoy tiene el primero medios eficaces de parar los golpes indebidos que su acreedor quiera dirigirle, y puede en esta parte descansar tranquilo en la confianza de no ser molestado con un cobro extemporáneo o fraudulento".

Cuando se trata de una cesión de créditos hecha por ministerio de la ley, no se necesita la notificación de la cesión al deudor, porque ésta queda notificada cuando empieza a regir la ley, ya que se supone que todos los ciudadanos deben conocerla desde que empieza su observancia. (Arts. 9 del C. C. y 56 de la ley 4ª de 1913).

Conviene hacer una distinción respecto a la manera como puede hacerse la enajenación de los bienes nacionales: puede el Congreso conceder autorizaciones al Gobierno para la enajenación, conforme al numeral 9º del artículo 76 de la Constitución Nacional, y en ese caso, la Nación, al celebrar el traspaso, procede como sujeto de derecho privado; pero cuando el Congreso enajena directamente, por medio de una ley, los bienes nacionales, ejecuta un acto de soberanía que no está sujeto, para su perfeccionamiento, a otras formalidades ulteriores que las que señale la misma ley. Esta ha sido la doctrina constante de la Corte. En sentencia de fecha 16 de noviembre de 1911, dijo lo siguiente:

"Cuando el Congreso quiere disponer la enajenación de bienes nacionales no tiene necesidad de conceder autorización al Poder Ejecutivo para que esta entidad los enajene; el Congreso puede hacerlo por sí mismo, obrando, no como sujeto de derecho privado, sino como entidad de derecho público que ejecuta un acto de soberanía". (Jurisprudencia de la Corte, Tomo I, Nº 1402).

La Resolución por la cual se ratifica la cesión hecha por la ley 70 de 1916, es del siguiente tenor:

"RESOLUCION

por la cual se ratifica la cesión de unos créditos al Departamento Norte de Santander, con destino a la apertura de la vía del Sarare, de conformidad con lo dispuesto por la ley 70 de 1916 (artículo 35).

"El Ministro de Obras Públicas,

en uso de sus facultades legales, y

"TENIENDO EN CUENTA:

"1º—Que el artículo 35 de la ley 70 de 1916 dispuso lo siguiente:

'... Con destino a la obra de que se trata (camino del Sarare), cédense al Departamento Norte de Santander los créditos provenientes de cantidades anticipadas por la Nación para obras o trabajos en dicha vía y que sean exigibles por falta de cumplimiento. A fin de que el Departamento pueda hacer efectivos tales créditos, se le pasarán por la autoridad correspondiente los contratos, documentos, sentencias y demás comprobantes que existan...';

"2º—Que en vista de esa disposición, el señor Gobernador del Departamento Norte de Santander pidió al Ministerio de Obras Públicas la revisión de los documentos pertinentes, y se le hizo saber entonces por este Despacho, que tales documentos fueron pasados desde años atrás al señor Procurador General de la Nación, para entablar los juicios de demanda correspondientes ante la Corte Suprema de Justicia;

"3º—Que habiendo insistido el señor Gobernador del Norte de Santander en solicitar la intervención del Ministerio de Obras Públicas en el asunto, con referencia a información que dicho funcionario obtuvo del señor Procurador de la Nación, este Ministerio se dirigió al mismo Procurador en solicitud de indicación sobre lo que, a su juicio, correspondiera hacer, y recibió la siguiente respuesta:

'... Nº 40.—Bogotá, 30 de enero de 1918. Señor Ministro de Obras Públicas.—E. S. D. En respuesta a su atento oficio Nº 24530, de 29 de los corrientes, tengo el honor de manifestar a usted: En el juicio ordinario promovido por este Despacho contra Miguel Jerónico Canal, Isidoro Guerrero y Ricardo Tirado Macías, la Corte Suprema dictó sentencia el 15 de junio de 1915, condenándolos a devolver a la Nación la suma de $ 3,000 oro y sus intereses. Tal cantidad la habían recibido Canal y Guerrero para construír un camino entre Pamplona y el punto sobre el río Cubugón donde debía colocarse un puente (vía Sarare). Para que se cumpla esa sentencia, adelanto ante la Corte un juicio ejecutivo que se encuentra en el estado de denunciar bienes. Por no haber construído el puente sobre el Cubugón, la Corte, en sentencia del 6 de octubre último, condenó a Manuel Canal V. y a sus fiadores, Eliécer Santos C., Jesús Vargas F., José J. Mazenet, Alfredo González y Urbano Castellanos, a pagar a la Nación la cantidad de $ 32,000 en oro y sus intereses. Esta sentencia, dictada en el juicio ordinario que este Despacho promovió, se encuentra en estado de notificar a los demandados. En vista de los artículos 34 y 35 de la ley 70 de 1916, comu-

nigué por telégrafo lo dicho anteriormente al señor Gobernador del Departamento Norte de Santander, y le advertí que para el traspaso de los créditos al Departamento convenía que se entendiera con ese Ministerio. Para hacer efectiva la cesión de que habla el artículo 35 citado, estimo necesario que ese Ministerio o el del Tesoro, la ratifique en alguna forma, especificando los créditos que la Nación traspasa al Departamento. Tales créditos, en lo que se refiere a los juicios arriba mencionados, figuran en los respectivos expedientes, y los documentos que los constituyen tienen hoy valor indiscutible, en virtud de las sentencias de la Corte. Soy del señor Ministro muy atento servidor,—Ramón Rodríguez Diago".

"4º—Que habiendo estimado este Ministerio que, por tratarse de ratificar la cesión de créditos pertenecientes al Fisco Nacional, el asunto podía ser de incumbencia del Despacho del Tesoro, lo manifestó así a dicho Ministerio, el cual ha contestado lo siguiente: '... Este Despacho estima que la cesión de los créditos enunciados es de competencia exclusiva del Ministerio de Obras Públicas, pues aparte de que tales créditos no pueden considerarse comprendidos en la parte de Hacienda Nacional a cargo de este Ministerio, proceden de contratos celebrados por el a su digno cargo. -De usted muy atento servidor,—P. Blanco S.';

"En consecuencia, se resuelve:

"Ratifícase la cesión hecha por el artículo 35 de la ley 70 de 1916, al Departamento Norte de Santander, con destino a la apertura de la vía del Sarare, de los créditos provenientes de cantidades anticipadas por la Nación para obras y trabajos en dicha vía, créditos que conforme a las sentencias ya dictadas por la Corte Suprema de Justicia, consisten en la suma de tres mil pesos oro y sus intereses, a cargo de Miguel Jerónimo Canal, Isidoro Guerrero y Ricardo Tirado Macías, los dos primeros como excontratistas del camino de Pamplona al río Cubugón, y el tercero como fiador, y en la suma de treinta y dos mil pesos oro y sus intereses a cargo de Manuel Canal V., excontratista para la construcción del puente sobre el río Cubugón, y sus fiadores Eliécer Santos C., Jesús Vargas F., José J. Mazenet, Alfredo González y Urbano Castellanos.

"Comuníquese al señor Procurador General de la Nación, para que se sirva pedir la acumulación de esta providencia a las respectivas sentencias, al señor Gobernador del Departamento Norte de Santander, como resultado de su gestión hecha al respecto, y publíquese en el Diario Oficial.

Dada en Bogotá, a quince de febrero de 1918.

"El Ministro, Jorge Vélez".

Del estudio atento de la providencia copiada se deduce lo siguiente: que el Gobernador del Departamento Norte de Santander, en atención a lo dispuesto por la ley 70, pidió al Ministerio de Obras Públicas la remisión de los documentos pertinentes, siendo éste uno de los motivos que tuvo el Gobierno para dictar la Resolución mencionada; que el Departamento insistió y el Procurador le dio aviso al Gobernador de que debía entenderse con el Ministerio de Obras Públicas para el cumplimiento de la ley 70, y que el Procurador estimó necesaria la ratificación de la cesión por parte del Ministerio, por lo cual esta entidad dictó la providencia correspondiente.

El Procurador General de la Nación, en nota de marzo de 1918, manifestó a la Corte que remitía original la Resolución del Ministerio de Obras Públicas, "de conformidad con lo dispuesto por la ley 70 de 1916 (artículo 35), para los efectos que tal providencia indica".

El señor Magistrado sustanciador, en auto de fecha 7 de marzo de 1918, ordenó agregar al juicio ejecutivo la Resolución del Ministerio, "para que allí produzca los efectos a que haya lugar".

Perfeccionada la cesión hecha al Departamento Norte de Santander, por ministerio de la ley, cesó la jurisdicción de la Corte para conocer del negocio, porque de los juicios entre los Gobiernos de los Departamentos y los particulares, cualesquiera que fueran su naturaleza y su cuantía, conocían en primera instancia los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, con arreglo al artículo 73 del Código Judicial vigente entonces. La ley 70 de 1916, empezó a regir desde su promulgación. Fue publicada en el Nº 15.976 del Diario Oficial. Por tanto, todo lo actuado con posterioridad a la vigencia de la ley, está viciado de nulidad, por falta de jurisdicción de la Corte para conocer. El juicio ha debido enviarse al Gobernador del Norte de Santander o al Tribunal Superior de Pamplona, para que continuara la actuación, si el Departamento tomaba la correspondiente iniciativa.

El juicio no quedó terminado, pero sí suspendido, por falta de jurisdicción de la Corte. La actuación anterior a la cesación de la competencia de esta entidad, es válida. En esa situación, el Código Judicial nuevo

(ley 105 de 1931), que creó en la Corte la Sala Civil de única instancia, restableció la jurisdicción de la Corte por medio del artículo 40, que dice a la letra:

"Artículo 40.—La Sala Civil de única instancia conoce privativamente y en una sola instancia, de todas las controversias provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación con cualquier entidad o persona, aunque la Nación haya transferido, en todo o en parte, sus derechos".

De manera que hoy conoce la Corte, por medio de la Sala Civil de única instancia, de todas las controversias provenientes de contratos celebrados por la Nación, aun cuando el interesado sea un Departamento u otra persona o entidad.

No habría, por tanto, objeto en cumplir el mandato del legislador de pasar los documentos al Departamento Norte de Santander, porque si el juicio ejecutivo continúa, es la Corte la entidad competente para conocer. Pero sí se debe dar aviso al Gobernador de aquel Departamento para que promueva lo que juzgue conveniente a los intereses departamentales, ya que el asunto no puede adelantarse de oficio ni el señor Procurador General de la Nación puede asumir la representación activa del Departamento sin las convenientes autorizaciones, porque los bienes de los Dopartametos son propiedad exclusiva de cada uno de ellos y gozan de las mismas garantías que las propiedades y rentas particulares, conforme al artículo 50 del Acto Legislativo Nº 3 de 1910. Además, establece el artículo 171 del C. J. que los agentes del Ministerio Público no pueden promover acciones civiles sin orden e instrucciones del Gobierno o del respectivo Gobernador o Alcalde, y si bien es cierto que según el numeral 5º del artículo 175 de la obra citada, el Procurador tiene la facultad de defender ante la Corte los intereses de los Departamentos, cuando el Estado no tenga interés en el asunto y la respectiva entidad no tenga representante constituído ante la Corte, es obvio que no puede adelantar una acción que está suspendida sin la voluntad expresa de la entidad interesada.

Todo lo actuado en este juicio con posterioridad a la vigencia del artículo 40 del C. J., está igualmente viciado de nulidad, porque el Procurador General de la Nación no podía, como se ha visto, adelantar la ejecución sin la voluntad del cesionario del crédito, o sea, del Departamento Norte de Santander, manifestada de manera expresa.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil de única instancia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

1º—Declárase nulo lo actuado en este juicio desde el auto de fecha veintitrés de agosto de mil novecientos diez y siete, inclusive, y en consecuencia, se levanta el embargo del sueldo del doctor Ricardo Tirado Macías, como Consejero de Estado;

2º—Ordénase al Pagador del Poder Judicial la entrega inmediata al doctor Ricardo Tirado Macías de las sumas retenidas por causa del embargo de su sueldo;

3º—Envíese copia de este auto al señor Gobernador del Departamento Norte de Santander para lo de su cargo;

4º—Sáquese del archivo y sométase a repartimiento para resolver lo que sea legal, el juicio de la Nación contra los señores Manuel Canal V. y otros, el cual, según consta de autos, fue archivado sin que se dictara providencia de ningun aclase.

Cópiese y notifíquese.

Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo, Miguel Moreno Jaramillo, Eleuterio Serna R., Juan Francisco Mújica. Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

SOLICITUD DE ACLARACION DE LA SENTENCIA SOBRE "RESCISION DE UN CONTRATO POR DOLO". (Páginas 470 a 475)

La acción del comprador de una cosa reivindicada a fin de que su vendedor le salve por causa de evicción, no nace para aquél mientras no verifique la entrega al reivindicador, el cual no está sujeto para la efectividad de su derecho a la condición de pago de la evicción por parte del vendedor del comprador demandado.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, septiembre veintiséis de mil novecientos treinta y cinco.

Magistrado ponente: Dr. Juan Francisco Mújica.

El señor abogado de los recurrentes Garcés y Caicedo solicita que la sentencia de casación pronunciada el 27 de agosto de 1935, en el juicio ordinario de Elvira Yanguas contra Ricardo Yanguas y aquellos otros dos, se aclare en el sentido de declarar que Garcés y Caicedo no están en mora de restituir a Elvira Yanguas, mientras Ricardo Yanguas no les pague la parte del precio y los frutos a que fue condenado.

Esa aclaración sería en el fondo una verdadera reforma del fallo, contra lo dispuesto en el artículo 482 del Código Judicial.

La Corte no declaró nulo el contrato contenido en la escritura número 211, del 3 de febrero de 1927, pasada ante el Notario de Cali por Ricardo Yanguas, Garcés y Caicedo; y es, por lo tanto, inexplicable la afirmación que hace al respecto el memorialista.

En la parte expositiva de la sentencia, que sirve para fijar el sentido de la resolutiva, se dijeron, entre otras cosas, éstas:

"La acción de reivindicación ejercitada en la demanda, persigue, pues, la finalidad de que se restituya su plenitud integral a ese derecho de dominio de la actora, lesionado en su existencia".

"Los incisos 1º y 2º del artículo 1,899 del Código Civil no tienen aplicación cuando el vendedor, como en el caso actual, comparece en su calidad de demandado, desde el principio del pleito".

"Ahora bien. Como Garcés y Caicedo son poseedores de buena fe y además evictos de la cosa sin su culpa, el vendedor de ellos, Ricardo Yanguas, está obligado, por ley, al saneamiento".

De lo anterior aparece notoria la improcedencia de los fundamentos de derecho (artículos 970 y 1,746 del Código Civil), invocados por el mandatario de los recurrentes, para apoyar su actual solicitud.

A Garcés y Caicedo, evictos en determinada cuota del derecho de dominio sobre un inmueble, se les reconoció en el fallo su derecho personal para obtener de Ricardo Yanguas el pago de las cosas que ellos deben restituir a Elvira Yanguas dentro del plazo allí fijado.

Esa acción de Garcés y Caicedo no nace para ellos mientras no verifiquen la entrega a Elvira Yanguas, quien no está sujeta, para la efectividad del derecho reconocido a ella en la sentencia, a la condición de que Ricardo Yanguas pague a Garcés y Caicedo la evicción sufrida por éstos.

Según lo previene el artículo 1,304 del Código Civil, Ricardo Yanguas fue condenado a la obligación de sanear a Garcés y Caicedo, como vendedor que fue de éstos.

A causa 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, se niega a hacer, por improcedente, la aclaración solicitada.

Notifíquese.

Eduardo Zuleta Angel, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha. El Secretario, Pedro León Rincón.

INDICE

Pág.

Condiciones de abstenerse de un hecho inmoral o prohibido 447

COLABORACION JURIDICA

Sociedades. Miguel Moreno Jaramillo. (Continuación) 451

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

Se infirma la sentencia del Tribunal de Bogotá en el juicio ordinario entre Alberto Vale Villar y Roberto Tobón, por perjuicios materiales y morales. Magistrado ponente, Dr. Antonio Rocha 455

No se infirma la sentencia del Tribunal de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Neftalí Rueda y otro contra Luis Eladio Benítez, sobre la nulidad de la cesión de unos créditos y perjuicios. Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza ... 466

Se casa la sentencia del Tribunal de Cali en el juicio ordinario sobre nulidad de un contrato seguido por Elvira Yanguas contra Ricardo Yanguas. Magistrado ponente, Dr. Juan Francisco Mújica 470

No se casa la sentencia del Tribunal de Pasto en el juicio ordinario sobre declaratoria de existencia de una sociedad de hecho, seguido por Sofía Portocarrero v. de Luque contra Alejandro Valencia Arango. Magistrado ponente, Dr. Eduardo Zuleta Angel 476

No se infirma la sentencia del Tribunal de Manizales en el juicio ordinario que por el pago de unas sumas de dinero inició Mercedes Murillo de Peláez contra el Banco de Colombia. Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo 486

Se casa la sentencia del Tribunal de Manizales en el juicio reivindicatorio de Luis M. Ramírez H. contra Roberto de J. Velásquez, Vicente Hoyos y Restituto Montoya. Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 496

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

No se infirma la sentencia del Tribunal de San Gil en la causa contra Víctor Julio López, por homicidio. Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias 501

No se infirma la sentencia del Tribunal de Bucaramanga en la causa contra Antonio González Prada, por abigeato. Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias 506

No se infirma la sentencia del Tribunal de Santa Rosa de Viterbo en la causa contra Eusebio Rodríguez, por homicidio. Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez 509

No se infirma la sentencia del Tribunal de Bogotá en la causa contra Guillermo Camelo, por homicidio. Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias 511

Se sobreseé definitivamente a favor de Luis Angel Arroyave, por el delito de abandono del puesto. Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez 516

Se infirma la sentencia del Tribunal de Bucaramanga en la causa contra Aureliano Vega y Alejandro Vega, por homicidio. Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo 518

Se infirma la sentencia del Tribunal de Ibagué en la causa contra Rafael Munévar, Rafael Niño y Siervo Munévar, por falsificación de monedas. Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez 523

Se reforma la sentencia dictada por el Consejo de Guerra contra los soldados Luis I. Pantoja y José A. Villaquirán, por el delito de robo. Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo 527

No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal de Santa Rosa de Viterbo en la causa contra Argemiro Avella, por homicidio. Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo 531

Se abstiene la Corte de conocer en el fondo del recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal de Bogotá en la causa contra Rosa María Segura, por el delito de homicidio (infanticidio). Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez 534

Se reforma el auto de proceder del Tribunal de Pasto contra el Dr. Raúl F. Castillo

INDICE

Pág.

Klinger, por el delito de "empleados públicos de mala conducta". Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias 540

Se niega el recurso de revisión interpuesto por Luis Montoya Cuervo contra la sentencia ejecutoriada del Tribunal de Medellín, por el delito de resistencia a la autoridad, dictada en la causa contra el recurrente. Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias 544

Se casa la sentencia dictada por el Tribunal de Bogotá en la causa contra Alberto Ortiz, por homicidio. Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez 546

Se admite el desistimiento del recurso de casación interpuesto por el acusado y se niega el recurso interpuesto por el acusador particular en relación con la sentencia dictada por el Tribunal de Tunja en la causa contra Carlos A. Romero, por homicidio. Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez 548

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Se niega la nulidad de la elección de Consejeros de Estado verificadas por el Senado de la República en sesiones de 19 y 23 de octubre de 1934. Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 552

Se condena a la Nación al pago de perjuicios a favor de Pascual Valencia Cantarrana, como padre del menor Esteban Valencia Gamboa, a causa de un accidente ferroviario en el Ferrocarril del Pacífico. Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 557

Se condena al Departamento del Tolima a pagar los sueldos de algunos maestros de escuela, correspondientes a los meses de vacaciones. Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 564

Se confirma la sentencia del Tribunal de Manizales en la cual se condena al Departamento de Caldas a pagar a Ana Rita Quintero v. de Vargas un seguro de vida estatuído por una ordenanza. Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 572

Se confirma el auto dictado por el Tribunal de Bogotá y contra el cual interpuso recurso de súplica interpuesto por el apoderado de Georgina Arana de Páramo, para que se le tenga como parte en el juicio ordinario que contra la Nación adelanta Carlos A. Castro. Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 574

Se confirma el auto ejecutivo dictado contra Esmaragdo Caballero, como fiador de cárcel segura del sindicado Marco Tulio Aguirre, dictado por el Recaudador de Hacienda Nacional de Miraflores. Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 576

Se declara probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por Pedro A. Donado en el juicio ejecutivo que le adelanta el Juzgado 1º Nacional de Ejecuciones Fiscales de Bogotá para hacerse efectiva una fianza y los intereses legales. Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 576

Salvamento de voto del Dr. Cardoso Gaitán en la sentencia anterior 581

Se confirma la negativa del Tribunal de Bogotá a la solicitud del señor Fiscal de la Corporación sobre restitución de término señalado a los peritos para dictaminar sobre regulación de perjuicios a que fue condenada la Nación, a virtud de la demanda de Ana Josefa Pulido de Cortés y sus hijos. Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna . 584

Se confirma la sentencia del Tribunal de Bogotá dictada en el juicio ordinario instaurado contra la Nación por la Casa Electro-Entreprise, de París, sobre pago de perjuicios por no haberse perfeccionado un contrato. Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna 585

Se confirma la sentencia del Tribunal de Medellín que reconoce una pensión de jubilación por servicios como empleado civil a Arturo Alviar R., con la aclaración de que esta clase de pensiones deben pagarse desde la fecha de la presentación de la demanda. Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 307

Se niega la repusición del auto dictado por la Sala el 12 de marzo de 1935, confirmatorio del que dictó el Tribunal de Santa Marta el 28 de agosto de 1934, comisionando

INDICE

Pág.

al Juez del Circuito de San Juan de Córdoba para practicar la diligencia de apeo en el juicio de deslinde de "El Bongo", de propiedad nacional, y de "Santa Ana", pertenecientes a la Magdalena Fruit Company. Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 608

Se absuelve a la Nación de los cargos de la demanda instaurada por el Dr. Miguel S. Uribe Holguín como apoderado de algunos ex socios de la compañía Cortissoz, Correa & Cía., sobre la nulidad de un juicio, para que se declare extinguida una prenda constituída en un contrato administrativo y para que se devuelvan a los demandantes unas sumas de dinero. Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna 610

Se declaran no probadas las excepciones propuestas por el apoderado del señor José María Mejía en el juicio ejecutivo que le adelanta la Nación por conducto del Recaudador del impuesto sobre la renta. Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 627

Se confirma la sentencia dictada y consultada por el Tribunal de Medellín en la demanda contra la Nación, instaurada por Miguel González G., para que se le pague una pensión por servicios públicos. Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna..... 630

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

Se declara nulo lo actuado en el juicio ejecutivo seguido por la Nación contra Miguel Jerónimo Canal e Isidoro Guerrero, como deudores principales, y Ricardo Tirado Macías, como fiador, por la devolución de unas sumas de dinero. Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo ... 633

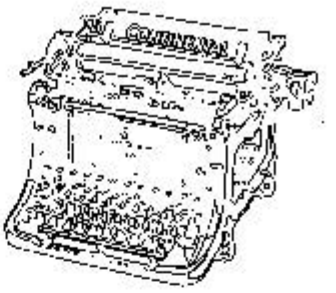
Se niega la solicitud de aclaración de la sentencia dictada en el juicio ordinario de Elvira Yanguas contra Ricardo Yanguas. Magistrado ponente, Dr. Juan Francisco Mújica 638

ADVERTENCIA IMPORTANTE

Con el presente número doble termina el tomo XLII de la GACETA JUDICIAL. El número 1,903 estará destinado a Indice y Jurisprudencia de este tomo. En consecuencia, con el número 1,904 empezará el tomo XLIII.



Ventajas DE LA Máquina 11-936



Continental

1. Metales inoxidables, cromados. 2. Seis espacios interlineales (renglones) distintos entre sí, en lugar de tres que tienen otras máquinas (exclusiva). 3. Presilla para poder escribir sobre el borde inferior del papel sin que éste pierda su posición correcta. 4. Rodillo de caucho y pizarra, imperforable que dura el triple de los de caucho solo. 5. Producción de tres a cinco copias más, con papel carbón, debido al rodillo mencionado. 6. Funcionamiento de la cinta ligado sólo al movimiento de los tipos, no al del carro ni al de la barra espaciadora. Esto implica un entintado siempre uniforme y mayor duración de la cinta (exclusiva). 7. Tabulador, decimal o no, cuya fijación y supresión de topes se hace individual o colectivamente desde el frente de la máquina, mediante teclas suaves y cómodas. 8. Carro frenado para evitar los golpes destructores al trabajar con el tabulador. 9. Marginales al frente, fáciles de fijar. 10. Principio de párrafo automático (exclusiva). 11. Cuarenta y cinco teclas y noventa signos. De dos a cuatro más que otras máquinas (exclusiva). 12. Botón especial para cerrar secretamente el teclado e impedir el uso de la máquina (exclusiva). 13. Botón especial para neutralizar el funcionamiento de la cinta. 14. Funcionamiento del carro sin desconexión de la cremallera, cosa que evita el choque de dientes contra dientes y, por tanto, el desgaste prematuro del mecanismo fundamental (exclusiva). 15. Carro desmontable sin tocar un tornillo, cosa que facilita la limpieza de la máquina a cualquiera persona inexperta (exclusiva). 16. Tipos desmontables en la forma antes mencionada y para facilitar intercambio, reparación o limpieza (exclusiva). 17. Rodillo desmontable. 18. Varilla graduada para sujetar el papel, en vez de las tradicionales presillas, que siempre se interponen para dañar los tipos o romperse contra el guía-tipos. 19. Botón especial para liberar el papel, hacer correcciones y volver a coger la alineación del escrito con precisión matemática (exclusiva). 20. Materiales de la más fina calidad, acero de temple especial, invulnerable ante las limas comerciales corrientes (exclusiva). 21. Varilla graduada para indicar la terminación del papel y facilitar la lectura (exclusiva).

Pida una demostración práctica a la

LIBRERIA VOLUNTAD, S. A.

CALLE 12, NUMERO 7-72. — BOGOTA

TELEFONO NUMERO 83-83

Para los Abogados

un sistema en su oficina

Cada asunto y cada cliente pueden precisarse en un minuto

Los libros de registro ACME, de tarjetas visibles, son los más valiosos para los bufetes de abogado.

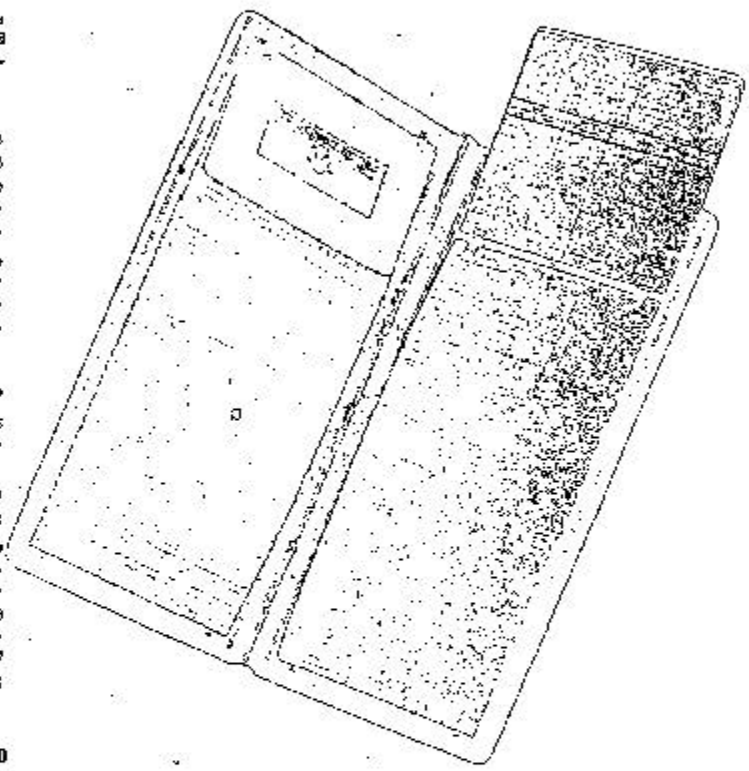
En cualquier minuto se puede encontrar dentro de un sistema visible, el estado en que se halla cada asunto en el Juzgado o fuera de él, la situación de cada negocio, los detalles y cuentas de cada cliente y en fin, todo lo que la memoria no puede guardar cada vez que el abogado se sienta en su escritorio.

Los "Libros de Tarjetas Acme" que es el último sistema en los Estados Unidos, es usado por miles de comerciantes, industriales y profesionales, cada uno con sus tarjetas de rayado especial para cada necesidad, cada profesión o cada negocio. Contiene todas las características valiosas de control, siempre a la vista. El "libro con sus varillas y visagras sólo vale $20.00" y sirve para 100 clientes y 100 asuntos

Puede usted llamar al teléfono 77-89 y concurrirá a su bufete un demostrador con el libro para dar a usted toda clase de detalles.

No puede faltar en la oficina de un abogado, pues le mantiene el orden y le proporciona los casos.

Tenemos además toda clase de muebles de acero: ARCHIVADORES, ESCRITORIOS, SILLAS CALCULADORAS, ESTANTERIA. (MAS ECONOMICAS QUE LA DE MADERA)



AGENTES EN COLOMBIA:

ARTURO MANRIQUE

BOGOTA.

Apartado postal 352—Apartado aéreo 2638

Oficinas: Calle 13 Nº 11-19 (Edificio MUNDO AL DIA)

El libro con sus varillas y visagras solo vale $ 20.00
y sirve para 100 clientes y 100 asuntos

DERECHO DE LOS HIJOS NATURALES

(Ley 45 de 1936)

Próximamente será publicado un extenso estudio sobre la materia por

GUSTAVO A. VALBUENA,

Autor del proyecto de ley y de la exposición de motivos.

CONTIENE:

I.—Texto de la Ley.
II.—Explicación, análisis e historia de ella.
III.—Exposición de motivos al proyecto.
IV.—Informes de las Comisiones de ambas Cámaras.
V.—Informes de los Ministros del Despacho, antes de la sanción ejecutiva.

Prólogo del Dr. LUIS F. LATORRE U.

Para pedidos, dirigirse al Autor.—Apartado 2637.—Bogotá.

Gaceta Judicial

En virtud del contrato celebrado entre el Ministerio de Gobierno y la Empresa Editorial "MUNDO AL DIA", la "Gaceta Judicial", ha principiado a editarse en aquella Empresa a partir del número 1888 en adelante. Los suscriptores oficiales pueden entenderse con la Relatoría de la Corte Suprema de Justicia y los particulares con "MUNDO AL DIA" para todo lo relacionado con suscripciones y anuncios en dicha publicación.

Precio de la suscripción de 12 números $ 0.50

Constitución y Código de Colombia

Por Eduardo Rodríguez Piñeros

ACABA DE SALIR

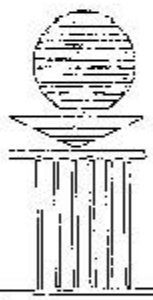
la 3ª edición.—Contenido: Constitución Nacional, Códigos: Civil, Judicial, Penal, de Comercio, Terrestre, Marítimo, de Minas, Político y Municipal.

PRECIO: $ 10,00. — Por correo, $ 10,50.

LIBRERIA AMERICANA

Concha y Michelsen

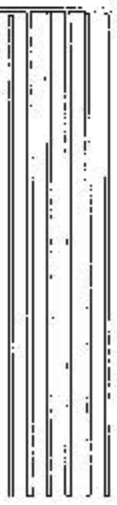
Bogotá: Calle 12, N° 502.—Apartado 223. Por telégrafo, "Jovico".



ESTUDIANTES Y PROFESIONALES

SI QUIEREN UDS. HACER CARRERA VAYAN A LA

Librería Jurídica



Pregunten por textos, obras de consulta y sus precios.
Calle 14 (del Rosario), número 8-77.
Teléfono, 15-17.

DERECHO CIVIL, por Planiol y Ripert.
" " " Josserand.
" " " René Demogue.
" " " Henri y León Mazeaud.
" " " Geny.
" " " Bonnecasse.
" " " Oertmann.

Y OTRAS OBRAS POR LOS AUTORES MAS MODERNOS

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia.

TOMO XLII — BOGOTA, DICIEMBRE DE 1936. — NUMERO 1903.

JURISPRUDENCIA RAZONADA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

EXTRACTO DE LAS DOCTRINAS CONTENIDAS EN EL TOMO XL

POR

JULIAN MOTTA SALAS

RELATOR DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

REPUBLICA DE COLOMBIA — BIBLIOTECA — CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Págs.

A

- Nº 1 -

ABANDONO DEL DESTINO

Cierto Juez no concurrió un día a su oficina, por lo cual algún malquiriente le denunció por abandono del destino.

"En sentir de la Sala, lo que ocurre es que no aparece acreditado el cuerpo del delito de abandono del puesto que se imputa al doctor Arroyave, Juez del Circuito de Remedios, consistente en la irregularidad de haber dejado de concurrir a su despacho el sábado 8 de agosto de 1931. Como lo anota el Tribunal de Medellín, la Corte tuvo en 1926 un caso semejante con respecto al Juez del Circuito de Moniquirá (GACETA, XXXIII, página 346). Entonces se sobreseyó definitivamente a favor del Juez por la imputación de abandono del puesto, acogiendo el concepto del señor Procurador que en seguida se copia: 'El abandono del destino, o sea el desprecio y dejación de los deberes que él impone al empleado público, supone en éste intención dolosa, es decir, advertencia y conocimiento de que va a producirse un daño a la causa pública o a tercero determinado con la separación más o menos larga de la oficina a su cargo. Pero cuando no existe esa intención y la ausencia es tan corta que con ella no se perjudique a la sociedad ni al individuo, no puede decirse que se hayan reunido los elementos constitutivos del hecho punible que la ley denomina abandono del destino.... La ley no exige que los Magistrados y Jueces estén todo el día en sus oficinas; sólo les pide que trabajen las horas necesarias para tener el despacho al corriente, es decir, sin demoras en los negocios a su cargo. Y siendo esto así, no es jurídico ni justo ver un delito donde sólo hay una irregularidad censurable". (1). (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, XLII, Nos. 1901 y 1902, febrero 21 de 1936)..... 516, 2ª, y 517, 1ª y 2ª

ABUSO DEL DERECHO

- Nº 2 -

La sociedad denominada Electro-Entreprise, que demandó a la Nación sobre pago de perjuicios por no haber perfeccionado con ella un con-

(1) Concuerda la doctrina expuesta en el número 1o. de la Jurisprudencia de los Tribunales.

Páginas

trato sobre construcción de una red telefónica, invocó la teoría del abuso del derecho, haciéndola consistir en que la Administración retardó el ejercicio de ese derecho, con perjuicio para la sociedad.

"Para ver si la expresada teoría es aplicable de conformidad con nuestra legislación, es conveniente analizar lo que se entiende por ella. Tiene por fundamento la consideración de que el derecho es una función que debe ejercerse para el cumplimiento del fin social y sobre bases de estricta justicia, o sea, sin traspasar los límites de la moral; porque —como dicen los tratadistas de esta teoría— 'no se conforma el derecho con el ejercicio de las facultades que con arreglo a las normas nos corresponden; exige que las mismas sean ejercidas, no sólo sin perjuicio de los demás, del todo social, sino también con la intención de no dañar, con un fin lícito, justo y moral simultáneamente'. Sobre estos conceptos se ha planteado, teóricamente apenas, si el uso de un derecho, dentro de su normalidad objetiva, pero sin fin lícito o con fin malicioso, podrá y deberá ser protegido por el derecho objetivo, problema que se trata de resolver con la doctrina mencionada, cuya causa determinante se ha pretendido fijar con dos criterios: el primero, que la basa sobre la apreciación de la intención de perjudicar al ejercerse el derecho. Los defensores de este aspecto de la doctrina se colocan en un plano puramente subjetivo, juzgando abusivo el ejercicio del derecho cuando el móvil del agente se reduce a la intención de hacer daño. El segundo criterio la hace fundar en la falta de interés serio y legítimo, o sea apartamiento del fin económico y social, en un ejercicio ANORMAL del derecho. Sus partidarios consideran ilícito el acto realizado sin interés importante y genuino por parte del actuante, y cuyo efecto sólo puede ser el perjudicar a otro. Esas dos tendencias han sido conciliadas por otros autores, quienes, reuniéndolas en una sola teoría, consideran que para que exista el abuso del derecho es preciso intención de dañar y falta de un fin útil'. Planiol rechaza la teoría del abuso del derecho en estos términos: 'La fórmula de esta doctrina es una logomaquia, porque si yo uso de mi derecho mi acto es lícito, y cuando él sea ilícito es que yo he traspasado de mi derecho, INJURIA, como dice la ley Aquilia. Puede haber abuso en la conducta de los hombres; mas esto no ocurre cuando ellos ejercen sus derechos, sino cuando los traspasan. El uso cesa cuando el abuso comienza, y un mismo acto no puede ser a la vez acto conforme y acto contrario al derecho'. Nuestra legislación positiva no ha tomado posición alguna ante este problema, pues no hay precepto legal que a él se refiera. El artículo 2341 del Código Civil dice: 'El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido'. Según esa disposición se exigen dos condiciones para que surja la responsabilidad civil: 1ª Una acción u omisión (delictuosa o culpable); 2ª Daño a otro. Si por la existencia del abuso del derecho se precisan, según el criterio de los autores (Calvo Sotelo: EL ABUSO DEL DERECHO), como requisitos, las siguientes circunstancias: '1ª Uso de un derecho; 2ª Daño económico inferido a un interés; 3ª Inmoralidad o antisocialidad de ese daño'; las diferencias con la disposición transcrita no pueden ser más claras, porque para la aplicación del artículo 2341 es necesaria la existencia de cualquier clase de culpa o negligencia, y es evidente que éstas no existen cuando se ejercita un derecho, porque la parte actuante o descuidada queda fuera de las condiciones que impone el citado artículo, ya que los actos u omisiones originarios de responsabilidad civil que conforme a esa disposición dan lugar a la obligación de reparar el daño no pueden ser otros que aquellos en que ha habido culpa o negligencia, y no los que se hayan verificado u omitido utilizando un derecho. De modo que para considerar aplicable el mencionado artículo habría que establecer una con-

Páginas

clusión errónea, como es la de que puede haber culpa en el ejercicio de un derecho. Y esto no puede ser, porque el acto abusivo no encierra en sí culpa ni negligencia en el significado clásico de estos términos; lo único que implica es un impulso poco moral en el obrar del actuante, que se puede estimar como un derecho que quiere salirse de su órbita, o mejor, como un derecho aparente, puesto que es natural que no deba existir derecho en oposición a la moral social y sin causa legítima. Pero si el fin que persigue el actuante es sólo el de perjudicar a otro o dañar un interés, no ejercita el fin legítimo para el cual el derecho subjetivo existe. El derecho sólo puede existir para satisfacer necesidades justas, legítimas y racionales. Por esto hay que aceptar que nadie puede tener una facultad emanada de la norma, del derecho objetivo, cuya finalidad no sólo sea estéril para el bien propio, sino dañosa para los demás o para el fin social; y si alguno obrase de esta manera, tendría que considerarse su conducta como señaladamente abusiva, y, en consecuencia, en ese caso habría que admitir los principios en que descansa la teoría del abuso del derecho, no con base en el precepto legal copiado, sino en principios de equidad, porque sería absurdo jurídico autorizar el abuso y exceso en el ejercicio del derecho cuando no favorece al sujeto de él y perjudica a los demás o al fin social. Es, con todo, muy pertinente, citar lo que el tratadista Fernández de Velasco consigna, después de analizar la cláusula REBUS SIC STANTIBUS, sobre la teoría del abuso del derecho aplicada a los asuntos administrativos: 'Cosa análoga sucede —dice —con la aplicación de la doctrina del ABUSO DEL DERECHO. Como la cláusula REBUS SIC STANTIBUS, su apreciación es jurisdiccional, y solamente en el campo contractual y en el aspecto del riesgo imprevisible puede nacer en tanto se hayan alterado esencialmente las circunstancias de un contrato. Es verdad que SUMMUM JUS, SUMMA INJURIA, adagio que puede justificar el deber de compensar el

Págs.

riesgo, pero la facultad judicial de apreciación ha de estar en las leyes. Si no consta en éstas, el criterio del abuso del derecho no podrá recibir aplicación'. Esto tiene su fundamento en que tratándose de una limitación en el ejercicio de los derechos, de donde surge una doctrina de índole SUBJETIVA, o SUBJETIVO-OBJETIVA, pero de ningún modo exclusivamente OBJETIVA, para hacerla eficaz es necesario que se invista al Juez de facultades suficientes para apreciarla y aplicarla. El gobierno, en el presente caso, no sólo no ejerció su poder con abuso y exceso al abstenerse de aprobar el contrato, sino que apenas obró dentro de las normas legales". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLII, Nos. 1901 y 1902, septiembre 6 de 1935) ..... 601, 2ª, y 602, 1ª y 2ª

ACCIDENTE FERROVIARIO

- Nº 3 -

En un juicio ante el Poder Judicial sobre pago de los perjuicios causados por un accidente ferroviario, opuso el Procurador la excepción de petición antes de tiempo o de un modo indebido, la cual basaba en que, de acuerdo con el artículo 27 de la ley 76 de 1920, debió iniciarse antes la acción administrativa ante el Ministerio de Obras Públicas.

"El artículo 27 de la ley 76 de 1920, dice así: '.....La disposición transcrita contiene una obligación para la primera autoridad política del lugar, que es la de levantar una información sumaria de lo acaecido y remitirla al Ministerio de Obras Públicas. Pero este procedimiento no puede perjudicar la acción de los ciudadanos de ocurrir al Poder Judicial en demanda de sus derechos; por el contrario, la disposición mencionada deja a salvo de manera expresa 'los derechos de las partes para recurrir al Poder Judicial'. La vía administrativa indudablemente se concede como un medio más rápido y más expedito para obtener el cumplimiento de ciertas obligaciones; pero ella no puede perjudicar

Págs.

el derecho de los ciudadanos para intentar las acciones civiles que crean tener para hacer aquéllas efectivas". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLII, Nos. 1901 y 1902, febrero 22 de 1936) 559, 2ª

ACCION DE SIMULACION

- Nº 4 -

Santiago Sardi G. demandó a Aurelio Sardi G. y a los herederos de Emilio Sardi G. para que se declarase nulo por simulación el contrato de compraventa que Emilio y aquél celebraron con Otilia Garcés, viuda de Sardi, la cual les vendió, según el demandante, simuladamente, una casa que también fue perseguida por el actor en acción de reivindicación para la sucesión de la vendedora. En demanda de reconvención pidieron los demandados que fuese condenado el actor a la restitución de un aposento que éste había ocupado en la misma casa en su carácter de hijo de familia. Fallada la acción principal y la de restitución desfavorablemente al actor, éste intentó casación contra la sentencia del Tribunal de Cali y la Corte, por primera vez en Colombia, sentó la doctrina de que la simulación no es causa de nulidad, interpretando así el texto del artículo 1766 del Código Civil y siguiendo la doctrina de los más modernos comentadores de Derecho Civil, en los siguientes pasos de su sentencia en que hubo de casar la del Tribunal por motivos distintos a los contemplados por éste y, especialmente, por que confundió la acción de nulidad con la de simulación:

"Quien pretende reclamar la actividad de una función judicial debe cumplir, reunir o aportar, según sea el caso, determinados elementos y ciertas condiciones. So pena de que si no se dan éstas, el proceso no existe o puede evitarse que exista. Y sin que comparezcan aquéllos, el proceso no es viable o puede evitarse que viva. Las aludidas condiciones no son siempre de número y naturaleza idénticos para todas las demandas. Ellas están condicionadas por la clase de los pleitos. En el caso actual son tres las condiciones formales que deben reunirse, a fin de que la demanda pueda ser estimada en la sentencia, a saber: 1ª La invocación de la existencia de un derecho en abstracto. Santiago Sardi afirma la existencia en el patrimonio de Otilia Garcés v. de Sardi —y por consiguiente en la sucesión de ella— del derecho de dominio porque el acto de su enajenación fue sólo sobre la casa vendida, porque el acto de su enajenación fue sólo aparente o ficticio. 2ª La titularidad tanto del demandante como del adversario a quien se provoca. O, en otras palabras, que la acción incoada sea procedente desde el doble punto de vista activo y pasivo. La acción debe ejercitarse por aquel que legítimamente puede hacerlo contra quien legalmente es responsable. La titularidad de Santiago Sardi no aparece de una vez suficientemente clara, debido a que nuestro legislador adoptó para la comunidad el sistema romano, hoy poco racional y científico, según el cual la propiedad es al mismo tiempo plural e individual, dado que una misma cosa pertenece a varias personas y figura fragmentariamente en diversos patrimonios. Cuando murió Otilia Garcés v. de Sardi, sus herederos fueron los continuadores de ella en la medida de la vocación hereditaria de cada uno y por la cuota-parte correspondiente a cada vocación. Al deferirse esa herencia, entre los herederos se estableció, por voluntad de la ley, el régimen de la indivisión. En nuestro derecho civil aparece constituido ese régimen sobre el tipo de la propiedad singular. Ello produce el efecto de diferenciar el derecho de herencia representado en su contenido por la cuota-parte abstracta o ideal, de las cosas mismas sobre que recae ese derecho. Existe por lo tanto en la comunidad una derogación al postulado de la incorporación del derecho de propiedad en la cosa. Como puede observarse por el contexto de los artículos 2323, 2442 y 1868 del Código Civil, el derecho del copropietario no está aferrado a la cosa, es como una entidad jurídica abstracta. Por consiguiente, en la indivi-

Págs.

Págs.

sión herencial, aquella cuota-parte, que es el contenido abstracto o ideal del derecho de herencia, pertenece exclusivamente a cada uno de los coherederos. El coheredero, con independencia de los otros, puede cederla a cualquier título, reivindicarla contra terceros, etc., salvo, eso sí, la suerte de los actos ejecutados, según las resultas de la partición. En cuanto a los mismos bienes relictos, sobre que versa el derecho hereditario, no es posible reconocer los atributos de una propiedad exclusiva. Por eso, ninguno de los coherederos puede pretender que su derecho recae, con exclusión de los otros, sobre una cosa determinada de las que componen el haber común. El derecho de dominio sobre la cosa es, a consecuencia de lo aseverado por el demandante, uno de los elementos que componen el acervo de Otilia Garcés v. de Sardi, o, en otras palabras, esa propiedad forma parte del caudal mismo de los bienes relictos. Las acciones que sancionan aquel derecho de dominio inhieren a él y lo siguen en todos sus destinos, por cuyo motivo también forman parte integrante de la misma masa de bienes. La consecuencia de ello, para el caso actual, estriba en que Santiago Sardi tiene el poder de ejercitar aquellas acciones para la sucesión y como heredero, sin embargo de no pertenecer ellas de manera determinada a su patrimonio, de carecer él de manera exclusiva de la herencia y de que no se deroga el principio según el cual la acción se consuma y se extingue por su ejercicio procesal completo. En virtud de lo dicho aparece patente la imposibilidad jurídica de que la sucesión de Otilia Garcés v. de Sardi, representada por sus otros herederos, sea demandada. El titular de la acción que ejercita el demandante no puede figurar al mismo tiempo como el adversario a quien se provoca. Por el aspecto pasivo es mucho más clara la titularidad de los demandados por ser los legítimos responsables. Aurelio Sardi y Soledad Garcés v. de Sardi son los obligados, porque en sus patrimonios figura el derecho de dominio que el demandante pretende

Págs.

invalidar. Santiago Sardi afirma que la mitad de este derecho se radicó en cabeza de la viuda de Emilio Sardi, a causa de la adjudicación hecha a ella en el juicio de sucesión de su esposo. El efecto retroactivo de la partición hace improcedente la demanda contra los demás causahabientes de Emilio Sardi. Sólo, pues, contra éstos cabe la excepción perentoria, decretada, de petición de un modo indebido. 3º El interés para obrar. Según el aforismo de que el interés es la medida de las acciones judiciales, consiste el de Santiago Sardi en el daño que sufre con la disminución del volumen de los bienes relictos, porque en la cuota-parte de su derecho hereditario cabría menos cosas cuando la partición. Como se ve, el Tribunal no tuvo en cuenta que la acción es inescindible del derecho a que inhiere, cualquiera que sea la vida procesal que a la realización de aquélla venga impuesta; atribuyó a la titularidad el hecho extraño a ésta de que el demandante no hubiera intervenido en los contratos, materia del pleito, y no explicó el interés jurídico de Santiago Sardi. De ahí que el Tribunal violó los artículos invocados por el recurrente, porque incurrió en error de derecho en la apreciación de la demanda. El Tribunal violó igualmente la ley sustantiva, a causa de las razones que luégo se expondrán, porque incurrió en error de derecho cuando valoró la prueba testimonial encaminada a establecer la posesión, por parte de Santiago Sardi, del aposento que él ocupó en la casa habitada por su madre. Es necesario, por consiguiente, casar la sentencia y proceder a fallar en el fondo las cuestiones controvertidas. SENTENCIA DE INSTANCIA.—Santiago Sardi pide que se declare la nulidad absoluta del contrato celebrado entre Otilia Garcés viuda de Sardi, Aurelio y Emilio Sardi, 'por causa de simulación y por falta de consentimiento', debido a que 'hubo carencia de objeto y de causa en las obligaciones y derechos de las partes contratantes'. La compraventa por el simple hecho de su completa simulación no sería nula sino inexistente. En efecto. La

Pág. Pág.

ley sanciona de diferente manera los actos jurídicos que no reúnen las condiciones requeridas para su validez, a causa de que son distintas las irregularidades que pueden ocurrir al respecto. Es innegable que no es lo mismo un acto jurídico al cual falta la causa y el objeto, que aquél cuyo objeto y causa son ilícitos. En el primer caso, ese acto que carece de dos elementos esenciales, al cual faltan dos órganos vitales, no responde a su definición genérica dada por la ley. En el segundo caso, el acto jurídico se halla provisto, sin lugar a duda, de todos sus órganos constitutivos, responde, pues, a su definición legal, pero para su validez tropieza con el obstáculo decisivo que le oponen las normas de orden público. La circunstancia de que en el Código Civil se coloque en la misma línea al hecho imposible que al ilícito, a la causa irreal que a la ilícita, como se puede observar en los artículos 1518, inciso 3°; 1151, 1532, 1537 y 1524, sólo significa que tanto la existencia del objeto y de la causa, como la exigencia de que ambos elementos sean lícitos, son condiciones esenciales para la eficacia del acto jurídico, pero en manera alguna puede inferirse de ello que nuestra ley confunda esos dos distintos órdenes de irregularidades para sancionarlos de manera idéntica. Demuestra lo dicho el artículo 1741 del Código Civil, porque sólo sanciona con la nulidad absoluta la falta de consentimiento en el acto jurídico. En el supuesto de la absoluta simulación de esta compraventa, no habría falta de consentimiento, porque precisamente lo ficticio en el acto jurídico aparente no se concibe como resultado de la voluntad de los contratantes, manifestada de consuno en dos direcciones opuestas. Además, la completa falta de consentimiento, según el artículo 1504, no es propia sino de los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. La simulación, de acuerdo con la doctrina contemporánea del derecho, es de cuatro grados, a saber: a) La absoluta, ficticia o completa, en donde el acto oculto destruye totalmente el efecto del ostensible. En la intención real de las partes, ninguna modificación jurídica se realiza por virtud del acto aparente; b) El acto oculto cambia la naturaleza jurídica del ostensible, pero no para destruír su efecto; c) El acto ostensible aparece realizado por un testaferro con el objeto de ocultar a los verdaderos titulares del negocio jurídico. La identidad de ambas o de una de las partes se disimula con la interposición de personas; y d) Por último, en el acto ostensible, las partes disfrazan o encubren no ya la naturaleza verdadera de la operación, sino una parte de sus condiciones o cláusulas. De estos grados, para el caso que se analiza, no son pertinentes sino los primeros. La simulación de los contratos supone siempre dos convenciones coexistentes, y total o parcialmente contradictorias entre sí, la una ostensible y la otra oculta o secreta. El artículo 1766 del Código Civil, implícitamente excluye la nulidad en la simulación, al permitir que el acto secreto produzca efecto entre quienes lo concluyeron, de modo que este acto es ley de las partes conforme al artículo 1602, y el ostensible, por voluntad de ellas, carece de valor. Este principio se aplica también a Santiago Sardi, porque en virtud del artículo 1155 del Código Civil, ocupa el lugar de Otilia Garcés v. de Sardi. Debiera ser innecesario añadir que si el acto simulado tiene tanto valor como el que no lo es, tampoco goza de mayores ventajas. Si la mentira no es causa de nulidad, no por eso puede convertirse en fuente de privilegios para quienes la ejecutan. Por consiguiente, si el pacto oculto o secreto presenta otro vicio distinto del de su simulación, puede llegar a ser considerado como nulo. No es materia de este fallo la posición de los terceros, respecto de la simulación, por cuyo motivo no es el caso de analizarla. Entre las partes, de conformidad con el artículo 1737 del Código Civil, no es admisible la prueba de testigos contra el acto aparente de la compraventa, porque éste constó por escrito. La Corte considera que Santiago Sardi ha ejer-

Págs.

citado la acción de simulación, aun cuando la llamó de nulidad, porque el error en la denominación de la acción no cambia la naturaleza jurídica de ésta, ni implica, por consiguiente, un cambio de acción. Este error es tanto más explicable cuanto que nuestra jurisprudencia había adoptado la misma sanción para el acto inexistente que para el acto ilícito, o sea la nulidad absoluta. No aparece suficientemente explícito en el libelo si el demandante, en su calidad de heredero, pretende acogerse al principio, ya dicho, de que el acto ostensible, por voluntad de las partes, carece de efecto para ellas y fue la intención real y secreta de los contratantes que el bien raíz permaneciera en el patrimonio de Otilia Garcés v. de Sardi; o si, por el contrario, Santiago Sardi atribuye a ellos en el acto secreto, un motivo doloso e ilícito encaminado a ocasionarle un daño en su condición de causahabiente a título universal. Lo segundo se infiere de lo siguiente: De acuerdo con los hechos 6º y 18 del libelo y de lo aseverado en su alegato de conclusión (cuaderno 1º, folio 134), para el demandante, el motivo determinante de la simulación, el revelador del fin de ella y el que la acondicionó, fue el de sustraer los bienes a la sucesión de Otilia Garcés v. de Sardi cuando muriera. En este evento, la simulación de la compraventa no sería absoluta sino relativa, porque para poder realizar aquel fin se necesitaría la intención real por parte de Otilia Garcés v. de Sardi de transferir el dominio de la casa y por parte de Emilio y de Aurelio Sardi de adquirirlo. En cualquiera de las dos hipótesis contempladas, sea cual fuere, absoluta o relativa, la simulación, es lo cierto que no puede existir cambio de acción cuando se demanda aquélla en un grado y en el curso del juicio aparece probada en otro. Dada la forma como demandó el actor, éste está obligado a establecer el contenido verdadero de la relación jurídica creada por los contratantes y a probar también, en la segunda de las hipótesis contempladas, que esa relación no reúne todas las condiciones requeridas para su validez.

Págs.

Pero en este último caso, y para los efectos de la prueba, al heredero se le consideraría como tercero. Santiago Sardi no determinó en qué consistía el dolo y la ilicitud. Sustraer el bien raíz a la sucesión de Otilia Garcés v. de Sardi cuando muriera, para que quedara en el patrimonio de dos de los herederos de ella, no constituye por sí mismo un hecho doloso e ilícito; porque la DE CUJUS hubiera podido disponer a su arbitrio de la cuarta parte de sus bienes, y en favor de determinados descendientes legítimos suyos de la otra cuarta parte. Y según el artículo 1245 del Código Civil, habría sólo lugar, por menoscabo de la legítima rigurosa, a la restitución del exceso. Santiago Sardi tampoco alegó ni probó ninguna de estas circunstancias. De las posiciones de idénticos cuadros que en ambas instancias absolvió Aurelio Sardi, no aparece la confesión de simulación. La prueba intrínseca de la simulación, invocada por el demandante y que debe aparecer del tenor mismo de las cláusulas 1ª, 3ª, 5ª y 6ª de la escritura número 353, no es suficiente. Es principio universalmente admitido que, entre las partes, la prueba de la simulación debe ser de un grado especialmente convincente. El hecho de que en 1904 se hubiera omitido por los contratantes la solemnidad esencial al perfeccionamiento de la compraventa del inmueble, no basta para que el acto llevado a cabo por las partes en ese año, diera nacimiento a los derechos conocidos en la doctrina moderna con el nombre de eventuales, derechos que por razón de su naturaleza no prescriben y se convierten en verdaderos o actuales, sin efecto retroactivo alguno, tan pronto como se realice el acontecimiento constitutivo del elemento esencial que les faltaba, sin el cual la existencia del derecho no eventual sería inconcebible. Acontecimiento que aquí consistió en el otorgamiento de la escritura pública constitutiva del requisito esencial exigido en el artículo 1857 del Código Civil. El artículo 854 del Código Civil dispone que al usufructuario corresponden las expensas ordinarias de conservación de la cosa.

Págs.

De las declaraciones aducidas por el demandante aparece que los gastos hechos por Otilia Garcés v. de Sardi en la casa cuyo usufructo se reservó, no fueron para obras o refacciones mayores. El cumplimiento, pues, por parte de ella de esa obligación, contribuye a robustecer la veracidad del contrato de compraventa. En su alegato de conclusión, dice el demandante que Otilia Garcés v. de Sardi vivió durante toda su vida en la casa vendida (cuaderno 1º, folio 130, vuelto), y este hecho, que él negó al contestar la contrademanda, está corroborado por los cuatro testimonios que figuran a folios 27 y 22 del cuaderno 2, 10 y 11 vuelto del cuaderno 4. El aposento ocupado por Santiago Sardi forma parte de aquella casa. La familia es una institución jurídica que defectuosamente, en los Títulos 4º a 20 del Libro I, reglamenta nuestro Código Civil. Una de las expresiones materiales de la familia es la convivencia bajo un mismo techo del grupo, para este caso, compuesto por los padres y los hijos. Santiago Sardi es hijo de Otilia Garcés v. de Sardi y vivió en la casa por ella habitada. De acuerdo con el artículo 775 del Código Civil, se estima precaria la posesión por parte del hijo de la pieza que ocupa en la casa de sus padres. El poseedor precario no puede cambiar su título, o sea interpretarlo, sino por el hecho de un tercero o porque contradiga el derecho del propietario oponiéndole su posesión. No es suficiente para cambiar la causa de la posesión, la simple manifestación que al respecto haga el interesado de que su ánimo ha sido el de poseer como dueño. Por lo tanto, la circunstancia demostrada en autos de que Santiago Sardi amobló a sus expensas la pieza que detentaba en la casa de su madre, enlució sus paredes e instaló allí servicios sanitarios, no establece la interversión de su título precario. Santiago Sardi continúa en posición precaria porque no probó su desvinculación, durante treinta años, del grupo familiar del cual era miembro, ni contradijo al derecho del propietario, ni demostró interversión de título proveniente de un tercero.

Págs.

Con cualquiera de estas dos últimas ocurrencias añadida a la primera, el demandante hubiera podido justificar el cambio de ánimo y convertirlo en el de verdadero poseedor a fin de poder prescribir. Con motivo de la muerte de Otilia Garcés v. de Sardi se disolvió ese grupo familiar. Cesó, consecuencialmente, para Santiago Sardi su derecho como poseedor precario en virtud de la extinción del usufructo que sobre la casa vendida se había reservado la DE CUJUS. Por lo tanto, desde el 14 de enero de 1928, Santiago Sardi ha debido restituir. Dados los hechos de la demanda de reconvención, especialmente el 9º, la petición 6ª del libelo, los conceptos que emplearon los contrademandantes al exponer el derecho fundamental de la reconvención —puntos a), b), c) y d) de la contrademanda— en donde ellos califican de ocupación, de detención arbitraria, de retención inmotivada la situación de Santiago Sardi en la pieza, es clara para la Corte la acción ejercitada en la reconvención como de restitución de tenencia a favor del dueño. Esta acción puede hacerse valer por los trámites de un juicio ordinario, no obstante que en ciertas circunstancias de tiempo y de hecho, habitualmente se realice por medio de otras normas rituarias. A Aurelio Sardi y Soledad Garcés v. de Sardi, en su calidad de dueños, acceden los frutos de la cosa detentada por Santiago Sardi, a partir del 13 de enero de 1928, día en que los derechos de uso y usufructo se consolidaron con el de la nuda propiedad sobre la casa. El artículo 480 del Código Judicial es aplicable para remitir a las partes a que determinen la cuantía o valor de habitación de la pieza cuya restitución se decreta, y para determinar a cuánto asciende, se partirá desde el 14 de enero de 1928 hasta el día en que se verifique la entrega del aposento. A su turno Santiago Sardi tiene derecho a que los dueños de la casa le paguen las mejoras útiles y necesarias que hizo antes del 14 de enero de 1928 en el aposento ocupado por él y que subsistan el día de su entrega. De los perjuicios alegados por los contra-

Págs.

demandantes no están probados ni se echan de ver otros diferentes a los dichos". (Casación, XLII, Nº 1899, julio 27 de 1935). (1)..... 335, 1ª y 2ª, 336, 1ª y 2ª, 337, 1ª y 2ª, 338, 1ª y 2ª

Págs.

(1) La doctrina conforme a la cual la simulación no es causa de nulidad, rectifica toda la jurisprudencia constante que había venido sentando la Corte anteriormente, como puede verse en las doctrinas que contienen los números 3799, 3803, 3806, 3807, 3812, tomo 1o., **Jurisprudencia de la Corte**, 1610, 2405, tomo 2o., 3762, 3744, 3775, 3780, tomo 3o. Pasado un año después de proferida por la Corte la sentencia cuya parte principal se ha transcrito, se conoció en ella la de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de fecha 12 de junio de 1935, publicada en el número doble, correspondiente a los meses de mayo y junio del presente año, de la **Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales** de Santiago de Chile, en la cual sentó esa Corte la misma doctrina en estos términos: «2o. Que la simulación, no mediando perjuicio de terceros, es perfectamente lícita en nuestro derecho, y así vemos que el artículo 1707 del Código Civil da valor entre las partes a las escrituras privadas, hechas para alterar lo pactado en una escritura públicas. El artículo 1707 del Código chileno corresponde al 1766 del Código Civil colombiano. Parece oportuno reproducir aquí el comentario que a la citada sentencia le hace el abogado chileno doctor Francisco Carrera, en estos términos: «La simulación de actos y contratos, a que se recurre a diario en la vida de los negocios, es perfectamente legítima en tesis general. En doctrina lo proclama así la unanimidad de los tratadistas. Para Démogue (a), no es sino una consecuencia del derecho, que él declara reconocido, de celebrar actos secretos. Colín y Capitant (b) dicen que las partes pueden obligarse como quieran, y que lo que pueden hacer públicamente también pueden realizarlo en secreto. Todo estriba entonces en que el acto o contrato que se desea mantener reservado sea un acto o contrato lícito, en que no se haga fraude a la ley, según la expresión de Laurent (c) y de Aubry y Rau (d), en que no se defraude a terceros; pero cuando es la existencia de un fraude lo que nos repugna, el vicio afecta tanto al acto o contrato público como al acto o contrato secreto, de modo que, en tales casos, no es el hecho de la simulación lo que nos lleva a repeler el acto o contrato. Por consiguiente, el acto o contrato simulado es válido y produce efectos jurídicos; siempre, naturalmente, que se ajuste a los requisitos y solemnidades a que, atendida su naturaleza propia, esté subordinada legalmente su celebración. Si de los tratadistas pasamos a la ley positiva, encontramos los mismos principios.... El Código Civil da pleno valor a los actos y contratos simulados según lo demuestra el artículo 1707. Sólo excepcionalmente la ley rechaza las simulaciones, como en los artículos 966, 3144 y 1814 del Código Civil y en los artículos 76 y siguientes del Decreto con fuerza de ley número 364, sobre impuesto de herencias; pero en todos esos casos de excepción es el fraude y no el secreto o el disfraz lo que se sanciona y lo que se desconoce. 3o. De lo dicho se desprende que la cuestión de las simulaciones se relaciona íntimamente con la de las contraescrituras, de que se ocupa el artículo 1707 del Código Civil.

«Hay simulación, dicen Planiol y Ripert (e), cuando se hace a sabiendas una declaración inexacta, o cuando se celebra una convención aparente cuyos efectos son modificados o suprimidos por otra convención contemporánea de la primera y destinada a permanecer en secreto. El acto secreto se llama contraescritura (contre-lettre)». Y todos los tratadistas dan, sobre la simulación, una definición o explicación que en sustancia coincide con ésta. Aubry y Rau no señalan como esencial el carácter secreto, porque al respecto se limitan a hablar de que él se produce 'la mayoría de las veces', y otro tanto hace Huc. Según Aubry y Rau, lo que caracteriza la contraescritura es que ella tiene por objeto constatar la simulación. De consiguiente, la contra-escritura envuelve una simulación. Pero, contra lo que parece desprenderse de la citada definición de Planiol y Ripert, no toda simulación presupone una contra-

(a) Démogue, **Traité des Obligations**, t. I, No. 100, pág. 262.

(b) Colín y Capitant, **Derecho Civil**, t. III, págs. 635 y sigs.

(c) Laurent, **Principes de Droit Civil**, t. 12, No. 303, pág. 376.

(d) Aubry y Rau, **Droit Civil**, t. 12, parágrafo 756, pág. 247.

Págs.

escritura, toda vez que una persona puede consentir en la celebración de un contrato aparente, otorgado por escrito, sin necesidad de exigir como resguardo otra escritura secreta, entregándose confiada a la lealtad de la otra parte. Por supuesto que esto sólo tiene eficacia en aquellos actos que para la ley son meramente consensuales.... 3o. La simulación de actos y contratos no es, pues, en términos generales, una causal de nulidad. ¿Cuáles son, entonces, sus efectos? Probada la simulación, el acto ostensible desaparece. Sólo queda el acto secreto, y a él deben subordinarse las relaciones jurídicas de las partes. El acto aparente queda sin valor, en la medida en que dicho acto no ha sido deseado sinceramente por las partes (**'dans la mésure ou il n'a été pas voulu'**). El acto ficticio caerá, la cláusula aparente quedará borrada; pero el acto valdrá en la medida en que él haya sido deseado por los contratantes (**'dans la mésure ou il a été voulu'**). El acto aparente constituye, en principio un **simple HECHO**, y el acto oculto es el único que tendrá **carácter jurídico**. Se da preferencia a la voluntad real sobre la voluntad declarada. Así plantea la situación Démogue (g). Por su parte, Laurent había dicho antes que las contracescrituras producen efecto entre las partes porque ellas contienen las verdaderas convenciones de los contratantes y deben, por tanto, estar sobre las convenciones simuladas (h). Se ve así bien claro que, efectivamente, en el contrato aparente no hay nada **anulable**, porque ese contrato no tiene más significado que un disfraz, sin pretensiones de realidad; y que en el contrato secreto menos hay nada susceptible de nulidad, desde que él representa la verdadera voluntad de las partes y desde que éstas estaban en su derecho al mantenerla oculta y disfrazada. En lenguaje jurídico la nulidad tiene un significado específico estricto, que es el de una sanción de los actos o contratos hechos en contravención a la ley, sanción que consiste en el desconocimiento del acto o contrato que incurre en esa violación. Y si alguna de las partes que intervinieron en la simulación pretende sobreponer la ficción a la realidad, no sería procedente, para obligarlo a respetar lo convenido, el demandar la nulidad, puesto que no hay nada írrito en lo hecho; y menos sería necesario recurrir a semejante acción de nulidad, para conseguir aquel objeto, porque es precisamente lo convenido, y no el desconocimiento o nulidad de lo convenido, lo que obliga a atenerse al contrato secreto, de manera que en este sentido, la acción de nulidad no sólo sería improcedente, sino que hasta contraproducente. La resultante de la consideración conjunta del contrato aparente con el contrato secreto, produce el contrato que hay que cumplir, y lleva en sí mismo los elementos y eficacia necesaria para imponerse a las partes contratantes. Para exigir el cumplimiento del contrato secreto, basta, pues, pedir el **cumplimiento de lo convenido**, sin necesidad de anular o destruir nada. 4o. Tal es el efecto que producen las simulaciones entre las partes contratantes. Respecto de terceros, el aspecto de las cosas cambia completamente. La simulación no produce efecto contra terceros. Estos no están obligados a pasar por el contrato reservado. Pero no quiere ello decir que los terceros estén impedidos para invocar el acto o contrato simulado cuando les interese atenerse a la realidad de las cosas. Ellos deben poder fiarse de las apariencias, sin ser forzados a ellas, dice Démogue (i), con lo cual, según el mismo autor, se garantiza a la vez lo que él llama la seguridad estática y la seguridad dinámica. Los terceros pueden, pues, desconocer el acto o contrato secreto o simulado, o pueden invocarlo en su favor. No hay razón para que les sea impuesto, desde que se trata de algo que estaba oculto y con que no podían contar.

Tampoco hay razón para que a ellos se les niegue el acto o contrato que existe para los que lo celebraron. No se trata aquí, se entiende, del principio del **res inter alios acta**, etc., porque no se pretende que el contrato entorpezca a quien no concurrió a su otorgamiento, sino de la fuerza probatoria del instrumento en que consta. En los casos de simulación absoluta, esto es, cuando se aparenta un acto o contrato que en realidad no ha existido en ninguna forma, los terceros pueden aún demandar la nulidad, invocando la falta de causa y de consentimiento. Estos elementos no existen en el acto fingido. Como dice Ferrara (j), si hay consentimiento para la ficción, falta el necesario para la obligación y por lo tanto, el que se necesita para que se establezca la relación jurídica.

Págs.

(g) Démogue. Obr. cit., t. 1o., p. 263.

(h) Laurent. Obr. cit., t. 19, No. 183.

(j) Démogue. Obr. cit., t. 1o., No. 166, página 268.

Págs. Páginas

ACCION REIVINDICATORIA

- Nº 5 -

José María y María Josefa Hurtado demandaron a Agustín Jiménez y Tadeo Castañeda para que se declarase que ciertos bienes raíces no pertenecían a los demandados, sino a otra persona o a su sucesión, y la consiguiente restitución a ésta. Entendió el Tribunal que los actores habían instaurado la acción consagrada por el artículo 1405 del Código Civil y absolvió a los demandados, por lo cual recurrieron aquéllos en casación acusando el fallo por segunda causal, como incongruente. Dijo la Corte:

"En la acción de nulidad de las particiones, establecida por el artículo 1405, se considera y juegan papel primordial los factores que hacen nulos e ineficaces los actos y declaraciones de la voluntad y que impiden la constitución y permanencia del vínculo jurídico, establecido o que se quiso establecer en el acto o contrato. En la acción petitoria de dominio y en la acción reivindicatoria no se consideran esos factores sino que la cuestión se plantea en un plano muy distinto y con elementos diversos a los que entran en la acción de nulidad o rescisión. En la acción petitoria de dominio se discute a quién corresponde una cosa como dueño, y en la reivindicatoria se discute la entrega o restitución del bien sobre el cual versa esta acción. Y son las acciones petitoria de dominio y reivindicatoria las ejercitadas por los actores en este jui-

Y así, agrega Ferrara, faltando toda la esencia del contrato, la causa no existe tampoco. 5o. Volviendo al efecto de la simulación entre las partes, repetimos que una vez probada la simulación, las relaciones jurídicas de los contratantes deben regirse por el acto o contrato secreto, y desaparece el acto o contrato ostensible. Pero en los casos de simulaciones, lo que ocurre generalmente es que en el momento de dar forma a la convención, las partes se preocupan de individualizar y de detallar sólo el contrato aparente, que es el que en ese instante urge exhibir, redactar y llevar a la Notaría, sin que pongan el mismo cuidado en individualizar, puntualizar y detallar el contrato secreto, que no recibe una redacción integral que lo contenga tal como va a quedar, sino que se contentan con concebirlo y enunciarlo en términos o líneas generales, en cartas u otros documentos más o menos vagos, o por lo menos no completos. En esos casos, suele suceder que, al llegar el momento del cumplimiento, surgen discrepancias y vienen desacuerdos, que llegan a veces, como en el juicio en que recae este comentario, a provocar cuestiones que llegan nada menos que a afectar la determinación misma del contrato. Para poder aplicar, en estos casos, el acto o contrato secreto, sea que no aparezca en realidad suficientemente caracterizado en la contra-escritura, sea que se trate sólo de simples pretensiones divergentes de las partes, es forzoso obtener judicialmente una calificación jurídica del contrato, desentrañando para este efecto los elementos que constituyen su esencia y que han de determinar su definición verdadera y señalar su ubicación en la ley. 6o. El artículo 1444 del Civil abre el camino para esta tarea. El establece que en cada contrato hay que distinguir las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza y las que son meramente accidentales. Agrega que son de la esencia del contrato aquellas cosas sin las cuales o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente. El contrato no tiene, pues, la calificación que le den las partes al celebrarlo, o la que le atribuya el Notario en el epígrafe o en la parte expositiva de la escritura, sino la que rigurosamente le corresponda, según los elementos que constituyan su esencia. Y si ello es así, es claro que cualquiera de las partes puede exigir la verdadera calificación del contrato, y los Tribunales están facultados para hacerla..... 7o. Se trata, en realidad, de cuestiones que casi no debieran necesitar un comentario, por su evidencia manifiesta; pero nuestra experiencia de juez y de profesional nos ha hecho notar una marcada y lamentable tendencia de los profesionales a recurrir, errada e innecesariamente, a la vía de la acción de nulidad para evitar los efectos de un acto o contrato, en estos y otros muchos casos en que no hay efecto írrito alguno, y por eso hemos juzgado útil aprovechar la oportunidad de la publicación del fallo aludido para vulgarizar las ideas que dejamos expuestas, aunque sean en cierto modo elementales".

Págs.

cio, luego el Tribunal no tenía por qué considerar una acción no incoada, como la de nulidad o rescisión de la partición, porque los términos de una demanda son los factores señalados por el actor como constitutivos del problema planteado ante el demandante y sometido a la decisión judicial, factores de que no puede salirse ni mucho menos variar el juzgador. Si, pues, el Tribunal consideró un factor no señalado por la parte actora, y si el estudio de ese factor es una de las bases de la sentencia recurrida, se concluye que está demostrada y salta a la vista la segunda causal de casación invocada por la parte recurrente. La Corte observa que la parte actora no apoyó su demanda en el artículo 1405 del Código Civil, y esto pone más de manifiesto tanto la intención del demandante, como el error del Tribunal". (Casación, XLII, Nº 1897, junio 8 de 1935). 29, 1º

ACUERDOS DE LOS TRIBUNALES

No son revisables por el superior

- Nº 6 -

Se había negado una solicitud de licencia para ejercer la abogacía. Como pidiese el solicitante reposición del Acuerdo en que se negó la admisión del abogado solicitante, la negó el Tribunal. En el recurso de hecho dijo la Corte:

"Según las disposiciones sobre organización judicial y los recursos, los Acuerdos no son revisables por el superior, a menos de disposición en contrario, como sí lo son las sentencias y los autos interlocutorios proferidos en juicio, salvo que la ley disponga otra cosa. Como no se trata de una instancia en juicio, no es el caso de dar aplicación al numeral 1º del artículo 37 del Código Judicial, que dispone que la Corte Suprema conoce en segunda instancia de los asuntos civiles de que conocen los Tribunales en primera". (1). (Auto, Sala de Negocios Generales, XLII, Nº 1900, agosto 14 de 1935). 439, 2ª

Págs.

ACUSADOR PARTICULAR

- Nº 7 -

Las funciones de la acusación particular se hallan determinadas en las Leyes 104 de 1922 y 68 de 1923, sin que allí se le dé personería para interponer el recurso de casación. Tampoco figura el acusador particular entre las personas que pueden interponerlo, de conformidad con la Ley 78 de 1923. ".....En opinión de la Sala, la acusación particular en los procesos criminales no tiene derecho al recurso de casación que consagra la Ley 78 de 1923". (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, XLII, números 1901 y 1902, marzo 18 de 1936). 550, 1º

ADMINISTRACION DEPARTAMENTAL

- Nº 8 -

El Secretario de Hacienda y el Administrador General de Rentas de Cundinamarca, representantes de la entidad llamada "Rentas de Cundinamarca", firmaron un documento en que se obligaron a pagar al Banco de Bogotá determinada suma de dinero. Como no apareciera en ese documento la firma del Gobernador ni estuviera probada su aprobación al documento firmado por aquéllos, el Tribunal revocó el auto ejecutivo que primeramente había proferido contra el Departamento.

"Si como se ha dicho antes, el Gobernador es el ejecutor nato de las atribuciones legales que dicen relación a la Administración Departamental, puede aseverarse que a él incumbe ejecutar los actos tendientes a esa Administración, la que debe estar inspirada en las leyes y las ordenanzas y dentro de sus límites. Esto, que es evidente para todos los actos de derecho privado que lleva a efecto el Gobernador en la dirección de la cosa pública, se patentiza más

(1) Concordancia: doctrina No. 10 publicada en el número 1878 de la GACETA JUDICIAL.

Págs.

cuando se trata de la celebración de contratos que previamente hayan autorizado las leyes o las ordenanzas, porque entonces el Gobernador comprometerá a la autoridad departamental que representa cuando obre dentro del radio de sus atribuciones. Siendo cierto que el Gobernador es el ejecutor y representante del Departamento, al delegar él parte de sus atribuciones a otras personas, lo natural sería que hiciera constar dicha delegación en forma clara y expresa, cosa que no resulta de los documentos que se presentaron con la demanda, y que son los únicos que ahora se pueden tener en cuenta". (Auto, Sala de Negocios Generales, XLII, Nº 1897, mayo 31 de 1935). (1) .....

AGUAS

- Nº 9 -

Daniel Cabal, representante de su legítima esposa Teresa Martínez de Cabal, demandó en juicio ordinario a Ramón Tascón y Leonidas García para que se declarase que el predio llamado "La Argelia", de propiedad de aquélla, no carga con la servidumbre de acueducto a favor de ciertos predios y que las aguas de "La Honda" deben volverse a su cauce natural o antiguo. Como ilustración del punto resume la Corte los hechos de la demanda, de los cuales se conoce que las aguas de ese riachuelo descienden naturalmente del predio de Ciro Tascón al denominado "La Argelia" y siguen corriendo por él por un cauce natural que se hallaba en seco en los tiempos de la sentencia, para ir a morir, dentro del mismo predio, al río Zabaletas. En agosto de 1922, Leonidas García, demandado, desvió el curso de las aguas de "La Honda" por un cauce artificial, construído en la finca de "La Argelia" con permiso que le otorgó Daniel Cabal, arrendatario de esta hacienda. Debido a eso, las aguas de "La Honda", después de pasar por

Págs.

81, 2ª

su cauce natural, de la finca de Tascón a "La Argelia", continúan por ese mismo cauce natural, ya dentro del predio últimamente mencionado, en una extensión de unos ochenta metros, y en seguida entran a la acequia construída en agosto de 1922, por Leonidas García, y van por esa acequia hasta el predio de éste, que no es ribereno del arroyo de "La Honda", después de atravesar una parte de "La Argelia" y la finca de Ramón Tascón. Alegó el demandado García la excepción de prescripción, que fue declarada no probada por el Juez y por el Tribunal. Aunque convino éste en que habían trascurrido más de ocho años desde que García desvió las aguas, consideró que no era aplicable el artículo 893 del C. C., que señala ese plazo para la prescripción adquisitiva al derecho de servirse de las aguas de uso público. Recurrió en casación García acusando el fallo de violación de los artículos 9º de la Ley 95 de 1890 y 937 del Código Civil, por indebida aplicación al caso del pleito, y 892 y 893 del mismo Código, por interpretación errónea. Dijo la Corte:

"En cuanto a la primera de las acusaciones hechas (violación de los artículos 892 y 893, por interpretación errónea, y de los artículos 9º de la Ley 95 de 1890 y 937 del Código Civil, por indebida aplicación), la Corte considera: 1º Que no obstante estar colocados los artículos 892 y 893, en el capítulo 'De las servidumbres naturales', ellos no se refieren en realidad 'a servidumbres', por la sencilla razón de que los derechos allí consagrados no corresponden en forma alguna a la noción técnica de servidumbre. (Véanse en este sentido: Planiol y Ripert y Picard. LOS BIENES, número 497—Valerio Botero Isaza, REGIMEN LEGAL DE AGUAS, página 81—Baudry Lacantinerie et Chaveau, DE LOS BIENES, número 852—Aubry et Rau, 5ª edición, tomo III, parágrafo 241, nota 7—Colin, Capitant y Julliot de la Morandiere, 3ª edición, tomo I, 749). 2º Que el derecho concedido por el artículo 892 del Código Civil a los riberanos de las aguas de uso público, tampoco es un verdadero derecho de uso, porque el dere-

(1) Artículo 59 del Acto Legislativo número 3 de 1910 y numerales 3o. y 4o. del artículo 127 de la Ley 4a. de 1913.

cho de uso se concede 'intuitu personae', no puede cederse, y no le permite al titular afectar la sustancia del objeto sobre el cual recae, a tiempo que, como se verá más adelante, el derecho concedido por el artículo 892 del Código Civil, 'sí puede ser cedido' (Planiol y Ripert y Picard, obra citada, número 497—Josserand, 'Curso de Derecho Civil, tomo 1º, número 1459). 3º Que, como lo dice Josserand (obra citada, número 1459) el derecho concedido a los riberanos (lo mismo por el art. 644 del Código Francés, que por el 892 del nuestro), es un derecho real, de naturaleza no especial, que obedece a un estatuto que le es propio. Ya da, Nº 497), al hablar sobre 'la naPlaniol, Ripert y Picard (obra citaturaleza del derecho de uso de los riberanos', había dicho: 'Se ha discutido mucho sobre la naturaleza de este derecho. ¿Se trata en realidad de un derecho en el sentido técnico de la palabra? Se ha pretendido que no, considerando que se trata de una simple facultad. Lo que puede dar lugar a dudas a este respecto es que el derecho de los riberanos tiene un carácter inestable y precario, por causa de los poderes reconocidos a la Administración. Pero es necesario no exagerar el alcance de tales poderes. La Administración, como se verá, no hace sino reglamentar el derecho de los riberanos, que existe con independencia de ella, y la prueba es que el riberano puede usar libremente del agua, siempre que no perturbe el régimen de la ribera. Se trata, pues, evidentemente de un derecho, pero de qué derecho? Es evidente, desde luego, que no puede verse allí un derecho de propiedad, puesto que 'sabemos qe el agua corriente no es susceptible de apropiación privada...' No es menos cierto que no se puede juridicamente reducir tal derecho a una servidumbre, a pesar de que el código lo coloca en la categoría de las servidumbres, que se derivan de la natural situación de los lugares; pues, además de que sería bien difícil ver en el agua un predio sirviente perteneciente a un propietario distinto del dueño del predio dominante, no se comprendería cómo el derecho del riberano puede ser empleado en provecho de un predio no riberano, ni se comprendería cómo tal derecho es cesible. Parece, en fin, difcil considerar ese derecho, a todos respectos, como un verdadero derecho de uso, puesto que este último, concedido 'intuitu personae", es incesible, y no le permite a su titular afectar la sustancia del objeto sobre el cual recae. Así se tiende hoy, cada vez más, a hacer del derecho de los riberanos un derecho real 'sui generis', que tiene, como la enfiteusis, sus caracteres propios y su fisonomía original. Hay que definirlo, pues, no tratando de clasificarlo en tal o cual categoría jurídica, sino determinando las reglas particulares a las cuales está sometido'. 4º Que, por lo mismo que no se trata de un verdadero derecho de uso, ni de una servidumbre, sino de un derecho real, 'sui generis', cuya naturaleza no se opone a la cesibilidad de él, el derecho concedido por el artículo 892 del Código Civil a los riberanos puede ser cedido por éstos, 'tanto en favor de otros riberanos como en favor de terceros no riberanos, y esto, según el principio general de que todo derecho de carácter patrimonial es cesible, a menos que la naturaleza propia del derecho, o un texto expreso de la ley se opongan a ello, siendo por lo demás, obvio que la cesión transfiere al cesionario, sea o no riberano, el derecho de servirse de las aguas exactamente en las mismas condiciones en que tal derecho existía en cabeza del cedente, es decir, con las mismas limitaciones y restricciones y sin que los otros riberanos queden en condición distinta de aquella en que estarían si fuera el propio riberano superior el que ejercitara el derecho del artículo 892. 'Doctrina bastante aceptada — dice con mucha razón el doctor Uribe en su 'Estudio sobre servidumbres' (número 178)—es la de que los propietarios riberanos puedan ceder a terceros no riberanos el derecho que les pertenece de tomar agua, para que aquéllos la empleen en usos industriales. Creemos que, siendo una especie de propiedad, no hay motivo para impedir que usen de ella en beneficio propio, o la cedan, en la cantidad que les corresponda, a otro; pero agregamos que, ya sea que en absoluto se priven del

Páginas

agua los riberanos para cederla completamente y directamente a terceros, ya se trate de permitir nuevas derivaciones por los fundos limitados por las aguas, no puede hacerse sino en cuanto este orden irregular de cosas no perjudique en lo mínimo los derechos legales de los demás propietarios, siempre y cuando las aguas vuelvan a su cauce común, y que los cesionarios se abstengan de todo aquello que sería prohibido a los riberanos mismos.' Cuando el doctor Uribe escribió eso, ya esa doctrina de la cesibilidad, en favor de los terceros no riberanos, de los derechos otorgados por la ley a los riberanos, había sido no solamente aplicada por la Corte de Casación francesa, sino firmemente defendida por Aubry et Rau (tomo 3º, parágrafo 241, texto y nota 7 y parágrafo 246, texto y nota 26), y por Baudry Lacantinerie et Chaveau (obra citada, número 853), quienes habían refutado en ese punto, victoriosamente, a Laurent. Después de escrita la tesis del doctor Uribe, la teoría de la cesibilidad fue ganando cada día mayor prestigio hasta llegar a ser unánimemente aceptada. (Véanse Planiol, Ripert et Picard, obra citada, número 498, in fine; Colin y Capitant, nota en Dalloz, 1902, 2, 25). 5º Que, por lo mismo que es cesible en favor de terceros, riberanos o no, ese derecho concedido a los riberanos por el artículo 892, puede modificarse, limitarse y aun extinguirse por efecto de una prescripción adquisitiva en favor de un tercero, sea riberano o no riberano. Así lo reconoce hoy unánimemente la doctrina: 'Si el derecho de uso de los riberanos—dicen Planiol, Ripert et Picard en su citada obra, número 498—por razón de su derecho real no se pierde por el no uso, puede, en cambio, desaparecer en su totalidad o en parte, por efecto de una prescripción adquisitiva, cumplida en provecho de un tercero. (En nota: 'No es necesario que el tercero que invoca la prescripción sea un riberano.') Para que tal prescripción se cumpla se necesita, por una parte, que el tercero oponga, al ejercicio del derecho del riberano, una contradicción suficientemente caracterizada, para manifestar nítidamente su voluntad de impedir aquél; 'esta contradicción resultará, sea de la construcción de trabajos aparentes y permanentes, tendientes a la apropiación exclusiva y casi total de la corriente de agua, que constituyan para el propietario inferior un impedimento material al ejercicio de su derecho, o ya sea de actos judiciales o extrajudiciales, hechos a pedimento del autor de tales trabajos'. Ya antes, en ese mismo sentido, habían dicho Aubry et Rau (obra citada, parágrafo 246): 'Pero siendo el derecho de uso de que se trata (el de los riberanos), a pesar de su carácter puramente facultativo, susceptible de constituir el objeto de una renuncia convencional, ese carácter no se opone a que tal derecho pueda extinguirse por la prescripción de treinta años, si se supone que una contradicción suficiente para poner al riberano, al cual compete el derecho, en mora de hacerlo valer, ha sido seguida durante treinta años de la inacción de él. Esta contradicción puede, según las circunstancias, resultar, sea del simple establecimiento de ciertos trabajos sobre la corriente de agua, sea de actos judiciales o extrajudiciales, hechos a pedimento o requerimiento del autor de tales trabajos aparentes. Trabajos aparentes y permanentes, tales como una exclusa, un tambre, una compuerta, con ayuda de los cuales uno de los riberanos ha desviado, en perjuicio de los riberanos inferiores, un volumen de agua mayor de aquel a que podía pretender, de conformidad con el artículo 644, y que han colocado, en consecuencia, a esos otros riberanos, en la imposibilidad de usar de las aguas desviadas, constituyen, con respecto a ellos, una contradicción suficiente para hacerles perder, por prescripción, el derecho de reclamar ulteriormente el uso.... Por lo demás, la prescripción puede, en las condiciones que acaban de ser indicadas, cumplirse, tanto en favor de un tercero no riberano como en provecho de los riberanos'. 6º Que la doctrina de Planiol y Ripert y de Aubry et Rau, a que se refiere el párrafo anterior (que es la misma expuesta

Páginas

por Baudry Lacantinerie et Chaveau, obra citada, número 862, y la misma que el doctor Uribe acogió para interpretar los artículos 892, 893 y 894 de nuestro Código, obra citada, número 179), no sólo ha sido unánimemente aceptada por los expositores franceses, sino que ella, lo mismo que las demás doctrinas francesas arriba expuestas, son rigurosa y estrictamente aplicables a nuestra legislación, por las siguientes razones: a) El artículo 644 del Código Francés, al cual se refieren las transcripciones hechas —y que superficialmente considerado, presenta, con respecto a nuestros artículos 892 y 894, diferencias, que son propiamente de redacción y de orden en la exposición de la materia— en realidad de verdad, si bien se estudia, no hace otra cosa que consagrar en favor de los riberanos de las allá llamadas agua de uso común, un derecho de naturaleza absolutamente igual, idéntica, al consagrado por los artículos 892 y 894 de nuestro Código Civil, en favor de los riberanos de las aguas de uso público, siendo de advertir, para que no haya lugar a confusiones, que el primer inciso del mencionado artículo 644 del Código Francés corresponde a nuestro artículo 894, y el segundo, al 892. b) Cualquier duda que pudiera hacerse surgir, al respecto, de una confrontación material de los textos de una y otra legislación por las ya anotadas diferencias de orden y de redacción en la presentación de la materia— desaparecen en absoluto con sólo ver cuál es el sentido y el alcance que la doctrina francesa le da unánimemente al artículo 644, sentido y alcance que no son otros que los de nuestros artículos 892 y 894 (véanse: Josserand, obra citada, número 1459; Colin, Capitant et Julliot de la Morandiere, obra citada, número 715, 7ª edición; Planiol et Ripert, obra citada, número 498). c) Ni mucho menos podría pensarse —para dudar de la aplicabilidad de la expresada doctrina a nuestra legislación— que siendo diferente la clasificación que nuestro Código Civil hace de las aguas, de la que consagra la legislación francesa, carecen por Baudry y Lacantinerie et Chaveau, obra citada, número 862, y la misma que el doctor Uribe acogió de valor jurídico, para la interpretación exacta de nuestros artículos 892, 893 y 894, las grandes y recientes creaciones doctrinarias y jurisprudenciales hechas con respecto al artículo 644 del Código francés, pues tales diferencias en las clasificaciones de las aguas, en ninguna forma afectan ni menoscaban la identidad de la naturaleza de los derechos consagrados por una y otra legislación; ya que si bien es cierto que el artículo 644 del Código francés excluye los ríos flotables y navegables, para limitar los derechos de los riberanos a las otras aguas que nuestro Código Civil llama de uso público, tal exclusión —no tratándose, como no se trata en este caso, de ríos navegables— de ninguna manera impide o dificulta el aprovechamiento, para el progreso de nuestra jurisprudencia, de las doctrinas sobre régimen de aguas, contenidas en esos grandes monumentos científicos que se han citado. 7º Que la cesión a un tercero no riberano, o la adquisición por prescripción por parte de éste, de los derechos a que se refiere el artículo 892, en nada afecta a los otros riberanos (distintos del que hizo la cesión o de aquél contra el cual se prescribió), ni en forma alguna cambia la condición y la situación jurídica de ellos, porque ese tercero no riberano no puede hacer nada distinto de lo que el propio riberano podía hacer, ni adquiere otros derechos distintos de los que éste tenía, ni está exento de las obligaciones, restricciones y limitaciones a que está sujeto el derecho del riberano. Por todo lo cual carecen de importancia las consideraciones que, contra la doctrina que se viene exponiendo, suelen hacerse, en el sentido de que el derecho al servicio de las aguas no puede salir de los riberanos, a quienes se lo dio la ley, por razón de la misma ubicación de sus predios, como compensación a los inconvenientes que puede acarrearles su misma calidad de riberanos, y por virtud de la naturaleza misma de las cosas, sin que la prescripción de que habla el artículo 893 pueda tener, según dicen quienes así razonan, otro efecto que

el de advertir la prelación o preferencia que naturalmente tienen los riberanos superiores. 8º Que la circunstancia de que sean de uso público las aguas a que se refiere el artículo 892, tampoco es ni puede ser obstáculo para que se reconozca la prescriptibilidad y la cesabilidad de que se ha hablado, en favor de los no riberanos; pues lo que se adquiere por prescripción no es el río o la quebrada, o, en general, el agua de uso público de que habla el artículo 892, sino aquel derecho real SUI GENERIS, de que se habló en los considerandos 3º y siguientes de esta sentencia. 9º Que el artículo 893 no hace distinción ninguna entre riberanos y no riberanos, ni en manera alguna, ni en ninguna forma excluye a los no riberanos en la prescripción que él reglamenta. 10. Que no haciendo ese texto diferencia entre riberanos y no riberanos, para el efecto de la prescripción de que en él se habla, y no excluyendo dicho texto a los no riberanos del derecho de adquirir por prescripción el servicio de las aguas a que se refiere el artículo 892, no hay razón ninguna para considerar que, conforme a la ley, los no riberanos no pueden adquirir por prescripción el derecho que el artículo 892 les da a los no riberanos, porque, como se desprende de todas las transcripciones anteriormente hechas y de todas las razones arriba expuestas, la cesibilidad del derecho real 'sui generis' de los riberanos, aun en favor de terceros no riberanos, y la consiguiente posibilidad de que éstos adquieran por prescripción tal derecho, resulta de la naturaleza misma de éste, que, no siendo un derecho verdadero de uso, ni una servidumbre, se rige por la regla general de que todo derecho de carácter patrimonial es cesible y adquirible por un tercero, en virtud de la prescripción. 11. Que tampoco habría razón para pensar que la prescripción de que habla el artículo 893 no se refiere sino a la prelación o preferencia que, por razón de la misma ubicación de su predio, pueda tener el riberano superior con respecto al riberano inferior, pues aparte de que el texto dice muy claramente que lo que puede adquirirse por la prescripción allí reglamentada es 'el derecho de servirse de las mismas aguas', a que se refiere el artículo 892, no puede perderse de vista que lo que el artículo 892 le reconoce al riberano contra quien se prescribe, no es un derecho de prelación sino un derecho real SUI GENERIS, a servirse de las aguas para menesteres domésticos, irrigaciones, abrevaderos, etc.; y que este derecho — que, como se ha dicho tantas veces, es por su naturaleza misma cesible y susceptible de ser adquirido por un tercero, en virtud de prescripción — es, por lo tanto, el derecho que los terceros pueden prescribir contra el riberano. 12. Qe el artículo 893 — que, según todo lo dicho, se refiere tanto a los riberanos como a los no riberanos — es especialmente aplicable a aquellos casos en que el prescribiente ha hecho trabajos o ejecutado obras aparentes y permanentes para desviar y poder utilizar en su predio las aguas de uso público, ya que, como se desprende de las citas antes hechas, tales obras o trabajos constituyen precisamente el fundamento de la prescripción. 13. Que, por todo lo dicho, es perfectamente aplicable al caso del presente litigio el mencionado artículo 893, sin que pueda argüirse contra ello, como arguye el Tribunal que el citado texto 'sólo se puede aplicar a las aguas que corren por un cauce natural', por estar colocados los artículos 892 y 893 en el capítulo de las servidumbres naturales, pues, por una parte, como ya se explicó, esos textos en realidad no se refieren a servidumbres de ninguna clase, y por otra parte, el cauce artificial hecho por García para desviar las aguas a su predio, constituye precisamente uno de esos trabajos aparentes y permanentes que, junto con el transcurso del lapso requerido, fundamenta la prescripción adquisitiva en favor de terceros riberanos, del derecho a servirse de las aguas a que se refiere el artículo 892. 14. Que, finalmente, esta interpretación de la Corte dada a los artículos 892 y 893 del Código Civil, es no sólo la que mejor responde al texto mismo de la ley, a su fórmula literal, sino también la que mejor atiende al eleva-

Págs.

do criterio social que caracteriza las modernas concepciones jurídicas." (Casación, XLII, Nº 1897, junio 11 de 1935). ..... 36, 2ª, 37ª, 1ª y 2ª, 38, 1ª y 2ª, 39, 1ª y 2ª, 40, 1ª y 2ª, 41, 1ª y 2ª, 42, 1ª y 2ª

Termina la Corte deduciendo de todo lo dicho que debe casarse la sentencia recurrida. Salvó su voto el Magistrado doctor Miguel Moreno Jaramillo.

ALCANCE DEDUCIDO EN UNA SIMPLE ACTA DE VISITA

- Nº 16 -

Por habérsele deducido a un estanquero un alcance en una simple acta de visita fue ejecutado su fiador por la suma de dinero que montaba el alcance. Excepcionó sobre la ineficacia del instrumento ejecutivo.

Dijo la Corte:

"Y en un alcance que resulta deducido en una simple acta de visita se puede fundar una ejecución? En concepto de la Corte, nó. Dice el artículo 1059 del Código Judicial: 'Además de los actos y documentos mencionados en el artículo 982 en estos juicios, prestan también mérito ejecutivo: 1º Los alcances líquidos definitivos deducidos contra los responsables del Erario por el Departamento de Contraloría, los demás Tribunales de cuentas nacionales, departamentales o municipales.' Para deducir un alcance líquido definitivo es necesaria la observancia de todas las reglas que se prescriben en las leyes u ordenanzas para poder formarse aquél. El alcance deducido en una visita que hace un empleado a otro de manejo, es sólo un alcance provisional, sujeto a las rectificaciones y explicaciones que el visitado pueda hacer en el juicio o procedimiento especial previsto para cada caso, en que una persona que maneja bienes o dineros públicos deba rendir sus cuentas..... De los hechos en que el señor Venegas fundó sus excepciones se desprende, sin esfuerzo alguno, la ineficacia del acta de visita como instrumento ejecutivo, lo cual debe aceptar la Corte como excepción que enerva el procedimiento. Otra cosa ocurriera si la ejecución se hubiera promovido con el soporte de un auto de alcance definitivo". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLII, Nº 1898, agosto 16 de 1935). ..... 239, 1ª y 2ª

ANULACION DE ESTAMPILLAS

- Nº 11 -

"Según el artículo 53, inciso 2º, del Decreto número 1696 de fecha 25 de octubre de 1932, una oficina pública deja legalmente anuladas las estampillas de timbre nacional con la sola formalidad de estampar sobre ellas el correspondiente sello de la oficina anuladora, con la palabra 'anulada'. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLII, Nº 1897, junio 22 de 1935). 100, 2ª

APELACION EN ASUNTOS DE JURISDICCION COACTIVA

- Nº 12 -

Un Juez de Circuito conoció del incidente de apelación de un auto ejecutivo proferido por un funcionario revestido de jurisdicción coactiva. Se pidió la nulidad de lo actuado por el Juez.

"Según el artículo 37, ordinal 2º, del Código Judicial, a esta Sala de la Corte le corresponde conocer en segunda instancia de los recursos de apelación y de las consultas de los autos dictados por funcionarios nacionales, investidos de jurisdicción coactiva. Y como el auto de que se trata es de los aquí mencionados, hay que concluír que el recurso de apelación del mismo le está atribuído a dicha Sala, y que, por consiguiente, es nula, por incompetencia de jurisdicción, la actuación del señor Juez 1º del Circuito de Bucara-

Págs.

manga". (Auto, Sala de Negocios Generales; XLII, Nº 1897, mayo 17 de 1935). .....

APERTURA DE LA CAUSA A PRUEBAS EN MATERIA CRIMINAL

- Nº 13 -

Véase Término probatorio en materia criminal.

APRECIACION DE PRUEBAS

- Nº 14 -

El Tribunal es soberano en la apreciación de las pruebas y sólo puede la Corte variar la estimación que él haga cuando se establece un error manifiesto. Casación, XLII, Nos. 1901 y 1902, noviembre 30 de 1935). (1). .....

(1) Concordancias: véanse las doctrinas que contienen los números 1929, tomo 1o., Jurisprudencia de la Corte, 1226 y 1227, tomo 2o., y 2001, 2002, 2007, 2010, 2011 del tomo 3o., etc.

APRECIACION DE PRUEBAS

- Nº 15 -

En juicio sobre nulidad de un contrato por simulación se señalaron los pruebas que en concepto del recurrente habían sido mal apreciadas por el sentenciador.

"Apenas habrá para qué recordar que un recurso prospera por cargos sobre apreciación de pruebas, según el artículo 520, numeral 1º del Código Judicial, cuando se demuestra que el Tribunal incurrió en error de derecho o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos". (Casación, XLII, Nº 1897, mayo 28 de 1935). (1). .....

(1) Concordancias: véanse las doctrinas que contienen los números 282, 283, tomo 1o., Jurisprudencia de la Corte, 136, 139, 141, tomo 2o., 230, 233, 240, 243, 251, tomo 3o.

Págs.

APRECIACION DE PRUEBAS

75, 1ª - Nº 16 -

Conforme a jurisprudencia constante y uniforme de la Corte, es función privativa de los Tribunales apreciar las pruebas y la Corte no puede modificar su apreciación sino en el caso de error evidente de hecho o de derecho. (Casación, XLII, Nº 1897, septiembre 25 de 1933). 144, 2ª

ASESINATO

- Nº 17 -

Véase Homicidio con circunstancias de asesinato.

AUTO EJECUTIVO

482, 2ª - Nº 18 -

El mandamiento ejecutivo dictado en juicio de que conocen en primera instancia los Tribunales Superiores, conforme al artículo 84 del Código Judicial, debe ser proferido por la Sala de Decisión y no por un solo Magistrado. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLII, Nº 1898, julio 25 de 1935). ..... 230, 1ª y 2ª

B

BALDIOS

- Nº 19 -

El doctor José Antonio Barros denunció como baldío, para que le fuese adjudicado, un terreno situado en Barranquilla; se opusieron en juicio ordinario Julio E. Gerlein y William Ladd & Cº, en su carácter de
27, 1ª ocupantes y cultivadores del terreno. Aunque el Juez falló declarando que el solicitante de baldíos tenía derecho a su adjudicación, el Tribunal revocó el fallo porque consideró que los actores estaban amparados por la ley en su condición de poseedores. Recurrió en casación Barrios acusando el fallo como vio-

latorio de varios artículos de la Ley fiscal y civil que cita la sentencia de la Corte y ésta dijo lo siguiente:

"EXAMEN DE LAS CAUSALES ADUCIDAS.—Con respecto a la primera y a la tercera de las causales aducidas, que se estudian conjuntamente por la íntima relación que hay entre ellas, la Corte considera: 1º Que, de conformidad con el artículo 72 del C. F., no sólo pueden formular oposiciones, contra una solicitud de adjudicación de baldíos a cambio de bonos de concesión, quienes aleguen o pretendan derecho de dominio sobre el terreno de que se trate, sino todos aquellos 'que tengan interés en ello'. 2º Que, de conformidad con los artículos 47 (incisos 2º y último), 59, 65, 66, 69 (letra b), 79 y 84 del C. F., y 10, 11 y 12 de la Ley 71 de 1917, los intereses y derechos de los ocupantes, cultivadores y colonos de baldíos están colocados por encima de los de cualquier otro interesado en la adjudicación, hasta el punto de que puede decirse que nuestra legislación fiscal está toda saturada de la idea de protección a esos colonos, cultivadores u ocupantes, y que el principio general y dominante, en materia de baldíos, es el de que por ningún motivo ni bajo ningún pretexto se sacrifiquen o menoscaben los derechos basados en la ocupación, en el cultivo y en la colonización. 3º. Que la circunstancia de que la ley, en su ostensible propósito de defender a los ocupantes, cultivadores y colonos, deje a salvo los intereses de éstos en el caso de que se haga una adjudicación que pudiera afectarlos o perjudicarlos, no quiere decir que los ocupantes, colonos o cultivadores no puedan presentarse oportunamente, dentro del término señalado por el artículo 72 del C. F., a oponerse a la pretendida adjudicación, por 'tener interés en ello', pues aquella medida de protección para los cultivadores, ocupantes y colonos en manera alguna podría interpretarse en forma que les restara un derecho que la ley reconoce en general a todos los que tienen interés en oponerse a una determinada adjudicación. 4º Que el artículo 30 del C. F., conforme al cual 'en el caso de que dos o más personas soliciten que se les adjudique una misma porción de baldíos, debe preferirse al que hizo primero la solicitud', no es aplicable al caso en que uno de los solicitantes sea colono y el otro no, sino al caso en que ninguno de los solicitantes sea ocupante, colono o cultivador, como se desprende, no sólo del contexto de las disposiciones atrás citadas, sino también del lugar que ocupa en el C. F. el referido artículo, que se encuentra en el Capítulo V, relativo a las adjudicaciones a cambio de títulos de concesión y no en las relativas a colonos y cultivadores. 5º Que el Tribunal, fundándose en pruebas con respecto a las cuales no se ha hecho, por el recurrente, el cargo de mala apreciación por error de hecho o de derecho, encontró demostrados los siguientes hechos: que los demandantes habían hecho desmontes en el terreno de que se trata; que habían sembrado pastos; que habían tenido allí ordeño de vacas; que habían construído edificios desde hace más de diez años; que habían hecho levantar planos desde el año de 1898; que habían hecho rellenos para levantar el nivel del terreno; que habían construído y que, en una palabra, el terreno había sido 'ocupado' por los demandantes desde hacía muchos años. 6º Que de conformidad con los textos del C. F. antes citado, una vez acreditados los hechos a que se refiere el punto anterior, el Tribunal, al sentenciar como sentenció — en el sentido de que el doctor Barros no tenía derecho a la adjudicación solicitada — no violó ni pudo haber violado el artículo 44 del C. F., cualquiera que sea la interpretación que a éste se le dé, y sea cualquiera la presunción que él contenga o pueda contener a favor de la Nación, pues el Tribunal no hizo declaración alguna de dominio en favor de los demandantes para acreditar propiedad del terreno ni en manera alguna comprometió los intereses de la Nación, que, por el contrario, quedaron muy expresa y claramente a salvo. Lo que hizo el Tribunal — basándose en los hechos que encontró demostrados y que se refieren todos al cultivo y ocupación del terreno por par-

Pág. Págs.

te de los demandantes — fue poner los intereses y derechos de éstos, como ocupantes y cultivadores, por encima de los de un simple solicitante de baldíos a cambio de títulos de concesión, con lo cual el Tribunal no hizo otra cosa que conformarse con el principio fundamental de nuestra legislación de baldíos. 7º Que para hacer resaltar todavía con mayor claridad la inaplicabilidad, en el caso presente, del artículo 44 del C. F., cualquiera que sea el modo como se le interprete, bastaría decir que este litigio, al entrar el Tribunal a sentenciarlo, podía concretarse en este dilema: o se trata de un terreno que no es baldío, y entonces mal puede tener el doctor Barros derecho a la adjudicación, o se trata de un terreno baldío y entonces no es el solicitante a cambio de bonos de concesión el que puede tener un derecho preferente con respecto a él, sino aquel que lo está ocupando, que lo ha cultivado, que lo ha cercado, que ha hecho desmontes, que ha construído edificios, que ha hecho caminos o calles y que, en una palabra, ha vinculado a él su tiempo, sus energías y su dinero, y a quien por expreso mandato de la ley fiscal hay que considerar como POSEEDOR y ampararlo en calidad de tal..... II..... En cuanto a la segunda de las causales aducidas, la Corte considera: 1º. Que de acuerdo con el artículo 79 del C. F., los ocupantes, colonos o cultivadores deben considerarse como POSEEDORES, en juicios como el presente, pues si bien es cierto que ese texto sólo menciona, en forma explícita 'las controversias entre colonos y adjudicatarios o entre aquéllos y éstos con terceros que reclaman dominio', no es menos evidente que implícitamente el artículo en referencia comprende también los pleitos entre colonos y quienes pretenden ser adjudicatarios, pues si ante las personas que ya han recibido su adjudicación deben ser amparados los colonos y ocupantes como poseedores, con mayor razón lo deben ser ante quienes sólo están gestionando la adjudicación. 2º Que por lo tanto no puede haber violación, por parte del Tribunal, del texto legal que define la posesión, al considerar a los demandantes como poseedores, y al expresar que están amparados en su carácter de tales por la ley. 3º Que entre las disposiciones del C. C. referentes a la OCUPACION y las del C. F., no hay, como lo pretende el recurrente, desarmonía. Por el contrario, puede considerarse que las disposiciones pertinentes del C. F. constituyen una aplicación especializada, al caso de los baldíos, de las reglas sobre ocupación contenidas en el C. C., aplicación que naturalmente comporta las modalidades dependientes de la naturaleza misma de las cosas. 4º Que por lo tanto no puede encontrarse violación del artículo 673 del C. C., en el hecho de que el Tribunal lo haya citado, para reforzar su punto de vista, ya que dicho texto, por lo que respecta a la ocupación como modo de adquirir el dominio, enuncia un principio o regla que el C. F., lejos de desatender, aplica al caso de los baldíos, con las modalidades inherentes a la especialísima situación jurídica de éstos, que es la siguiente: le pertenecen al Estado, que generalmente los tiene destinados a la adjudicación y especialmente a la adjudicación en favor de los colonos y cultivadores, pero su PROPIEDAD se adquiere por su cultivo u OCUPACION con ganados, de acuerdo con lo dispuesto en el C. F. 5º Que esa aplicación que la ley fiscal hace del principio general de la ocupación como modo de adquirir la propiedad se ve aún más claramente al través de la tradición legislativa de la República sobre baldíos, si se tiene en cuenta que el sistema y la terminología tradicionales (Leyes 61 de 1874 y 65 de 1905) corresponden exactamente a esa noción de la ocupación como modo de adquirir la propiedad del baldío. 6º Que en litigios de cualquier clase de un particular contra un ocupante, cultivador o colono, la carga de la prueba le corresponde a ese particular que pretende pasar por encima del hecho de la ocupación o cultivo, y que esa prueba no puede ser otra que la de propiedad del terreno, como lo estableció expresamente el art[illegible] la Ley 61 de 1874, en [illegible] lo establece implícitam[illegible]

Págs.

Código Fiscal en su artículo 79, por lo cual no hubo ni pudo haber violación de la ley sustantiva por parte del Tribunal al dispensar a los demandantes, para ampararlos como poseedores y mantener la situación de hecho en que se encuentra el terreno, de toda prueba distinta de la relacionada con los hechos concretos de ocupación y cultivo". (Casación, XLII, Nº 1899, julio 24 de 1935) 315, 2ª
316, 1ª y 2ª,
y 317, 1ª

BIENES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL Y BIENES PROPIOS DEL CONYUGE

- Nº 20 -

Una viuda demandó a un Banco para que se declarase que ciertos dineros consignados por ella la víspera de la muerte de su esposo no eran bienes sociales, sino bienes propios de ella, lo que hizo demandando, no para la sociedad conyugal disuelta, sino para sí misma. Resuelto el pleito desfavorablemente a la actora, ésta recurrió en casación. Dijo la Corte:

"Como lo observa muy bien don Andrés Bello, en la sociedad conyugal hay tres entidades distintas: el marido, la mujer y la sociedad, trilogía indispensable para el deslinde de las obligaciones y derechos de los cónyuges entre sí. En desarrollo de esta idea dominante en el título 22 del libro 4º de nuestro Código Civil, distínguense perfectamente tres patrimonios: el del marido, el de la mujer y el de la sociedad que los dos forman. El haber de la sociedad conyugal se compone, entre otros bienes, del dinero que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, o durante él adquiriere, obligándose la sociedad a su restitución. Prescríbelo así el artículo 1781 del Código Civil, en su ordinal 3º. Y como para que no quedase duda sobre la aportación del dinero de los cónyuges a cambio de créditos contra la sociedad por sumas iguales a las [illegible] el mismo artículo 1781, [illegible]ce que también [illegible] la sociedad las [illegible]ualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio o durante él adquiriere, quedando obligada la sociedad a restituir su valor según el que tuvieron a tiempo del aporte o de la adquisición. Obsérvese cómo por dos veces, dentro de un mismo texto, sienta el legislador la doctrina de que el dinero, bien mueble por excelencia, se moviliza de los haberes particulares de los socios al fondo de la sociedad conyugal, así cuando pertenece a los cónyuges desde antes de nacer la sociedad como cuando ellos lo adquieren durante el matrimonio. Principios de derecho con tanta insistencia consignados en el Código Civil, no pueden quebrarse por un solo texto como el distinguido con el número 1782, en el cual se lee que las adquisiciones hechas por cualquiera de los cónyuges, a título de donación, herencia o legado, se agregan a los bienes del cónyuge donatario, heredero o legatario, y que las adquisiciones hechas por ambos cónyuges simultáneamente, a cualquiera de estos títulos, no aumentan el haber social sino el de cada cónyuge. Tómese el artículo 1782, sin relacionarlo con el que lo precede, y ha de imponerse la conclusión de que el dinero heredado durante el matrimonio por cualquiera de los cónyuges, aumenta el haber del heredero en vez de agregarse al de la sociedad. Pero coordínense estas dos disposiciones, colocadas dentro de un mismo capítulo, una después de otra, y será preciso concluir diciendo que el artículo 1782 del Código mira a las adquisiciones de bienes raíces solamente, puesto que las de dinero y otras especies muebles, no eximidas de la comunión en las capitulaciones o en la lista testificada que autoriza la ley, deben entrar en el haber de la sociedad conyugal. Si el anterior razonamiento no fuera concluyente, como lo estima la Corte, bastaría recordar que, según el artículo 1795 del Código Civil, toda cantidad de dinero y de cosas fungibles, todas las especies, 'créditos', derechos y acciones que existieren en poder de cualquiera de los cónyuges al tiempo de disolverse la sociedad, se presumirán pertenecer a ella, a menos que aparezca o se pruebe lo

Págs.

Págs.

contrario. Debe presumirse, pues, que el acreedor en la cuenta abierta bajo el nombre particular de la actora — si es que esa cuenta subsiste y arroja un saldo activo contra alguna persona, puntos sobre los cuales la Corte se abstiene de adelantar conceptos — no es personalmente esa cónyuge sobreviviente, sino la disuelta sociedad conyugal que ella formó con su cónyuge finado." (Casación, XLII, Nos. 1901 y 1902, agosto 31 de 1935). ..... 490, 1ª y 2ª

BUENA FE

- Nº 21 -

El actor recurrente en un juicio de reivindicación sostenía en casación que el demandado comprador de la finca reivindicada había procedido de mala fe en la adquisición, como lo pretendía demostrar con dos declaraciones de testigos.

"Estas declaraciones son las de los dos testigos que se leen en los folios 2 y 3 del cuaderno de pruebas de los demandantes en la segunda instancia. Dicen que Acosta manifestó públicamente, y así se lo oyeron, que había comprado barato y que no temía pleito porque los interesados en esto no tenían con qué pleitear. Como se ve, esto no es prueba de que él conceptuara que su vendedora no tenía facultad de enajenar ni de que el contrato adoleciese de fraude u otro vicio. El pleito que los testigos sugieren que él pudo temer no se sabe si fuera relativo a lo bajo del precio o a otra causa". (Casación, XLII, Nº 1900, agosto 2 de 1935). 366, 1ª

C

CALIFICACION DE LA DELINCUENCIA

- Nº 22 -

Se había calificado en segundo grado la delincuencia de unos individuos condenados como circuladores de moneda falsa.

".....Es que en el plano del derecho, es decir, cualitativamente, se estimaron por el Tribunal como agravantes, circunstancias que para el caso no surgen en realidad. La del mayor número de personas que concurrieron a la perpetración del delito (C. P., artículo 117, numeral 5º), concepto elástico de suyo, por la dificultad de determinar cuál es ese número, bien observa el señor Prorador que no cabe propiamente en tratándose del hecho imputado a los Munévar y a Rafael Niño, o sea la circulación fraudulenta de unas pocas monedas falsas, sin distribución de actividades entre los delincuentes, coacciones o amenazas. De esta suerte, ante la situación de duda en que jurídicamente debió sentirse el Tribunal respecto de la aplicación del artículo 123 del Código Penal, o mejor dicho, en lo relativo a la graduación del delito para la aplicación de la pena, teniendo en cuenta el elemento de agravación de la mala conducta anterior de los reos, único que restaba, con base en documentos que no convergen en forma clara a esas personas, lo procedente era la calificación más benigna de la delincuencia, en grado tercero, de conformidad con el artículo 129 del propio Código. La Sala estima, pues, que la solución distinta dada por el Tribunal de Ibagué en este punto de la aplicación de la pena, significa una violación de los referidos artículos 123 y 129 del Código Penal, y de consiguiente la sentencia recurrida debe infirmarse en virtud de la causal 1ª del artículo 3º de la Ley 118 de 1931 invocada por los recurrentes y el señor Procurador, dictándose por la Corte la que ha de reemplazarla (artículo 4º de la citada ley)". Casación, XLII, Nos. 1901 y 1902, febrero 26 de 1936). ..... 525, 2ª y 526, 1ª

CALIFICACION DE LA DELINCUENCIA

- Nº 23 -

La jurisprudencia de la Corte ha sido constante en estimar que se requieren por lo menos dos circunstancias agravantes, cuando hay atenuantes, para que la calificación se haga en segundo grado. (Casación,

Págs.

XLII, Nº 1897, mayo 22 de 1935) ... 62, 2ª

CAMBIO DE RADICACION DE UN SUMARIO

- Nº 24 -

El padre de un individuo que murió, según presumía, de muerte violenta, pidió el cambio de radicación del sumario que se les seguía a los presuntos responsables.

"Dice el artículo 39 de la ley 105 de 1931: 'El gobierno, de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia, puede disponer que los procesados o sindicados por delitos de la competencia del Juez superior de distrito judicial.... etc.' Como se ve, tanto en el caso en que la medida se solicite por enfermedad del sindicado, como en pro de la recta administración de justicia, la Corte debe basar su concepto en las pruebas presentadas al gobierno por el INTERESADO. Esta calidad de interesado tiene que interpretarse necesariamente en un sentido legal, v. gr., en tratándose de las personas o partes que intervienen en los procesos criminales, que no son otras que los procesados, el propio ofendido, el acusador particular, los defensores y el ministerio público. La interpretación contraria conduciría a darle a la solicitud sobre cambio de radicación, el carácter de acción popular, lo que no está de acuerdo con la letra, ni con el espíritu de la ley. Nuestra legislación establece que por denuncia de una persona cualquiera y por delitos que deban averiguarse y penarse de oficio, se inicie y lleve a cabo la investigación correspondiente; pero de ahí en adelante, ni aun el mismo autor del denuncio tiene intervención en el procedimiento, mientras no se constituya acusador particular.... El sólo parentesco no autoriza esta clase de pedimentos, así por el sentido netamente legal que, según atrás se dijo, procede dar a la palabra interesado de que se vale el código, como porque en esa vía sería imposible fijar un límite entre las personas a quienes pudiera aceptarse la solicitud". (Acuerdo de la Sala de Casación en lo Criminal, septiembre 4 de 1935, Nº 1900) ..... 379, 2ª, y 380, 1ª

CASACION

- Nº 25 -

Se decía en el recurso de casación de la sentencia sobre pago de una suma de dinero que el sentenciador había infringido el artículo 471 del Código Judicial, en cuanto ordena que las sentencias deben ser claras, precisas y en consonancia con las demandas y demás pretensiones de las partes.

"Este precepto, cuando por algún respecto ha sido infringido, no puede por sí mismo motivar la infirmación de un fallo en casación, siendo como es de simple reflexión y orden para los jueces, quienes, si a él faltan, habrán infringido con él otras disposiciones de las que sí dan motivos de casación; en ese caso, lo que debe atacarse es la infracción de esas disposiciones, pero no la del artículo 471". (Casación, XLII, Nº 1899, julio 5 de 1935) 311, 2ª

CASACION EN LO CRIMINAL

- Nº 26 -

El análisis de pruebas es ajeno de la competencia de la Corte en recurso de casación, puesto que no se refiere a la prueba del cuerpo del delito. (1). (Casación, XLII, Nº 1898, julio 24 de 1935) 207, 1ª

CASACION EN LO CRIMINAL

- Nº 27 -

Se alegaba como causal de casación el hecho de existir error, según el recurrente, en la apreciación de la prueba de la responsabilidad del acusado.

"Dice al respecto el señor Procurador General de la Nación: 'Esta causal, en la forma en que la presenta el recurrente, no la reconoce la ley. El error en la apreciación

(1) Artículo 3o., ordinal 3o., ley 118 de 1931.

Págs.

de la prueba relativa a la responsabilidad del acusado, es muy distinto del error en la apreciación de la prueba en el cuerpo del delito. De suerte que lo que digan los testigos en orden a la demostración de que Reina fue el autor del delito, no es fundamento de la causal tercera reconocida por la ley. En consecuencia, todo lo alegado al respecto está fuera de lugar'. A esta procedente consideración del señor Procurador agrega la Corte que no es misión de ella, como Corte de Casación, examinar de nuevo las pruebas sobre las cuales falló el Jurado como tribunal de conciencia: Para el juez de derecho y, por ende, para el Tribunal sentenciador, la decisión del Jurado es un VEREDICTO, es decir, 'Lo dicho con verdad'. De suerte que el Jurado debe fundar su veredicto en las pruebas del proceso; pero el juez de derecho y el Tribunal deben fundar su sentencia en el veredicto como prueba. Sólo tratándose de cuestiones técnicas, como son las referentes al cuerpo del delito, entra la Corte de Casación a examinar cuestiones de hecho prescindiendo del veredicto del Jurado y aun contra tal veredicto. Y la razón es clara: la misión del Jurado es apreciar en conciencia la responsabilidad, hacer la calificación de los hechos criminosos (artículo 236 de la ley 57 de 1887); los jurados 'no ejercen jurisdicción, ni son los que condenan o absuelven a los acusados, ni su misión tiene por objeto la persecución ni el castigo de los delitos, sino sólo el decidir si el acusado es o no culpable del crimen que se le imputa' (artículo 304 de la misma ley 57). Si la Corte procediera a analizar cada una de las pruebas de la responsabilidad y a hacer el estudio crítico de ellas, se convertiría en un tribunal de instancia y desnaturalizaría su oficio de Supremo Tribunal de casación. De ahí que la Corte se abstenga de aludir a las apreciaciones que el recurrente formula sobre las pruebas testimoniales del proceso". (Casación, XLII, Nº 1898, julio 19 de 1935) 198, 2ª

Págs.

CASACION EN LO CRIMINAL

- Nº 28 -

No corresponde a la Corte, cuando falla como Corte de casación, analizar las pruebas del proceso para ver si en el juicio de que se trata resulta confirmada o infirmada la presunción legal de premeditación. En el recurso de casación lo acusado es la sentencia del Tribunal, no el proceso ni el hecho que a éste se imputa. Por consiguiente, lo único que debe examinarse cuando se propone la cuarta causal de casación, es si la sentencia del Tribunal está o no en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder. (Casación, XLII, Nº 1898, agosto 2 de 1935) 214, 1º

CASACION EN LO CRIMINAL

- Nº 29 -

Erró el abogado defensor de un reo la cita de una ley para la interposición del recurso de casación, pues citó los numerales de la ley 78 de 1923, en vez de los de la ley 118 de 1931

"En derecho formulario estricto la causal invocada no sería atendible por error de cita. Pero como el principio es el mismo en el inciso 3º de la ley anterior y en el inciso 4º de la ley vigente, en los artículos respectivos, debe atenerse el juzgador a lo esencial de la causal y no a su forma, principio de interpretación consignado en el artículo 5º de la ley 118 de 1931, ya que este artículo establece que para que el recurso de casación se conceda basta que se interponga dentro del plazo de quince días siguientes a la notificación de la sentencia, alegándose y fundamentándose luégo las causales que se invoquen (artículo 6º, ley 118 de 1931). Y como aquí se hizo por el abogado del recurrente esa alegación fundándose en el principio de ambos incisos, lo jurídico es atender a lo esencial, a la causal en sí y no a la forma en la ordenación legal vigente. Lo propio cabe apuntar respecto del numeral primero del artículo 3º de la ley 78 de 1923, cau-

tituído hoy por el numeral primero del artículo 3º de la ley 118 de 1931, que es la otra causal alegada por el abogado del recurrente, y que por la misma razón debe estudiarse, es decir, en atención del principio jurídico consignado como causal en ambos incisos". (Casación, XLII, Nº 1900, diciembre 18 de 1935) (1).....

CASACION EN MATERIA CRIMINAL

- Nº 30 -

Se había impuesto la pena de dos años de presidio a una mujer que en el momento del parto mató a su hija para evitar la deshonra. Interpuso el Fiscal el recurso de casación.

"Todo el problema gira alrededor de los artículos 1º y 4º de la ley 78 de 1923, que establece y reglamenta el recurso de casación en materia criminal, los cuales textos rezan como sigue: ...Punto reconocido tanto ayer como hoy, es el muy esencial de que estos dos artículos no se hallan derogados, modificados o sustituídos, expresa ni tácitamente, por las disposiciones de la ley 118 de 1931, única que se refiere, con posterioridad a la 78 de 1923, al recurso de casación en negocios criminales. Y cuestión inconcusa es también, que al tenor del copiado art. 4º de la ley de 1923, el recurso de casación se ha establecido no sólo en favor de los reos, sino de la sociedad, ya que se permite interponerlo a los agentes del ministerio público; y nadie ignora que la misión de éstos funcionarios tanto puede tener por finalidad la de procurar las medidas más severas para la represión de los delitos, como la de evitar que contra los procesados se ejerzan sanciones excesivas que no se compadezcan con la aplicación estricta de los estatutos penales. Ahora bien: establecida la casación, según nuestro derecho estricto, con el fin principal de uniformar la jurisprudencia y con el de enmendar los agravios inferidos a las partes (la segunda locución desapareció en la ley 105 de 1931), necesario es aquí y dondequiera que el recurso exista, un límite de asuntos que deban ser materia de él, precisamente para que pueda alcanzarse aquel objetivo primordial, sin que la jurisprudencia se evapore en el laberinto de los casos triviales. ....Pero surge entonces la cuestión capital, y es la de determinar cuál es el sitio en donde debe aparecer valorada esa pena; si en la escala de castigos del código, o en la imposición que de ella se hace en las sentencias pronunciadas por los tribunales superiores. En el primer evento, cabría la tesis hasta hoy en boga de considerar admisible el recurso de casación contra sentencias absolutorias o impositivas de penas inferiores a seis años de presidio; en el segundo, es del todo insostenible la teoría. El texto del artículo 1º de la ley 78 de 1923 es flagrantemente claro. Al establecer el recurso de casación, se vale de las siguientes voces: 'contra las sentencias definitivas que pronuncien en última instancia los Tribunales Superiores de distrito judicial y 'de las cuales' (se subraya) resulte al reo la imposición de una pena que sea o exceda de seis años de presidio, reclusión o prisión'. La frase relativa 'de las cuales', del género femenino, no tiene en el cuerpo de la disposición otro antecedente a qué referirse, que las sentencias de los Tribunales. Buscarle a esa frase, para concordarla, un sustantivo distinto, v. gr., 'contra las sentencias 'que versen sobre delitos' de los cuales resulte al reo la imposición de una pena mayor de seis años', es no sólo forzado, sino imposible, ante el inequívoco sentido gramatical del artículo. Y en el supuesto de que interpretativamente fuera dado confrontar la cuantía del proceso a la faz de los preceptos del código penal, con abstracción de las sentencias, siendo así que en él los delitos se castigan en una escala que fluctúa entre dos extremos, cabe preguntar: Deben buscarse los seis años de la pena en el

(1) Concordancia: igual doctrina sienta la sentencia de fecha 5 de febrero de 1936, Sala de Casación en lo Criminal, **Gaceta Judicial**, Nos. 1901 y 1902, 507, 1a.

mínimo, en el medio o en el máximo? Cuál entonces el criterio fijo para la casación de sentencias sobre delitos como el de heridas, contemplado en el art. 646 del código, y cuya pena es de cuatro a ocho años de presidio? Pretender localizar los seis años en el medio o en el máximo de las escalas del código, equivale, en teoría, a descartar la casación para delitos castigados allí a la pena de seis años en el grado mínimo. Y de buscarlos siempre en el mínimo —quizá lo menos ilógico— en la práctica se privaría del recurso a los reos que, como en el caso del artículo 646 acabado de citar, donde se castiga en el mínimo con pena de cuatro años, pudieran ser condenados a seis o a ocho años en el medio o en el máximo. Y de aceptar al ministerio público la interposición del recurso de casación contra las sentencias absolutorias o de condenación inferior a seis años o más de que habla la ley 78 de 1923, no serían raros los casos en que por la misma razón habría de admitir el recurso también al reo condenado a menos de seis años. Por ejemplo: aquel a quien calificada su delincuencia en el medio de una disposición como la del nombrado art. 646, y que por habérsele reducido la pena en una sexta parte (art. 124 del código penal), fue sentenciado a cinco años, cuatro meses de presidio, intentara venir a la Corte a alegar su absolución o la condena en grado tercero. La única norma segura, pues, para obtener la cuantía de la casación en materia penal es la que, informándose de manera absolutamente fiel en el texto del artículo 1º de la ley 78 de 1923, busca el límite de los seis años en la imposición que de la pena se hace en las sentencias de los Tribunales Superiores. Así se armonizan los dos artículos de esa ley, el 1º y el 4º, al rededor de los cuales, según se dijo atrás, gira el problema de la admisión del recurso mencionado. Por el primero se establece el recurso, se determina la clase de negocios que deben ser objeto de él con base en la cuantía de la pena; y en el otro se otorga no solamente a los agentes del ministerio público, para que en los asuntos que revisten la importancia inherente a esa cuantía, puedan ocurrir a la Corte, ya en demanda de mayor severidad en los castigos, ora con el propósito de que se repare cualquier exceso o error en la apreciación de la causa de los reos. Y el argumento de que otras interpretaciones se imponen en aras de la defensa social y de la represión de los delitos, no parece aceptable en tratándose del recurso de casación; porque además de que ese cuidado incumbe y debe dejarse con plena confianza a los juzgadores de instancia, no puede perderse de vista la índole misma de este recurso, que mira ante todo a la unificación de la jurisprudencia, y cuya finalidad no es propiamente la de dirimir el litigio en los negocios civiles, ni la del juzgamiento del reo en los procesos penales, sino la de confrontar la estricta aplicación que de la ley se haya hecho en las sentencias de último grado proferidas por los Tribunales Superiores. Las anteriores consideraciones sirven a la Corte para llegar a la conclusión de que no siendo la sentencia del Tribunal de Bogotá, en el caso estudiado, impositiva de pena de seis o más años de presidio, reclusión o prisión, no es susceptible del recurso de casación interpuesto por el ministerio público". (Auto, XLII, números 1901 y 1902, marzo 27 de 1936) (1) ..... 537, 2ª, y 538, 1º y 2ª, 539, 1ª y 2ª

Págs.

CASO FORTUITO LIBERATORIO

- Nº 31 -

Los municipios de Medellín y Envigado celebraron un contrato por el cual aquél quedó autorizado para ocupar las vías públicas del municipio de Envigado en la extensión necesaria para una línea tranviaria,

(1) Cita la Corte los autos de fechas 30 y 31 de enero de 1933 en que se estableció la doctrina contraria. (GACETA JUDICIAL, Tomo XLI, Nº 1894, página 389).

servicio por el cual le daría a Envigado la suma mensual de $ 150 pesos, lo que se estipuló en la cláusula 7ª del contrato. Posteriormente la Asamblea de Antioquia profirió una ordenanza por la cual refundió los impuestos departamental y de tránsito. Alegó entonces el municipio de Medellín que esa ordenanza introducía un evento imprevisto y que, por consiguiente, no debía aplicarse el contrato con Envigado. No habiendo aceptado éste la exigencia de reforma del contrato demandó al de Medellín para que se le obligase a cumplirlo estrictamente y, especialmente, la cláusula séptima. Consideró el Tribunal sentenciador que estaba probada la excepción perentoria de caso fortuito respecto de la petición del actor tendiente a que se obligara al Municipio de Medellín a cumplir la expresada cláusula. En casación alegó el Municipio de Envigado violación del artículo 1º de la Ley 95 de 1890 y de los artículos 1625, 1604, 1729, 1731 del Código Civil. Dijo la Corte:

"Con respecto a los fundamentos que, por lo antes dicho, se estudian conjuntamente, la Corte considera: 1º Ningún acontecimiento en sí mismo constituye fuerza mayor o caso fortuito liberatorio con respecto a una determinada obligación contractual. La cuestión de la fuerza mayor no es una cuestión de clasificación mecánica de acontecimientos. Cuando de tal fenómeno jurídico se trata, no sólo hay que examinar la naturaleza misma del hecho, sino indagar también si éste reúne, con respecto a la obligación inejecutada, los siguientes caracteres: a) No ser imputable al deudor; b) No haber concurrido con una culpa de éste, sin la cual no se habría producido el perjuicio inherente al incumplimiento contractual; c) Ser irresistible, en el sentido de que no haya podido ser impedido y que haya colocado al deudor —dominado por el acontecimiento— en la imposibilidad absoluta (no simplemente en la dificultad ni en la imposibilidad 'relativa') de ejecutar la obligación; d) Haber sido imprevisible, es decir, que no haya sido lo suficientemente probable para que el deudor haya debido razonablemente precaverse contra él, aunque por lo demás haya habido con respecto al acontecimiento de que se trate, como lo hay con respecto a toda clase de acontecimientos, una posibilidad vaga de realización. 2º Esas cuatro caracteres de la fuerza mayor liberatoria (o caso fortuito liberatorio, pues ya tiene establecida la doctrina, que las dos expresiones son sinónimas), pueden reducirse, bien analizadas las cosas, a la noción de 'imposibilidad de ejecución' que se subdivide en varios elementos: en el espacio, imposibilidad de ejecución propiamente dicha, y, en el tiempo, imposibilidad de prever y evitar el acontecimiento (1). En efecto: la no imputabilidad (en sus dos manifestaciones: ausencia de culpa anterior y ausencia de culpa concomitante), constituye un requisito que en realidad queda absorbido por el de la irresistibilidad, que es la imposibilidad para el deudor de obrar de un modo distinto a como ha obrado; y, por su parte, la imprevisibilidad queda comprendida en la 'imposibilidad absoluta de ejecutar', que implica imposibilidad absoluta de prever y de evitar. De todo lo cual resulta que ningún acontecimiento, sea cual fuere la naturaleza de éste, puede constituír con respecto a una determinada obligación en dinero, como la contenida en la cláusula 7ª del contrato que se estudia, fuerza mayor o caso fortuito liberatorio, porque —según se ha visto— la fuerza mayor liberatoria supone imposibilidad absoluta de ejecución (es decir, una imposibilidad que, por ser absoluta, se aprecia, no con respecto a las condiciones peculiares del deudor, sino con relación a un tipo abstracto de deudor), y es claro que no se concibe tal imposibilidad para la entrega de una suma de dinero, así como no se concibe, en general, para las obligaciones de género: 'genera non pereunt'. Mientras que la fuerza mayor puede tener muy vasta aplicación si se ha prometido un cuerpo cierto, y una aplicación ya menor si el objeto hace parte de un 'genus limitatum', si el deudor debe una cosa

Págs.

Págs.

de género que no pertenezca a un 'genus limitatum', no puede invocar la fuerza mayor para no entregarla. 4º Como la obligación a cargo de Medellín, contenida en la cláusula 7ª citada, es una obligación de dinero, la Ordenanza número 37 de 1929 no constituye con respecto a ella una fuerza mayor liberatoria, según se desprende de todo lo dicho, pues no colocó ni pudo colocar al Municipio de Medellín en la imposibilidad de ejecutarla. 5º De todo lo expuesto se deduce que el Tribunal, al considerar la mencionada Ordenanza como fuerza mayor o caso fortuito, que extinguió la obligación impuesta a Medellín por la citada cláusula 7ª, violó los textos legales citados por el recurrente que definen la fuerza mayor y reglamentan, en parte, lo concerniente a la extinción de las obligaciones". (Casación, XLII, Nº 1897, julio 5 de 1935) ..... 54, 1ª y 2ª

CAUSAL DE CASACION EN LO CRIMINAL

- Nº 32 -

Se invocaba en un juicio por abigeato la causal 4ª del artículo 3º de la ley 118 de 1931.

"Esta causal se refiere no sólo a los juicios por Jurado, sino a aquellos en que interviene únicamente el Juez de derecho, caso en el cual la causal puede prosperar cuando la irregularidad consista en la discrepancia entre la sentencia y los cargos formulados en el auto de proceder". (Casación, XLII, números 1901 y 1902, febrero 5 de 1936) 507, 2ª

CAUSAL DE CASACION EN LO CRIMINAL

- Nº 33 -

Objetaba el recurrente en un juicio por homicidio que no habiendo contemplado el auto de proceder la circunstacia de la premeditación y no habiéndose considerado ésta en la sentencia, estaba fundada la cuarta causal de casación.

"Se repite que la ley ordena determinar el hecho en el cuestionario 'conforme al auto de proceder', y en el auto de enjuiciamiento dictado en este proceso no se mencionó para nada la premeditación.... La Corte acoge, como conclusión en el estudio de esta causal, el siguiente concepto del alegato formulado por el abogado doctor Luis Enrique Galindo: '....no mencionando el auto de enjuiciamiento el elemento de premeditación, no haciendo a él alusión alguna, no puede recaer la sentencia sobre lo no especificado en tal auto. Por lo tanto, esa sentencia pasó los límites dentro de los cuales ha debido dictarse, no encuadrándose sobre lo formulado en el auto de proceder'. Resulta, pues, que por este segundo aspecto, 'no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder', también está fundada la cuarta causal de casación y así habrá de declararlo la Corte". (Casación, XLII, Nº 1898, agosto 2 de 1935) (1) ..... 213, 2ª y 214, 1ª

CESION DE CREDITOS

- Nº 34 -

Neftalí Rueda y Neftalí Rueda Rocha demandaron en juicio ordinario al cesionario de unos créditos

(1) Demogue: Tomo VI, número 536. Cita de la Corte. Dice así el párrafo a que alude la Corte, tomado del Traité des Obligationsen Général, del citado autor: "La noción de fuerza mayor, tal como se deduce de la jurisprudencia francesa, es muy sencilla. Ella se identifica con la imposibilidad de ejecución que se subdivide en muchos elementos: en el espacio, la imposibilidad de ejecución, y en el tiempo la de prever y de evitar el suceso, en fin, la ausencia de culpa. La jurisprudencia, ya se trate de materia penal o civil, exige lo mismo para reconocer la fuerza mayor. Es necesario que en caso de acto de un tercero no haya cometido el deudor ninguna culpa y que no haya podido ni prever, ni impedir el suceso". (Nota del Relator de la Corte).

(1) Artículo 3º Ley 118 de 1931.

contra aquellos, Luis Eladio Benítez García, para que se declarasen nulas las cesiones. Recurrieron en casación de la sentencia absolutoria del Tribunal manifestando que Benítez no es dueño de los créditos cedidos y que no sólo no lo era cuando solicitó las diligencias preventivas de embargo de bienes de los deudores cedidos, época para la cual no estaba notificada la cesión, sino que no lo es en absoluto por no haber habido pago del precio, ni ánimo de trasferir ni de adquirir, lo cual, dice, lo acreditan las posiciones en que tal confiesa el demandado.

"Se observa: Benítez hubo de absolver posiciones, una vez antes del presente juicio y una en cada instancia, como consta en el cuaderno número 3°.... Extrajuicio, los señores Garcías (1), absolvieron posiciones en 4 y 9 de febrero de ese año (cuaderno número 3, folios 6, 17 y 18). Uniformemente afirman los tres que el negocio de las cesiones tuvo dos épocas, una de mero proyecto o apalábramiento y otra de realización, y que si en aquélla no había aún contrato efectivo ni pago de precio, aunque sí se habían puesto las notas respectivas, en la segunda, que fue cuando ya quedó cerrado el negocio, sí hubo tal transferencia de una parte y tal adquisición de la otra parte, con el ánimo del caso por una y otra parte, y hubo pago del precio. Así explican que Benítez otorgara los recibos por intereses de que hablan los demandantes, no en nombre propio, sino como apoderado del acreedor primitivo, porque la celebración de aquellos contratos no tuvo realidad y, por ende, éstos no se perfeccionaron, sino algún tiempo después. Que para las cesiones aquí cuestionadas hubiera las dos épocas de que hablan quienes las celebraron: una de proyecto en que se ignora si sobrevendrá voluntad y si ocurrirá pagar, y otra en que, contratándose, adviene la voluntad de las dos partes y se precisa el contrato porque éste efectivamente

(1) Cayetano y Gregorio, cedentes, observa el Relator.

Págs.

se celebra, es algo de ocurrencia constante en la vida de los negocios. Y si las cesiones de que se trata estaban ya celebradas cuando se instauró la demanda inicial del presente juicio, es claro que la pretensión de anularlas no puede prosperar porque se haya comprobado que a ellas antecedió aquella época de preparación o gestación en que no había aún ni ánimo de trasferir, ni ánimo de adquirir, ni pago del precio. Y esto es así, aunque mediase algún tiempo entre la celebración efectiva de los contratos de cesión y la oposición anticipada de las notas en que aparecían celebrados ya, sin estarlo aún. En suma, habiéndose de juzgar esas cesiones a la luz con que aparecen en este pleito, sería inaceptable anularlas porque en época anterior al mismo no tuvieran aún elementos que dentro de éste sí tienen ya". (Casación, XLII, números 1901 y 1902, agosto 22 de 1935) ..... 467, 1ª y 2ª

CESION DE DERECHO DE AGUAS

- Nº 35 -

Véase AGUAS.

CESION DE UN CREDITO DE LA NACION POR MEDIO DE UNA LEY

- Nº 36 -

"La cesión que de un crédito a su favor hace la Nación a un Departamento por medio de una ley especial, no está sujeta a las disposiciones del Cap. 1º, Tit. 25 del C. C., que regulan la cesión de los créditos personales. Tal acto es una especie de transmisión que se rige por la misma ley que la establece. (Art. 1966 del C. C.).... Cuando se trata de una cesión de créditos hecha por ministerio de la ley, no se necesita la notificación de la cesión al deudor, porque ésta queda notificada cuando empieza a regir la ley, ya que se supone que todos los ciudadanos deben conocerla desde que empieza su observancia. (Arts. 9 del C. C. y 56 de la Ley 4ª de 1913)". (Auto, Sala de Negocios Generales, XLII, números

Págs.

1901 y 1902, septiembre 21 de 1935). 634, 2ª y 635, 1ª

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES Y ATENUANTES

- Nº 37 -

"Los artículos 117 y 118 del Código Penal establecen de modo taxativo todos y cada uno de los hechos que constituyen circunstancias agravantes y atenuantes para los efectos penales, ya que a pesar de lo que dispone el artículo 119 ibídem no es admisible en Derecho Penal calificar y aplicar por mera semejanza o analogía como circunstancias agravantes y atenuantes hechos que no están contenidos en aquellas disposiciones. En el sistema de mecanicismo de nuestro Código, que no se conforma en todo con los principios científicos, se ha establecido sin embargo una regla general de justicia para los diversos casos que puedan ocurrir en la graduación de los delitos, según las circunstancias. Si hubiere circunstancias agravantes y ninguna atenuante, la calificación del delito se hará en el primer grado; al reo se le aplicará el máximo de la pena señalada en la ley, y podrá disminuírse hasta una sexta parte de la diferencia entre el máximo y el mínimo. Si hubiere circunstancias atenuantes y ninguna agravante, la calificación se hará en tercer grado; al delito se aplicará el mínimo de la pena, podrá aumentarse hasta una 6ª parte entre el máximo y el mínimo. Si concurrieren al mismo tiempo circunstancias atenuantes y agravantes, la calificación se hará en segundo grado; al delito se aplicará el término medio del mínimo y máximo señalado por la ley, y podrá aumentarse o disminuírse hasta una sexta parte de la diferencia entre el máximo y el mínimo". (Casación, XLII, Nº 1898, julio 22 de 1935) 202, 2º

COADYUVANTE

- Nº 38 -

La viuda de cierto individuo demandó a X. para que se le condenase al pago de una suma de dinero a favor de la mortuoria, dijo, de su esposo. Como perdiese el pleito por haber considerado jurídicamente el sentenciador que el cónyuge sobreviviente no representa en juicio a la herencia por sí solo, alegó en casación que habiendo coadyuvado la demanda uno de sus hijos, eso solo bastaba para que se estimase el interés legítimo que había en la demanda. Dijo la Corte:

"La Corte no tiene por qué entrar a considerar si el Tribunal debió o no admitir como coadyuvante a una persona a quien la futura sentencia no podía perjudicarle jurídicamente, por no estar representada por la viuda la sucesión a cuyo favor ella hacía la petición; provecho o perjuicio esencial para poder coadyuvar o defender la causa de otro, ya fijada por la LITIS CONTESTACION y desde entonces; pero aceptando el hecho cumplido de la intervención de un tercero como coadyuvante, es preciso entender que, en sentir de la Corte, cuando una persona coadyuva o defiende la causa que le interesa, la toma tal y como quedó fijada desde la LITIS CONTESTATIO; de tal manera que la intervención del coadyuvante no puede venir a darle posteriormente al actor una personería de que éste carecía, ni a crear un derecho que el otro no tuvo originalmente, ni a reformar la demanda. El artículo 471 del Código Judicial exige así que la sentencia debe dictarse en consonancia con la demanda y demás pretensiones OPORTUNAMENTE deducidas por las partes; esa oportunidad no puede ser otra que la LITIS CONTESTATIO. Es entendido que queda a salvo el derecho que pueda tener la sucesión debidamente representada, para demandar de nuevo". (Casación, XLII, Nº 1897, mayo 13 de 1935) 9, 1ª

COADYUVACION EN UN PLEITO

- Nº 39 -

Se controvertía en un pleito sobre el carácter de heredero de una de las partes. Un extraño al pleito

Págs.

pretendió que se le admitiera como coadyuvante en él.

"La Corte no puede aceptar la coadyuvación propuesta porque ella no cabe aquí legalmente. Se coadyuva en un juicio cuando una persona distinta de las partes interviene en el pleito con personería para hablar en él, emanada de causa o derecho distinto del derecho que es materia del juicio mismo. Admitir una coadyuvación que se funda en el reconocimiento anticipado de los derechos que van a ser materia de la decisión judicial que se persigue, es absurdo porque implica petición de principio, ya que da por demostrado o probado precisamente lo que se trata de establecer en el juicio, y fallar en tales condiciones implicaría la calificación en un incidente de los hechos y del derecho aducidos y alegados en el pleito principal". (Auto, Sala de Negocios Generales, XLII, Nos. 1901 y 1902, septiembre 23 de 1935) .....

COMPETENCIA

- Nº 40 -

Remitió el Tribunal a la Sala de Negocios Generales de la Corte el incidente de excepciones en juicio ejecutivo, propuestas cuando aún regía el antiguo Código Judicial.

La Corte, para resolver, considera: La comisión que redactó el proyecto que se convirtió en la Ley 105 de 1931, dijo en su exposición de motivos que el artículo 1228 'declara exactamente la misma doctrina del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, pero empleando una terminología más jurídica'. Dicho artículo 1228 está concebido 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 el 40 de la Ley 153 dispone 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'. Tanto este artículo 40 como el 1228 contienen una misma regla general y también una misma excepción. En el principio general se establece que las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad prevalecerán sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir, y que, por tanto, la Ley 105 habría de aplicarse en los juicios pendientes en el instante en que entrase en vigencia. Conforme a esta regla, inmediatamente que entra a regir la nueva ley procesal, todos los procedimientos quedan afectados por ella, cualesquiera que sean las consecuencias jurídicas a que conduzca la innovación: todas las sustanciaciones y las ritualidades de los juicios se acomodarán sin dilación a la nueva forma establecida. Pero el principio general tiene una excepción que instituye que las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, los términos no vencidos, los recursos interpuestos, y las tercerías o incidentes introducidos, se rigen por la ley aplicable al tiempo de su iniciación o en que empezó el término, se interpuso el recurso, o se promovió la tercería o el incidente. Para el establecimiento de esta excepción la Comisión redactora del proyecto, que es la Ley 105, dijo que las viejas normas no deberían sobrevivir, 'sino en aquello que verdaderamente constituye un derecho adquirido'. Sobre esta base, el establecimiento del principio general se justifica, porque si el objeto de los procedimientos es la regulación de las formas con que se proponen, discuten y resuelven las cuestiones deducidas ante los Tribunales, el cambio que en ellas se verifique no puede afectar el derecho mismo, porque debe presumirse que las leyes nuevas son mejores que las que ellas reemplazan. No todos los preceptos del derecho procesal son arbitrarios, y por consiguiente transi-

Págs.

575, 2ª

torios. Si estos preceptos —que comprenden la organización judicial y el procedimiento propiamente dicho— tienen como fin reconocer y hacer efectivo el derecho que consagra la ley sustantiva, respetando las situaciones jurídicas establecidas, es indudable que encierran en sí dos objetos diferentes: el uno principal, que mira al derecho disputado, que es su objeto final; secundario el otro, que se refiere a la reglamentación. Por el objeto principal el fin de tales leyes es el reconocimiento del derecho y su garantía, lo cual no podría vulnerarse por una ley procesal, porque se atentaría contra el derecho sustantivo mismo; por el secundario, estas leyes dicen referencia al procedimiento ejecutivo acerca del cual el legislador puede fijar las normas que estime mejores, para que se apliquen inmediatamente. Dentro de esta diferenciación, las leyes procedimentales producen efectos distintos, porque si su aplicación afecta el derecho en su fin último o puede llevar consigo la pérdida de los medios para el reconocimiento del derecho que se discute, es claro que debe regir la ley antigua, pues de otro modo se vulneraría el derecho sustantivo mismo; en tanto que si la nueva ley rechaza un procedimiento anterior por innecesario e inconducente y que dificultaba por sus defectos el último fin del procedimiento, es natural que debe ser aplicada inmediatamente. De modo que dentro de la equidad y la lógica jurídica la excepción contenida en los mencionados artículos 40 y 1228, debe quedar encerrada en los límites de las actuaciones y diligencias iniciadas, los términos no vencidos, los incidentes introducidos, etc., cuya modificación vendría a afectar la defensa de los derechos de las partes en su último resultado.... De todo lo expuesto se deduce que una ley nueva que cambie la competencia debe respetar los derechos adquiridos, las situaciones establecidas, para evitar la vulneración del derecho sustantivo mismo. De aquí se deduce que habiendo conocido del incidente de excepciones el Tribunal de Cundinamarca antes de regir la Ley 105 de 1931, debe continuar en su conocimiento hasta agotar la actuación del incidente, del cual hace parte la diligencia de notificación del fallo". (Auto, Sala de Negocios Generales, XLII, N° 1897, mayo 13 de 1935) ..... 72, 1ª y 2ª, 73, 1ª y 2ª

Págs.

Págs.

CONFESION

- N° 41 -

En juicio sobre pago de una suma de dinero a que fue condenado el demandado, afirmaba éste en casación que el Tribunal había violado los artículos 91 y 92 de la Ley 153 de 1887 y 605 del Código Judicial al dar fuerza de plena prueba a la confesión de la deuda tratándose de una suma mayor de quinientos pesos, obligación que debió constar por escrito. La Corte transcribe la confesión en posiciones del demandado recurrente y dice:

"Cuando el Tribunal admitió como prueba de confesión la anterior manifestación de Caicedo hecha ante el Juez del Circuito de su domicilio, sobre un contrato de compraventa de balata ya extraída del árbol, no violó los artículos 91 y 92 de la Ley 153 de 1887, porque la prueba que estas disposiciones exigen para establecer la entrega o promesa de una cosa que valga más de quinientos pesos, es la prueba de testigos, pero no la prueba por excelencia, que es la confesión de la parte misma. La venta de bienes muebles, como es el caso, no es un contrato solemne, sino consensual, que a falta de prueba escrita puede acreditarse por la confesión del obligado. Y aunque no conste por escrito, como pudiera constar la deuda de que se trata, que hacía parte de una que valía más de quinientos pesos, la confesión es un medio pertinente de prueba. No lo sería si se tratara de un contrato solemne por naturaleza, como es la promesa de venta de bienes raíces, su venta, y la de una sucesión hereditaria, por ejemplo. Siendo la confesión medio admisible de prueba, por no tratarse de los casos de excepción

Págs.

señalados en la ley, tampoco violó el Tribunal el artículo 605 del Código Judicial, al admitir la confesión de Caicedo para condenarlo al pago de la deuda que le hace efectiva Santacruz". (Casación, XLII, Nº 1897, mayo 25 de 1935) (1) ..... 19, 1ª y 2ª

CONFESION

- Nº 42 -

Decía en casación el demandado recurrente en juicio en que fue condenado al pago de una suma de dinero, que no valía su confesión por haber sido hecha fuera de juicio y haber sido rendida ante Juez distinto al que conoció de la demanda. Concluía que el sentenciador había violado el artículo 1769 del Código Civil.

"Observa la Corte que si bien el artículo anteriormente citado (1) establece el principio de que para que valga como plena prueba la confesión de la parte debe ser hecha en juicio, este principio no excluye lo que establece el Código Judicial, y conforme a los artículos 604 y 610 del que rige, sólo se exige para que la confesión haga plena prueba, que sea hecha ante Juez competente. De acuerdo con el segundo de los artículos citados y con el artículo 125 de la misma obra, es Juez competente para recibir posiciones cualquiera de los del domicilio del demandado, atendida la cuantía del asunto, que en este caso es mayor, según el artículo 196. Habiendo sido hecha la confesión de Fortunato Caicedo ante Juez competente, es confesión judicial y constituye plena prueba, al

Págs.

tenor de las nuevas disposiciones que se han citado. El cargo no es, pues, fundado". (Casación, XLII, Nº 1897, mayo 25 de 1935) (1) 20, 1ª

CONFESION

- Nº 43 -

En un juicio de reivindicación en que fue condenado el demandado alegó éste en casación que el sentenciador había violado los artículos 1769 del Código Civil y 555 y 556 del Código Judicial anterior, al estimar que la confesión de que no tenía sobre el terreno reivindicado otro título que el de colono o cultivador lo perjudicaba y no le servía en esas circunstancias la posesión para ganar el dominio por prescripción.

"Considera la Corte que en este punto también tiene razón el recurrente, porque al declarar el demandado Ceballos que no tiene otro título que el de colono o cultivador, no hizo confesión que lo perjudique, sino respecto del Estado, quien únicamente podría aprovecharse de ella. Esa confesión hay que tomarla en los términos en que se hizo, y de ellos no resulta que el demandado Ceballos hubiera querido desconocer su carácter de ocupante del terreno con actos materiales que ejecutó y ánimo de adquirirlo, respecto del Estado, por la adjudicación que el Gobierno le hiciera, y en orden a particulares, por los medios legales. En esa confesión aparece el ánimo predominante de adquirir, que echa menos el Tribunal, y lo que es más: el demandado Ceballos no reconoce el dominio al demandante para que, aun suponiendo de mera tenencia su título, no le sirviera para la prescripción, conforme a la circunstancia 1ª del artículo 2531 del Código Civil, o, mejor dicho, para que el demandante, que se pretende dueño, pudiera aprovecharse de esa confesión. De

(1) Concordancias en cuanto al aspecto jurídico de que la confesión no sirve para probar los contratos solemnes: números 777, tomo 1º, Jurisprudencia de la Corte; y en cuanto a la primera parte de la doctrina sobre la validez de la confesión referente a actos o contratos que no sean solemnes concuerda también la jurisprudencia anterior de la Corte, como puede verse en el número 803, tomo 3º de la Jurisprudencia citada. Concuerda la Jurisprudencia de los Tribunales, No. 1064, tomo 1o.

(1) Artículo 1769 del Código Civil. El caso a que alude esta doctrina es el mismo a que se refiere otra extractada sobre el mismo tema de la confesión.

modo que al interpretar el Tribunal que la confesión del demandado, hecha en la contestación de la demanda y en posiciones, lo perjudica, y aprovecha al demandante, dio a dicha confesión un alcance legal y jurídico que no comporta, y con esa errónea interpretación violó los artículos 555 y 556 del Código Judicial anterior (1), vigente cuando se interpuso el recurso". (Casación, XLII, Nº 1897, septiembre 23 de 1933) ..

Págs.

139, 1ª

CONFESION DEL DEUDOR SOLIDARIO

- Nº 44 -

Se profirió un auto ejecutivo basado en el alcance deducido contra un estanquero y en la confesión de éste en el acta de visita en que se dedujo el alcance. El fiador ejecutado opuso varias excepciones para enervar la acción ejecutiva, entre ellas la de ineficacia del instrumento con el cual se libró ejecución.

"No es el caso de decidir si la confesión extrajudicial que contiene la aceptación del alcance en el acta mencionada presta o no mérito ejecutivo, porque no es cuestión que esté propuesta o que haya sido atacada en excepciones. Sólo se analiza en este punto si la confesión extrajudicial de que se trata impone obligaciones al fiador solidario Venegas, porque, si la solución fuese afirmativa, la ejecución tendría que subsistir, no obstante la declaratoria de que la primera excepción está demostrada, porque esto no fue atacado, y el auto ejecutivo está basado en doble título: el reconocimiento de un alcance y la confesión extrajudicial del deudor principal. Para la Corte la confesión de un codeudor principal no perjudica a los otros obligados solidarios. Es principio universal de derecho que la confesión no perjudica sino a quien la hace y no afecta a terceros. También ha venido a ser hoy como un principio fundamental que explica los efectos y relaciones entre las personas ligadas por la solidaridad, el que existe una especie de mandato tácito que las vincula y obliga a aceptar muchas de las consecuencias producidas por las actuaciones de una o varias de ellas. 'Los Tribunales, dicen Colin y Capitant, no se han contentado con dar a la teoría de la representación mutua de los deudores solidarios una aquiescencia de principio, sino que han deducido sus consecuencias con lógica'. Hay cointeresados a quienes se reconoce un mandato tácito para representarse en sus relaciones con el acreedor y en lo que sea para mejorar la causa, caso en el cual se encuentran los obligados solidariamente. La idea del mandato recíproco entre los codeudores solidarios ha hecho camino en la jurisprudencia, y Colin y Capitant dicen: 'Los jurisconsultos han completado el análisis tradicional de la solidaridad introduciendo al lado de las dos ideas ya enunciadas (unidad de objeto, pluralidad de vínculos) la noción de la representación mutua de los codeudores. Los deudores solidarios, dicen, recogiendo una idea enunciada ya por algunos de nuestros antiguos autores, se reputa que se han concedido mandato recíproco para representarse en sus relaciones con el acreedor...' Pero cuando se considera la idea con más detenimiento, no tardamos en darnos cuenta de que es inconsistente. En efecto, no basta decir que los codeudores se representan mutuamente; es necesario también precisar cuál es la extensión de esta facultad de representación, y esta precisión ha originado entre los autores discusiones insolubles. La fórmula generalmente admitida y tomada, como hemos visto, de Dumoulin, consiste en decir que los codeudores se representan en todos los actos que tienen por objeto, ya extinguir, ya conservar la deuda, pero no en los que tiendan a agravarla: AD CONSERVANDAM VEL PERPETUANDAM OBLIGATIONEM. NON AD AUGENDAM. Esta distinción arbitraria e imprecisa es la que parece prevalecer todavía en la juris-

(1) Artículos 604 y siguientes del nuevo Código Judicial.

Págs.

prudencia'. Laurent expresa que cada deudor solidario tiene mandato para hacer lo que es útil a todos, o sea para cuanto tienda a mejorar la posición de los deudores con relación al acreedor. Lessona dice todavía más ampliamente: 'En cuanto al codeudor solidario que confiesa la deuda, su confesión no perjudica más que a él mismo...' Hay, pues, un cuerpo de doctrina que afianza la idea de la Corte en el sentido de que la confesión de un deudor solidario no perjudica a los otros... si la confesión del deudor solidario no perjudica a sus coudeudores, como opina Lessona, por qué había de perjudicar al fiador con la misma modalidad? Ciertamente, éste se ha comprometido a responder por determinada obligación, si el deudor principal no la cumple; pero también el deudor solidario tiene que responder al acreedor por el total cumplimiento de la prestación. Sin embargo de ello, es opinión muy autorizada la de que a tal deudor no lo perjudica la confesión de otro deudor solidario. Por el aspecto de la simple fianza, puede decirse que la confesión del deudor no perjudica al fiador. Es que la fianza es una obligación accesoria, y el fiador es un tercero en relación con los constituyentes de la obligación principal. Y la confesión es un acto personal que va en perjuicio de quien la hace. Sería explicable que ella fuese a perjudicar a un tercero sin el asentimiento de éste? La confesión es una prueba de carácter especial: hay en ella una renunciación que emana del ánimo del confesante; y aunque no es un contrato sino una prueba, prácticamente reconoce el derecho a la otra parte, formando algo así como una relación jurídica mediante el consentimiento con el cual no quedan ligados los terceros que en él no han intervenido. Cuando se garantiza una deuda indefinida, como ocurre en la presente litis, es necesario para poder hacer el reclamo al fiador, que aquélla aparezca cierta y exigible, lo que significa que debe liquidarse para determinar la extensión de la fianza. Y estas condiciones deben aparecer demostradas ante el fiador con pruebas que no sean absolutamente personales del fiado, como lo sería la confesión de éste. En todo caso, hay que fijar la atención en el respectivo documento de fianza, porque es allí donde se concretan las obligaciones del fiador. Si en el asunto, materia de esta providencia, Venegas se comprometió a responder por los alcances líquidos que se dedujesen a su fiado, la obligación de aquél se circunscribió a esto, sin que pueda dársele mayor amplitud, ya que la fianza debe interpretarse restrictivamente, una vez que ella no se presume. Venegas tenía derecho a ciertas formalidades para la deducción del alcance; confiado en la fiscalización y en las formas de que se rodearía el proceso para liquidar el alcance, constituyó la fianza. No sería ultrapasar los límites de su compromiso el querer hacerlo responsable de las resultas de una confesión del deudor, quien al rendirla, venía a renunciar, sin estar facultado para ello, las formalidades que al suscribir el documento tuvo en mientes el fiador? Es de Bonnier lo que se transcribe: 'Parécenos, pues, más razonable considerar al fiador como habiendo accedido anticipadamente a las sentencias dadas con respecto al deudor sobre el hecho mismo de la deuda, sin que el acreedor esté obligado a renovar la contestación o contienda jurídica con cada uno de los deudores accesorios. Es preciso, pues, reconocer que las sentencias dadas con respecto al deudor no solamente aprovechan sino hasta perjudican al fiador; sin duda que no quisiéramos ir tan adelante como una sentencia denegatoria de 12 de febrero de 1840 que permite invocar contra el fiador las declaratorias extrajudiciales del deudor'—..." (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLII, Nº 1898, agosto 16 de 1935) ..... 239, 1ª, 240, 1ª y 2ª, 241, 1ª y 2ª 1ª y 2ª

Págs.

Págs.

CONFESION EXTRAJUDICIAL

- Nº 45 -

Demandó Carmen Orozco, viuda de Henao, a Julio C. y Felipe Henao para el pago de una suma de dinero, basada en que éstos declararon que eran deudores de aquella ante la Junta Municipal de caminos de Medellín. Como perdiese el pleito en parte, por no habérsele reconocido toda la suma que pedía, recurrió en casación alegando que si bien es verdad que los demandados afirmaron que la declaración de deuda no correspondía a la verdad porque fue hecha con el ánimo de que se les rebajara el impuesto municipal, el documento respectivo fue reconocido por ellos como auténtico y al tenor del artículo 637 del C. J. tiene la fuerza de confesión judicial acerca de sus estipulaciones; que así el Tribunal, al hallar desvirtuada la fuerza de esa confesión con las explicaciones de los Henaos, aplicó y al mismo tiempo dejó de aplicar una disposición legal, errando de hecho y de derecho en la aplicación e interpretación de dicho artículo.

"Al examinar este cargo, la Corte empieza por rectificarle al recurrente la imputación que le hace la sentencia, en cuanto dice que ésta halla en la manifestación de la deuda que contiene el memorial una confesión judicial, cuando precisamente allí se le califica de extrajudicial e implícitamente de prueba deficiente e incompleta. Rectificada así la posición del fallador, la Corte considera: El artículo 637 del código de procedimiento no era aplicable en este caso y el Tribunal hizo muy bien en no aplicarlo, porque no se trata de un documento contentivo de una obligación que haya sido extendido y registrado en forma legal, o, a falta de registro, reconocido legalmente, sino de la constancia de una deuda anterior a favor de una tercera persona que se menciona en un memorial con ciertos fines fiscales. En este caso son las reglas de la confesión las que determinan el valor probatorio del contenido del memorial.

Págs.

En efecto, la manifestación de una parte de ser cierto el hecho que le perjudica afirmado por la otra, reviste el carácter de confesión, que es JUDICIAL si se hace ante juez competente en razón de la naturaleza de la causa y en ejercicio de sus funciones; y EXTRAJUDICIAL si fue hecha en otra ocasión, en carta, misiva, conversación, o cualquier acto o documento no destinado a servir de prueba (art. 604 del C. J.). Cuando los demandados manifestaron en el memorial dirigido a la Junta de Caminos que eran deudores por cuatro mil pesos a favor de la demandante, ésta era un tercero con relación a la entidad municipal ante la cual se hacía la confesión. La confesión no estaba hecha al destinatario como sujeto activo de la obligación confesada, ni tampoco con el ánimo de que le sirviera de prueba, que exige el artículo 604 del C. J. Y las confesiones a favor de terceros, hechas sin ánimo de que sirvan de prueba, es decir, sin ANIMUS CONFITENDI, son consideradas como extrajudiciales. El artículo 562 del código judial anterior era prudente también en no darle a la confesión extrajudicial sino el alcance de prueba deficiente o de grave presunción. Y en el informe al Congreso de mil novecientos veinticuatro decía la Corte a ese propósito que acontece muchas veces que una persona, en conversaciones con otras, manifiesta haber contraído deudas, celebrado contratos o ejecutado hechos de los cuales puedan derivarse obligaciones, ya para eximirse de ciertos compromisos, ya para aparecer como persona de negocios o por otros móviles distintos del respeto a la verdad; y no es acorde con los principios jurídicos en que descansa la prueba de confesión, el que una manifestación de esta clase, hecha sin fórmula ni solemnidad alguna que le dé caracteres de seriedad, haya de ser tenida como plena prueba contra quien la ha hecho (G. J., XXXI, 28, 2º). Esto porque la confesión extrajudicial hecha a un tercero puede tener una intención muy distinta de la de reconocer una obligación. Comentando el artículo 1358 del código judicial italiano, el expo-

Págs.

sitor Lessona, cuya autoridad es pertinente al respecto por haberlo seguido muy de cerca, la comisión revisora del código nuestro, dice (volumen I, Nº 586, página 684): 'La letra de la ley es muy clara: la confesión extrajudicial hecha a un tercero es una simple presunción, jamás una plena prueba'. Y acoge el siguiente concepto de Mattirolo: 'No se puede NUNCA (subrayado) atribuir la eficacia de una plena prueba legal a la confesión extrajudicial hecha a un tercero, por lo cual sería censurable en casación la sentencia que le reconociera fuerza de plena prueba, o presunción absoluta no impugnable en cualquier prueba contraria'. E inversamente, dice en casación de Turín, 'erraría en derecho el juez que negase a la confesión extrajudicial hecha a un tercero, incluso el valor de un indicio, prescindiendo de ella por entero'. 'Pero si con la confesión extrajudicial hecha a un tercero concurren otros indicios legalmente apreciables como fuentes de convencimiento, habrá una acumulación de presunciones simples, y si esta manera de prueba es admisible, puede conducir a la decisión del juez'. El legislador colombiano de mil novecientos treinta y uno siguió tan de cerca este sistema, así comentado por Lessona, que el artículo 608 del Código Judicial dice en sustancia lo mismo, a saber: 'La confesión extrajudicial es prueba deficiente e incompleta, y su fuerza es mayor o menor según la naturaleza y las circunstancias que la rodean, y puede hasta tener mérito de prueba si, a juicio del juez, no queda duda alguna acerca de la confesión misma'. De lo dicho anteriormente se deduce que el sentenciador hizo muy bien en darle al contenido del memorial para la junta de caminos la calidad de confesión extrajudicial que le corresponde conforme al artículo 604 del C. J. y el valor de prueba deficiente o incompleta que le asigna el 608 del mismo código. Y como la fuerza de la argumentación del recurso estriba en considerar que el fallador le dio al contenido del memorial fuerza de confesión judicial, no siendo así, y como en no haberlo sido estriba la legalidad del razonamiento del juzgador, hay que concluir que el cargo no es exacto ni admisible. El recurrente se duele de que el Tribunal, a quien, como se ha dicho, le imputa la admisión de una confesión judicial, acepte como desvirtuada la confesión con la circunstancia de haber sido hecha para fines distintos al de confesar, fin que no es otro que el de defraudar al fisco municipal de sus impuestos. Sin embargo, no ataca el fallo por este respecto, ni estima que con ese proceder el Tribunal haya violado ley ni precepto de moral alguna". (Casación, XLII, Nº 1899, julio 5 de 1935) ... 309. 1ª y 2ª 310. 1ª

CONSULTA DE SENTENCIA

- Nº 46 -

En nombre de la Nación promovió un pleito un Fiscal de Tribunal y fueron absueltos los demandados. Por haber consentido el fallo las partes, fue consultado.

"El artículo 508 del C. J. establece la consulta para las sentencias que declaren alguna obligación a cargo del Estado, de los Departamentos y los Municipios. La Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia conoce en segunda instancia de los negocios civiles de que conocen en primera los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, conforme al artículo 37 del texto citado. Al tenor de estas disposiciones, para que la Corte pueda conocer por consulta de un asunto en que tenga interés la Nación, se necesita que el fallo de primera instancia declare alguna obligación a su cargo. En los juicios iniciados a nombre de la Nación, cuando la sentencia absuelve a los demandados, no es procedente la consulta, porque no concurre la circunstancia exigida por el artículo 508 citado, y es obvio que si el demandante no se conforma con el fallo tiene el derecho de interponer el recurso de apelación, para defender el interés del Estado. En el asunto que se estudia, la sentencia no declara obligación alguna a cargo de la Nación, y por

Págs.

tanto, tal providencia no es susceptible de consulta". (Auto, Sala de Negocios Generales, XLII, Nº 1900. agosto 22 de 1935) (1) 441, 2ª

CONTRATO ADMINISTRATIVO

- Nº 47 -

La sociedad denominada Electro-Entreprise demandó a la Nación para que le pagase los perjuicios de que se creyó acreedora por no haberse perfeccionado un contrato sobre construcción de una amplia red telefónica, en virtud de una minuta entre el Ministro de Correos y Telégrafos y la sociedad actora. Entre los fundamentos de la demanda se citaba el artículo 89 de la ley 153 de 1887. Dijo la Corte:

"Por esto es necesario ver si esa minuta constituye propiamente una promesa de contratar que obligue a su cumplimiento. Para decidir este punto se hace indispensable analizar previamente si aquí se trató de celebrar un contrato administrativo o uno de derecho privado. La expresada minuta se refiere indudablemente a un contrato administrativo, por estas razones: 1ª Porque su objeto inmediato y directo fue la realización de una obra pública de interés social o servicio público, consistente en la construcción de una red telefónica: 2ª Porque una de las partes que quiso contratar fue la Administración pública, debidamente autorizada: 3ª Porque el contrato no podía celebrarse sino con sujeción a las formalidades prescritas en la legislación administrativa. Los dos primeros requisitos fijaban la naturaleza administrativa del contrato; pero para que éste fuera válido y eficaz se exigía la concurrencia del tercer requisito. Todo esto por las razones que van a expresarse: Dejando de lado los contratos privados que celebran los particulares (a los cuales debe entenderse aplicable lo que aquí se diga sobre los contratos de esa misma índole que celebra la Administración), hay diferencia entre los contratos administrativos o públicos, y los que celebra la Administración como actos de mera gestión privada. Para percibir la diferencia, hay que anotar de antemano los puntos esenciales de semejanza de los dos contratos: En primer lugar, el acto jurídico es una categoría especial del hecho jurídico: es este hecho en cuanto es voluntario. En principio, el acto jurídico se distingue del hecho jurídico. Ambos son acontecimientos productores de efectos de derecho, pero tienen origen distinto. Todos los acontecimientos —dicen Colin y Capitant— que tienen por efecto crear, trasmitir o extinguir derechos, son HECHOS JURIDICOS. El ACTO JURIDICO ha de ser VOLUNTARIO, INTENCIONAL (contrato, testamento): si no, es mero HECHO (nacimiento, muerte). Por tanto, acto jurídico es una categoría especial de hecho jurídico —el hecho jurídico VOLUNTARIO.— Ahora: el acto administrativo es una especie del acto jurídico, por lo que los requisitos que se exigen para éste deben asimismo concurrir en aquél para los efectos de su validez. Por esta razón, las condiciones en que debe producirse y exteriorizarse la voluntad, origen del acto jurídico, deben también darse en los actos administrativos, tanto en los que celebra la Administración como persona jurídica particular (contrato privado), como en los que realiza como persona que gestiona para un fin público (contrato administrativo o público); y los vicios que menoscaban esa voluntad en los actos jurídicos también menoscaban la voluntad del órgano administrativo, productor del acto de esa clase. En segundo lugar, es evidente que en los contratos administrativos se produce una reciprocidad jurídica entre las partes, porque el sistema constituye (bien por la concesión o la subasta), un orden legal de relaciones jurídicas inmutables entre la Administración y los contratistas, al cual quedan sujetas las partes. Pero esa reciprocidad se produce también en los contratos de naturaleza privada, sin que ella pueda establecer una

(1) Sobre el punto era igual la legislación anterior, conforme al artículo 30 de la ley 169 de 1896.

Págs.

identidad esencial entre esos dos tipos de contratos, porque hay esta evidente diferencia de fondos: en los contratos privados, la intención prevalece sobre las palabras del contrato (Código Civil, art. 1618), intención que se deducirá de los actos de los contratantes en otros contratos o en la aplicación práctica que hubieran hecho de él (art. 1622, ibídem); mientras que en los contratos administrativos la intención se determinará por el INTERES GENERAL o SERVICIO PUBLICO. Pero además de los conceptos anotados sobre semejanza y desemejanza entre el contrato que no es administrativo y el que sí lo es, la diferencia entre ellos se determina también porque en el que es administrativo se exigen dos requisitos esenciales: uno de fondo, y otro de forma. Entre los requisitos de fondo se cuentan, en primer término, la competencia, o sea que el acto esté dentro de la esfera de las atribuciones de la autoridad que lo verifica, y, en segundo término, que debe realizarse con subordinación a la ley, porque la autoridad administrativa tiene la obligación de acomodar su conducta a las normas del orden legal. Sobre los requisitos de forma, que son 'los caracteres perceptibles con que el elemento psicológico se reviste para adquirir valor de hecho externo', se expresa García Oviedo así: 'Todo acto se cubre con una forma, pero es característica del derecho moderno no ligar la existencia y validez de un acto a una forma determinada.... Sin embargo, las formas tienen en el derecho público una importancia excepcional. La circunstancia de que por lo común varios órganos contribuyan a formar la voluntad de la persona administrativa y que, aun cuando esta última voluntad resulte de la determinación de un solo individuo, debe preceder su manifestación o la acción dirigida a lograr un fin, impone la observancia de especiales formalidades en el acto. Por esto en el derecho administrativo la prescripción legal de una determinada forma debe reputarse con el carácter de requisito esencial, esto es, de elemento indispensable para la perfección y validez jurídica del acto'. Pero no bastan los dos requisitos de fondo anotados, con la concurrencia del de forma, para que un acto de gestión realizado por la Administración adquiera el carácter de contrato público o administrativo. Si eso bastara, la adjudicación de una mina o de un baldío a un particular, actos en los cuales se requiere la competencia del funcionario que hace la adjudicación, subordinado a preceptos legales y a especiales requisitos de forma, serían contratos administrativos, y sin embargo no lo son. Esto indica que hay otros requisitos que constituyen la verdadera esencia de ese contrato, y ellos son: el 'objeto' y su 'finalidad'. Hay, pues, diferencia sustantiva entre el contrato privado y el propiamente administrativo o contrato público, diferencia que indica que no bastan las normas y principios del Derecho Civil para todos los contratos que la Administración realiza, porque existen motivos que afectan a la legislación que regula éstos. De modo que en cuanto a la competencia (que dice relación directa al sujeto), y a los elementos formales, y a su objeto y finalidad, hay desemejanza entre los contratos de orden administrativo y los de orden privado. En primer término, en cuanto al SUJETO o COMPETENCIA, hay diferencia entre los contratos civiles y los administrativos, ya que en éstos una de las partes contratantes es la Administración que, merced a su carácter, fija condiciones que dejan a salvo sus peculiares prerrogativas como poder. No quiere decir esto que la Administración imponga su voluntad, porque, como dice el tratadista Posada, '...en buenos principios jurídicos el acto contractual, aunque sea administrativo, no puede ser acto de poder, sin alentar a su naturaleza jurídica. En su virtud, la contratación de los servicios públicos debe estar sometida al régimen jurídico de los contratos.... La Administración, mientras contrata, no obra considerando al particular como miembro subordinado del Estado, sino como persona sustantiva que determina su voluntad según el contrato. Si la Adminis-

Págs.

Págs.

tración impone su voluntad por interés público, no contrata, manda'. Esto tiene que ser así, porque sustancialmente los contratos administrativos son como cualesquiera otros, pues si por contrato se entiende un concierto de voluntades producido con libertad por las partes, estas circunstancias han de aparecer en los administrativos que celebra la Administración para servicios públicos, ya que ella no puede obligar a que se contrate. Por eso, si la Administración IMPUSIERA, no CONTRATARIA, sino que MANDARIA, como lo dice claramente el autor citado. Es distinto IMPONER condiciones que fijar aquéllas sin las cuales ni la misma Administración puede contratar, porque estas condiciones no son propiamente facultades sino más bien límites, subordinaciones que las leyes le trazan a la Administración en interés público. Así, el contrato no puede surgir sino de la aceptación absolutamente voluntaria del contratista a las condiciones que la Administración establece, con sujeción a la norma jurídica. En relación con el OBJETO, hay que poner de manifiesto que la Administración puede ser sujeto de dos tipos de contratos: contratos PRIVADOS, o de Derecho Civil, y contratos PUBLICOS, propiamente administrativos o de Derecho administrativo. Estos son los que se refieren a una obra o servicio público, 'entendiéndose que persiguen un servicio público los que tienen por objeto inmediato y directo la satisfacción de una necesidad pública'. El objeto es, por tanto, una de las diferencias sustantivas entre esos dos tipos de contrato. Por eso dice García Oviedo que '...si se considera no la substancia sino las circunstancias que acompañan a los contratos administrativos, no hay razón para dudar de su especialidad. Y el fundamento de la especialidad está en el OBJETO —obra o servicio público— que es, en definitiva, el interés social. Para dejar a salvo este interés se determinan formas, requisitos y efectos especiales, a los cuales han de someterse tanto los particulares como la Administración'. Cierto es que hay autores

Págs.

que, como Delgado, opinan 'que todos los contratos que la Administración celebre deben considerarse como administrativos, porque en todos ellos aparece la Administración con facultades determinadas que se limitan para garantía de los intereses públicos'; pero en el desarrollo actual del Derecho Administrativo, todos los autores concuerdan en señalar diferencias, no sólo entre los contratos civiles de que son objeto particulares, sino también en los de orden privado que celebra la Administración, con los administrativos, aunque sostengan muchos de ellos que la diferencia consiste únicamente en las especialidades que rigen a éstos, los cuales conservan, sin embargo, su carácter civil. Así, Royo Villanova cree 'que la especialidad de los contratos (los administrativos), sin hacerles perder nunca su carácter civil, consiste precisamente en el OBJETO, en las obras y servicios públicos, en el interés general que implica, en la necesidad de tomar precauciones y buscar garantías que se traducen en una limitación de la libertad de contratar y a las cuales se somete VOLUNTARIAMENTE el que contrata con la Administración. Para Gascón, la índole jurídica de todos los contratos tiene que ser una misma, porque 'el derecho contractual —dice— es el que debe tener aplicación'. Y continúa: 'Lo que hay es que, no pudiendo regirse todos los contratos en todos los detalles jrídicos por las mismas reglas, los contratos que la Administración celebre, lo mismo como una persona jurídica cualquiera que para los servicios públicos, habrán de ser regulados por disposiciones especiales', lo cual completamenta diciendo que es que la Administración, para ejercitar su capacidad, debe adaptarse a las reglas que determinen esa capacidad en cada uno de los contratos que celebre; reglas que, por la libertad de obrar de que gozan las entidades administrativas y la tutela que ejercen, tienen que variar 'los preceptos relativos a las condiciones y formas de la prestación del consentimiento'. En orden a este pensamiento dice: '...ha de procurar el legislador garantir

hasta en sus menores detalles el interés colectivo, exigiendo preceptos innecesarios cuando de meras relaciones privadas se trata, originando formas especiales de contratación; garantía tan necesaria cuando el objeto directo del contrato es encomendar a un particular la realización de una obra o la ejecución de un servicio público'. Este servicio público, o obra pública, como objeto, y el interés general, como fin, es uno de los requisitos que sirven para determinar la esencia del contrato administrativo. La forma por sí sola no basta, como tampoco es suficiente la calidad del sujeto llamado Administración, pues un contrato celebrado por ésta puede ser público o privado: lo primero, si aquella obra como Administración dentro de las normas especiales y para una obra pública de interés general; y privado, si obra como simple persona particular. Se presenta, en consecuencia, una dualidad de aspectos de la Administración como persona jurídica contratante. Y así dice Santamaría, que si se considera 'al Estado en relación directa con los particulares, no puede ser mirado más que bajo estos dos aspectos: o propiamente como Estado, es decir, como supremo definidor y cumplidor del Derecho...' o persona jurídica como ser que es, a su vez, sujeto de derechos y obligaciones. Y como la Administración no es otra cosa que el poder ejecutivo..., y el poder ejecutivo es el Estado mismo en su función de ejecutar, resulta que al relacionarse la Administración con los particulares, se presenta en los dos modos de la relación del Estado, como poder que ejerce la función ejecutiva (proveyendo y mandando), y como la personificación del Estado en cuanto sujeto de derechos y obligaciones'... A juicio de Jéze, para que haya contrato administrativo se requieren las siguientes condiciones: 1ª Acuerdo de voluntades entre la Administración y un particular. 2ª Dicho acuerdo ha de pronunciarse la creación de una obligación jurídica, de prestación de cosas materiales o de servicios mediante una remuneración (en dinero o en otra forma). 3ª La prestación del particular tendrá por objeto asegurar el funcionamiento de un servicio público. 4ª Se sobrentenderá que las partes se propusieron someterse al régimen especial de Derecho público, porque así lo estipularon, o porque así resulta de la forma en que el contrato se otorgó, o de la especie de cooperación pedida al contratante, o por cualquiera otra manifestación de voluntad. La Administración, por una parte, ha querido este régimen especial, y el contratista, por otra, al someterse voluntariamente a este régimen especial, renuncia a servirse de las reglas del Derecho privado para la determinación de su situación jurídica (derechos y obligaciones)". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLII, Nos. 1901 y 1902, septiembre 6 de 1935) ..... Págs. 592, 1ª y 2ª, 593, 1ª y 2ª, 594, 1ª y 2ª, y 595, 2ª

COSTAS

- Nº 48 -

Alberto Vale Villar acusó ante las autoridades en lo penal a Aurelio Tobón por perjurio, y éste acusó a Vale Villar por falsedad en documentos públicos. Absuelto Tobón y habiéndose sobreseído temporalmente en favor de Vale Villar, cada uno de éstos recurrió ante las autoridades judiciales en lo civil en demanda contra el otro para la indemnización de los daños y perjuicios materiales y morales a causa de los respectivos denuncios criminales y por la comparecencia en estrados con todas las molestias y gastos consiguientes de un proceso. Fueron absueltos ambos demandados en cuanto a sus correspondientes demandas, pero el Tribunal de Bogotá condenó en las costas del recurso al señor Aurelio Tobón y absolvió de las mismas costas al doctor Vale Villar. Recurrieron en demanda de casación ante la Corte los contendores y ambos insistieron en considerar que el Tribunal sentenciador no apreció la temeridad del respectivo denuncio, como reparo común a la sentencia, pero cada uno añadió una modali-

dad a la temeridad del proceder del otro, pues Tobón decía que Vale Villar le había denunciado sin necesidad, porque bastaba que la iniciación del sumario hubiese sido ordenada por la autoridad judicial que ordenó sacar copia de lo conducente y averiguar su responsabilidad por el supuesto perjuicio, y Vale Villar afirmaba que en cambio Tobón había obrado con ligereza, sin análisis o con la intención de perjudicarle. La falta de apreciación de esas modalidades era el cargo especial que cada uno le hacía a la sentencia y por no haberlas tenido en cuenta deducían la violación de la ley civil en cuanto permite el resarcimiento de daños. Tobón consideró, además, que no debió condenarlo el Tribunal en costas por el juicio civil y absolver a Vale Villar, porque apareciendo para el sentenciador que ambos litigantes obraron en igualdad de circunstancias al denunciarse criminalmente, no pudo él ser más temerario que el otro y merecer solo la condena en costas. La Corte, sobre el punto especial de costas, dijo lo siguiente:

"MOTIVO DE ACUSACION REFERENTE A LA CONDENA EN COSTAS.—Para juzgarlo es preciso tratar la cuestión con cierta latitud. Y a ello procede la Corte: I.—La regla general que informa nuestro procedimiento doctrinariamente, puede decirse, es la consagrada en el artículo 575, que dice así: 'Se condena en costas, salvo las excepciones legales, en los casos siguientes: 1º Al litigante que sostiene 'temeraria' o 'maliciosamente', sin razón o fundamento apreciable, cualquiera acción, excepción, oposición o incidente. 2º Al que pierde, ante el superior, el recurso de apelación que ha interpuesto, a menos que aparezca que ha tenido 'motivos plausibles' para interponerlo. 3º Al que deja caducar la instancia; y 4º Al que desiste de la acción, excepción, oposición, incidente, o recurso'. Esta norma, que sanciona ante todo la temeridad y la malicia del litigante, sustituyó las que inspiraban el Código Judicial anterior en sus artículos 864, y 5º y 6º de la Ley 39 de 1921. Este último era notoriamente opuesto al actual sistema, al no permitir la condena en costas en segunda instancia, cuando la del inferior fuere confirmada por razones distintas de las alegadas en ella. El concepto de temeridad del condicionado a malicia, y de pleito temerario, que informa la institución jurídica de la condena en costas en derecho procedimental civil colombiano, no ha sido mirado por los jueces con la trascendencia social que debiera tener, no por nuevo, que no lo es, sino por amplio y justiciero. 'Temeridad' derivación de 'temere', significa, según la definición de Accursio, en la Glosa de la L. 79, D. 5, 1: 'Sciens se non habere ius', es decir, la conciencia de la injusticia, el conocimiento de su propia falta de razón. Ese es también el vencido malicioso (antiguamente calumnia), el que, conocedor de su falta de razón, atacó o se defendió. Es el mismo 'improbus litigator' de que habla Justiniano en el título 'De poene temere litigantium', modalidad dolosa del litigante temerario, porque 'improbus' ya implica la inclinación perversa. Pero unos y otros litigantes temerarios, maliciosos y dolosos en especie, saben que lo que piden no es justo, o que es justo lo que se pide de ellos, y sin embargo, litigan. 2º El litigio temerario o malicioso de que habla el artículo 575 del código judicial, es aquél en que la injusticia es absoluta por estar hasta en la intención misma del que litiga, lo que equivale a decir que tiene conciencia de la injusticia, o sea de no tener razón, y esto aun teniendo en cuenta la ofuscación misma que produce el interés en el asunto. 3º La condena en costas no se aplica, pues, a cargo del vencido en el juicio, según el sistema del código, por el solo hecho objetivo del vencimiento. Ella está subordinada además a la condición de la temeridad o de la malicia, es decir, a la 'culpa' del vencido. Implican, pues, un resarcimiento del daño y no simplemente el principio de que la defensa del derecho no ha de menguar su contenido. 4º El segundo numeral del artículo 575 del C. J. dispone que se condene en costas al que pierde, ante el superior, el recurso de apelación que ha interpuesto, a menos que aparezca que ha tenido motivos plausibles para inter-

Págs.

ponerlo. Síguese de aquí que todo apelante ha de ser condenado al pago de las costas; si es temeraria, por razón de la temeridad, y si no lo es, por razón del recurso; y que nuestro derecho considera temerario a todo apelante que resulte vencido, porque habiendo de presumirse 'justa' toda sentencia judicial, lógicamente se supone malicioso y temerario a todo el que va contra ella sin lograr desvirtuar aquella presunción de justicia. Queda a salvo, excepcionalmente, el caso en que a juicio del Juez, árbitro de los elementos subjetivos que crean la temeridad o la malicia, el recurso del litigante obedezca 'a motivos plausibles', los cuales, por serlo, destruyen precisamente la temeridad. Se advierte así fácilmente la diferencia de criterio con el código anterior cuando disponía en el artículo 6º de la Ley 39 de 1921, que no habría costas en segunda instancia cuando la sentencia del inferior fuera confirmada 'por razones distintas' de las de primera instancia. Este era el caso de la apelación 'fundada'; el de hoy, de la apelación 'bien intencionada'. 5º El sistema doctrinario de nuestro código de ver en la condena en costas un resarcimiento de daños de que se hace responsable el litigante por razón de la culpa inherente a su temeridad o malicia, y no simplemente en el deseo de que con el ataque o la defensa del derecho no se mengüe el contenido mismo del derecho, se quiebra, y con lógica, al tratarse del recurso extraordinario de casación. La Corte de Casación puede encontrarse en uno de dos casos: a) O no aparece justificada ninguna de las causales aducidas (artículo 537) y entonces al desechar el recurso se imponen precisamente las costas al recurrente. Esta condena se explica por dos razones: Porque el 'motivo plausible' que impide la condena en costas en los recursos ordinarios, en casación daría lugar a algo más, que sería la casación misma del fallo recurrido. Y porque ante la Corte de Casación, mientras no se convierta en Tribunal de instancia, las partes litigantes, como partes, desaparecen, para dar cabida en su lugar a una sentencia acusada y a la ley, que

Págs.

la examina. Entonces la temeridad no tiene cabida, por sustracción del elemento subjetivo, y las costas proceden como freno a tales impugnaciones, en interés público únicamente. b) O la Corte encuentra fundada algunas de las causales alegadas (artículo 538) y entonces, al dictar la resolución que corresponda, se convierte ocasionalmente en Tribunal de instancia, en que funciona otra vez la doctrina general de la temeridad como base de la condena en costas. 6º Recordando lo que atrás se dijo sobre el significado de la temeridad o malicia y de pleito temerario que usa el artículo 575 del código judicial, hay que convenir que en materia procesal impera también la culpa como fuente de resarcimiento de perjuicios, tal como el artículo 2356 y sus concordantes del código civil establecen que todo daño que se cause injustamente debe ser reparado por el culpable. La condena en costas equivale a un resarcimiento en cuanto es restitución de desembolsos realizados y reparación de daños sufridos. Mas precisamente cuando el resarcimiento debido a la temeridad es el criterio más amplio que podía adoptarse, aunque de más delicada aplicación, como adelante se verá, los legisladores de 1931 limitaron el contenido de las costas en el artículo 579 a las costas útiles, y quizá por eliminar con razón las que correspondan a diligencias o actuaciones innecesarias, o no autorizadas por la ley, copiando el artículo 424 del código de enjuiciamiento civil español, dejaron por fuera ciertos desembolsos propios del que al incoar o defender un derecho se entiende con una contraparte temeraria. 7º Debe entonces entenderse que el legislador colombiano limita la responsabilidad de la culpa del litigante temerario a las meras expensas útiles del juicio autorizadas por el artículo 579? Y que el amplio margen de indemnización que informa el artículo 2356 del código civil, al cual obedece el 575 del judicial, tenga tan reducida aplicación? Para la condena especial en el pleito, sí. Pero el exceso no retribuído da acción para juicio distinto, dentro de las reglas generales de indemni-

Págs.

zación por daño patrimonial. En efecto: a) Las costas judiciales quedan comprendidas en el concepto de daño, como la especie en el género y más concretamente en el daño emergente o disminución inmediata del patrimonio; es claro que habrán de estar en la relación de causa a efecto, así como las judiciales lo están en la de necesidad o utilidad que expresa el artículo 579 con criterio eliminativo de inutilidad y que otros códigos, como el italiano, artículo 376, expresa en forma negativa: 'que no sean útiles'. b) La misma terminología del derecho romano se inspiraba en este criterio. Los desembolsos con motivo de los litigios eran 'expensae, sumptus, viatica, damnum o damna' e 'impensae'. Cuando para los romanos la condena en costas tenía por objeto evitar la 'temeritas' o la rebeldía, los textos unánimemente expresaban su contenido con las palabras 'sumptum' o 'damnum'. Cuando en alguna época se imponían como consecuencia natural del vencimiento, es decir, con criterio objetivo, su contenido correspondía sólo a 'expensae'. En el primer caso la obligación del vencido se extendía a 'todos los daños' sufridos por el vencedor como resultado de la acción procesal temeraria. En el de simple vencimiento, sin temeridad, apenas al pago de las costas del juicio propiamente dichas. 'Pero la diferencia entre las dos condenas, es decir, la del caso de simple vencimiento y la del de la 'temeritas', no consistía solamente en el contenido, sino también en el hecho de que únicamente la primera la dictaba el Juez sin pedírsela, de oficio; y la segunda, en cambio, requería la instancia de parte. Los textos, en efecto, que obligan al Juez a hacer, de oficio, la imposición de costas, son los que se refieren a la condena del vencido como tal. Por el contrario, el reembolso de los gastos de mayor entidad, que tiene lugar en el caso de la 'temeritas', son siempre objeto de una verdadera acción en los textos que a ella se refieren'. (La condena en costas, Biblioteca de la revista de derecho privado, Serie B, vol. VI, Madrid, 1928). c) Nuestro código judicial, en algunos casos de litigio temerario sanciona preventivamente al abuso del derecho de litigar, estableciendo que la parte puede ser condenada, además de costas, a 'perjuicios', en casos como el embargo preventivo, artículos 274 y 294 del C. J. En tal ocasión, es claro el intento de la ley de castigar el dolo y la culpa lata equiparada a él. No hay razón para que en otros casos semejantes de abuso del derecho de litigar no se reprima éste posteriormente, cuando la ley lo hace por claras razones, preventivamente, en algunos casos. d) Las legislaciones actuales como la francesa, cuyo artículo 130 del C. de P. Civil dice que 'todo litigante vencido será condenado en costas'; la alemana (artículos 91 a 107 de 1879, modificados en 1924), según la cual el vencimiento, sea quien fuere el vencido, lleva consigo el reintegro de las costas; la italiana (artículo 370) que también condena a la parte vencida, por serlo; legislaciones inspiradas todas en el principio objetivo del vencimiento, con prescindencia de culpa, restringen el contenido de ellas a las directas y útiles del pleito como condena accesoria, pero sin perjuicio de deducirle al vencido una mayor responsabilidad en caso de haber obrado con temeridad, dentro de las normas generales de resarcimiento de daños. (V. Chiovenda, la condena en costas, números 146, 148, 149, 188, 189 y 359). 8ª El criterio pues de la ley colombiana en materia de costas no es la de pronunciarlas siempre contra el vencido, sin tener en cuenta la intención con que incoó o sostuvo el pleito, sino el de perseguir esta intención, para hallar a través de elementos objetivos del proceso, los subjetivos que lo revelen como temerario o malicioso en su ataque o defensa. El Juez está investido de poderes amplios, aunque no arbitrarios. Pero éste, como todo poder discrecional, sea por la dificultad de apreciar la evidencia del derecho, de por sí discutible, sea por el propósito de no agravar la aflicción del vencido con la carga de las costas, sea porque la intención del que pleitea escapa por su propia índole a toda investigación directa, y ha de basarse en presunciones, es lo

Págs.

cierto que ese poder discrecional inclina a los jueces a hacer gratuito el ejercicio de los derechos. Y el que obtiene el reconocimiento de su derecho mediante el juicio, no lo obtiene en toda su integridad, sino mermado considerablemente por razón de los gastos, costas, daños y perjuicios, que los jueces se niegan a reconocer a cargo del vencido, aun temerario. El derecho reconocido en la sentencia debiera serlo íntegramente, tal como existía cuando se interpuso la demanda, y no mermado por causa del pleito, que es el medio o ejercicio del derecho. 9º Siendo la institución de la condena en costas, ya un complemento del derecho deducido en juicio, que se decretan para no menguar el contenido de éste, ya una parte de los daños ocasionados por la culpa del que temeraria o maliciosamente se opone a su declaración, tienen siempre la calidad de accesorias del derecho principalmente deducido en juicio, y su falta de reconocimiento, o su reconocimiento indebido, no pueden fundar la casación del fallo en cuanto al derecho principal, por no poderse llegar a éste mediante lo accesorio. Y la segunda razón para no constituir un motivo de casación es que la condena en costas se subordina a la apreciación de la temeridad propia del fondo del derecho discutido por acción o excepción, de manera que es aquel derecho el que debe atacarse y no la represión a la temeridad con que se ejercitó, pues es lo que las costas sancionan; la sentencia recurrida examina el derecho que asiste a las partes tal como quedó trabado en la litis contestación, sin que para alterarlo influya la mayor o menor o la ninguna temeridad con que se haya incoado o defendido posteriormente durante el proceso, y las costas sólo miran a este último aspecto. Y por último, para apreciar la temeridad o malicia tienen los Tribunales una absoluta libertad de criterio, por no haber, ni poderlas haber, en lo general, reglas precisas que la determinen, y envuelven por tanto cuestiones de hecho extrañas al recurso de casación. No obstante, la índole de la condena en costas, en el concepto de ser la reparación parcial del daño, proporciona un amplio campo de errores recurribles en casación, y en ciertas circunstancias excepcionales, la violación de los principios de culpa y resarcimiento de daños pueden hacer viable el recurso. En efecto, cuando el derecho ejercitado en primer término se refiere a la acción de reparación del daño causado por el abuso en el ejercicio del deber que todo ciudadano tiene de denunciar delitos o culpas ante las autoridades conforme al artículo 1614 del código de enjuiciamiento criminal, o a la misma acción por razón de abuso en el derecho de litigar, la consecuente resolución sobre costas se funda en el mismo derecho con que se examina la acción principal, por temeridad en el procedimiento y bien puede suceder que entonces se violen los mismos principios a que obedece el derecho principal al aplicarlos para resolver la cuestión accesoria de costas. 10. La lucha por el derecho es un deber frente a la colectividad, según concepto de Ihering, y quien ejercita una acción para perseguir o defender su derecho, usa pues de su derecho, y las costas y gastos que por ello se le ocasionen a su adversario no implican un daño que deba resarcir porque no se produce injustamente. Esto, en condiciones normales, es la doctrina que informa el artículo 575 del C. J., al establecer que mientras no haya malicia o temeridad de una de las partes, cada cual paga el ejercicio de su acción o de su excepción, y en la práctica, son menores los casos de temeridad y por tanto de resarcimiento de los gastos del adversario. Pero tampoco puede negarse que en éstos el uso, lícito en abstracto para hacer valer el derecho, de hecho puede convertirse en abuso; y que no autorizando nuestra ley sino el pago de parte de los gastos en que se vio necesaria y útilmente envuelto el adversario dentro del mismo juicio, el exceso imputable con relación de causa o efecto ha mermado el derecho integral de quien lo tiene y debe resarcirse mediante acción especial y distinta a la mera accesoria del juicio. Nuestra ley no prevé, por ejem-

Págs.

Págs.

plo, la condena en costas a cargo del vencedor ni es posible hacerla dentro del mismo juicio. Y sin embargo, el tener un derecho y la facultad de hacerlo valer, no autoriza al titular para llevar al obligado impunemente a juicio si la actitud del obligado no lo ha hecho necesario. Al dictarse por ejemplo un mandamiento de pago por la vía ejecutiva, cuando no es necesario un previo requerimiento, y el ejecutado se acomoda al pago inmediato, no advirtiéndose renuencia precedente de éste, no deben decretarse costas, y si se pagan, en principio dan lugar a reembolso si se demuestra que la actitud del deudor no había hecho necesaria la intervención judicial; la simple mora había dado lugar apenas a intereses como perjuicios (artículo 1617 del C. C.) El derecho de litigar no autoriza el prolongamiento indefinido del juicio mediante incidentes, recursos de apelación, acumulación excesiva de pruebas, embargos superabundantes, etc. No puede objetarse el derecho a indemnización deducido luégo en juicio posterior. 11. Se discute en el presente litigio si Roberto Tobón o Alberto Vale Villar, o ambos, son responsables de los gastos en defensores, voceros, perjuicios materiales y morales que pudieron hacer sufrir por causa del denuncio e investigación consguiente que cada uno puso contra el otro en concepto de haber cometido sendos delitos o culpas, de los cuales el primero fue absuelto y el último obtuvo sobreseimiento. El Tribunal niega la responsabilidad, por hallar que uno y otro obraron por virtud de orden o 'insinuación judicial' precedente al denuncio, circunstancia que en su concepto les quita toda temeridad a los denuncios, o según expresión del sentenciador 'hace desaparecer en un todo la culpa u omisión culposa que pueda dar margen a calificar de ilícito el hecho del denuncio'. Y sin embargo, en cuanto a las costas del presente juicio, absuelve a uno de ellos y condena al otro como demandante temerario. De ahí el cargo en casación contra la sentencia por violación del artículo 575 del C. J., porque, dice el recurrente, 'donde militan las mismas razones debe impartirse la misma justicia'. Para la Corte es fundado el cargo, según la exposición que ha hecho precedentemente. La rara similitud de hecho y de derecho entre la demanda y la contrademanda, la igualdad de condiciones y de efectos jurídicos que les encuentra el Tribunal, una misma acción ejercitada por ambos litigantes de reparación de daño por denuncios temerarios, todo conduce a concluir que las razones que fundan la absolución de los cargos de las acciones principales, debieran también haberse aplicado para resolver la accesoria de costas. Y que, excepcionalmente, un juicio en estas circunstancias, haga viable, también por excepción la prosperidad de la casación por la apreciación que informa la condenación en costas, según lo dicho. El Tribunal, en este caso, al violar el artículo 575 del C. J., al apreciar la culpa inherente a la temeridad, violó consecuencialmente las normas de derecho relativas a la indemnización debida a la culpa". (Casación, XLII, Nos. 1901 y 1902, agosto 19 de 1935). ..... 456, 2ª, 457, 1ª y 2ª, 458, 1ª y 2ª, 459, 1ª y 2ª, y 460, 1ª

Págs.

CUERPO DEL DELITO

- Nº 49 -

El reo condenado por asesinato alegó la tercera causal de casación manifestando que había existido error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito.

"El artículo 1512 del Código de Procedimiento reza: 'La existencia del cuerpo del delito es el fundamento de todo juicio criminal'. Este mismo artículo define lo que se entiende por cuerpo del delito, expresando que es un hecho criminoso y punible, según la ley. El cuerpo del delito en el caso estudiado, el de la muerte de Angel Contreras Sepúlveda, es un homicidio. Este hecho está acreditado por una serie de graves indicios, es decir, por hechos que fueron materia del debate y cuya apreciación se sometió al jurado. La comproba-

Págs.

ción del cuerpo del delito se produce de acuerdo con el artículo 157 de la Ley 40 de 1907, con toda clase de pruebas, hasta con la prueba indicial, siempre que los indicios sean necesarios, o vehementes, que produzcan, dice la ley, el pleno convencimiento de la perpetración del hecho. La muerte de Contreras Sepúlveda está acreditada suficientemente en el proceso por el propio levantamiento del cadáver, que muestra tal muerte de modo violento y que ella es imputable a José del Carmen Herrera, porque existe una serie de indicios, analizados en la sentencia y apreciados por el jurado, por manera que existe un homicidio. Pero hay más: en el segundo interrogatorio sometido a la consideración del jurado, éste apreció que el hecho había sido ejecutado con asechanza, con traición y alevosía y estando indefensa la víctima. Esta modalidad, apreciada por el jurado, no destruye ni significa que no existiese el delito. Al confirmarlo como un delito de homicidio, el jurado, con base en las pruebas lo apreció así y apreció también, en el segundo cuestionario, con base en las mismas pruebas, que su modalidad era la de asesinato". (Casación, XLII, Nº 1900, octubre 18 de 1935). 405, 1ª

D

DECLARACIONES DE TESTIGOS

- Nº 50 -

No son legalmente atendibles declaraciones de testigos no autorizadas con su firma por el juez de la causa y por su secretario, de acuerdo con el artículo 684 del Código Judicial. (Casación, XLII, Nº 1900, agosto 2 de 1935). 366, 1ª

DECLARACION OFICIOSA DE NULIDAD ABSOLUTA QUE APARECE DE MANIFIESTO EN EL ACTO

- Nº 51 -

Véase: NULIDAD ABSOLUTA DECLARADA DE OFICIO.

Págs.

DECRETOS ACUSADOS

- Nº 52 -

Fueron acusados todos los artículos de los Decretos ejecutivos números 2429 de fecha 28 de diciembre de 1934 y 2432 del 29 de diciembre del mismo año, sobre impuestos, como violatorios de varias disposiciones constitucionales, por varios motivos.

".....Hay que concluir que los Decretos acusados violan varios cánones constitucionales, y de una manera especial los consignados en los siguientes artículos: el 33 del Acto legislativo número 3 de 1910, en cuanto habiéndose declarado turbado el orden público solamente en una parte del territorio nacional, el señor Presidente de la República ha hecho uso de facultades extraordinarias respecto de todo el país; y en este mismo sentido el 76 de la Constitución, que señala entre las atribuciones del Congreso las de reformar las leyes preexistentes, establecer las rentas nacionales y decretar impuestos extraordinarios cuando la necesidad lo exija; el 57 ibídem, que consagra la limitación y separación de los Poderes Públicos; el 58, que en tiempos normales atribuye al Congreso la facultad de legislar, y el 6º del Acto legislativo número 3 de 1910, conforme al cual 'en tiempo de paz solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales pueden establecer contribuciones'." (Sentencia de Corte Plena, XLII, Nº 1897, abril 2 de 1935). 117, 1ª

Hubo cinco salvamentos de voto.

DELITO DE ATAQUE A SUPERIORES MILITARES

- Nº 53 -

Véase la doctrina expuesta bajo el título: NULIDAD SUSTANTIVA EN EL PROCESO MILITAR.

- Nº 54 -

DELITO DE INSUBORDINACION

Véase la doctrina expuesta bajo el título: NULIDAD SUSTANTIVA EN EL PROCESO MILITAR.

Págs.

DELITO FRUSTRADO DE HOMICIDIO

- Nº 56 -

Alegaba el recurrente que había existido error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito de homicidio frustrado a que aludía el auto de proceder en el juicio contra Saad Dlaikan.

"En el caso que se estudia, los hechos materiales del ataque de Dlaikan a Muvdi, de los disparos, del arma con que fueron hechos, del diálogo precedente al ataque, y la sucesión misma de los disparos, están plenamente probados por la declaración del ofendido, por el reconocimiento médico-legal que señaló las huellas, rastros o señales que dejara el ataque en el cuerpo de Muvdi, por la declaración del testigo presencial Osio y, por sobre todo, por la confesión de Dlaikan. Esto en cuanto al elemento objetivo. En cuanto al elemento subjetivo, la misma confesión de Dlaikan suministra la prueba y con ella todos los elementos para la apreciación de su designio en el momento de ejecutar los hechos. Dice así la parte pertinente de esa declaración: 'La persona que hiriera al señor Muvdi en su almacén el día 15 de diciembre, a la hora y mes ya dichos, en la pregunta anterior, fue el exponente'. Y luégo de relatar las ofensas que dice le irrogó Muvdi cuando le reclamaba lo referente a las cartas de amenazas, Dlaikan continúa así su confesión: 'Ante la ofensa que me acababa de hacer yo le dije: retire sus palabras o saque su arma'; él me contestó: 'no tengo arma y yo no retiro mis palabras'; entonces le dije de nuevo: 'lo voy a matar como un perro', saqué mi pistola y le hice tres tiros. Como me encontraba en un estado en que no me daba cuenta de nada, no supe por dónde le tiré y lo vi cuando cayó detrás de la silla; salí inmediatamente del almacén del señor Muvdi, encontré el agente número 14 departamental, le entregué la pistola y subí en un auto con él y me fuí hacia la policía departamental'. Clara y espontáneamente expresa Dlaikan en su confesión su designio delictuoso. 'Lo voy a matar como a un perro, saqué mi pistola y le hice tres tiros'. Esta manifestación no admite equívocos, pues fue seguida del acto, de la ejecución misma del designio. Refuerza lo anterior el hecho de haber ido Dlaikan al almacén de Muvdi provisto de arma..... Así, pues, el designio es claramente apreciable. La parte subjetiva aparece de relieve. Y la nota objetiva se concreta por actos exteriores que no sólo preparan la ejecución del delito o dan principio a ella, sino que llegan a la consumación de todos los actos necesarios, y hasta reiterados, porque fueron varios los disparos, para realizar el acto perfecto, que si no se materializó en todas sus consecuencias reales fue por circunstancias fortuitas, que, aunque afortunadas en estos casos, no le quitan, no amenguan la forma completa de esta figura del delito, que es como una penumbra entre el delito completamente corporizado, y el acto delictuoso que, aunque íntegro en el designio, no equivale, por la sustracción de los efectos y actos materiales necesarios al tipo definitivo. En el derecho clásico, estos actos delictuosos van en la gama de la exteriorización desde la tentativa hasta el delito perfecto. Uniendo estas zonas en que confluyen el ánimo y la acción, se determina la combinación de estos elementos en la siguiente síntesis: 'Qui cogitat et agit, sed non perficit'. Mas en el delito frustrado, el agente obra hasta realizar todos los actos materiales de la ejecución; lo que acontece es que los efectos fallan por la interposición de cualquier elemento fortuito. Piensa y obra el agente de manera perfecta, pero no consigue lo deseado. Sucede en ello lo que acontece con la fuerza de gravedad, que no deja de atraer a los objetos aunque éstos se detengan en un punto de su caída porque se interponga otra fuerza distinta. La escuela penal positiva, con Ferri a la cabeza, considera que si tanto la tentativa como el delito frustrado constituyen en la ciencia penal un perfeccionamiento notable en la anatomía jurídica del delito, la distinción entre ellas es tan sutil, que es difícil captarla en los fallos ocasionando equivocaciones lamenta-

Págs.

Págs.

bles en esta figura criminosa, por lo cual, para los fines de la legislación y de la práctica, es preferible eliminarla de los códigos, dejando en cambio a los jueces la evaluación de los actos ejecutados por el criminal para aplicar en los casos más graves una sanción correspondiente a esa evaluación. Pero en el Derecho Penal colombiano, en el código sí existe esa diferenciación. Cumple hacerla a jueces y magistrados para aplicar la ley, que deben obedecer en toda su integridad, al tenor de lo dispuesto en el artículo 16 del Código Penal, el cual estatuye que 'siempre que la ley castigue la ejecución de un acto se entiende éste prohibido'. Y el delito frustrado hállase especialmente penado por el artículo 7º del código. Es, pues, mandato de la ley escrita, DURA LEX SED LEX. No habiendo error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito de homicidio frustrado que motivó el auto de proceder y luégo el veredicto y la sentencia definitiva, no hay lugar tampoco para aplicar la causal tercera alegada, y casar en este caso y para esa parte la sentencia". La sentencia recurrida fue casada, pero por otros motivos distintos, como fueron el de la calificación de la delincuencia en tercer grado y no en segundo, etc. (Casación, XLII, Nº 1900, diciembre 18 de 1935) ..... 424, 1ª y 2ª y 425, 1ª

DENUNCIO DE BIENES OCULTOS

- Nº 56 -

El apoderado de la Nación inició un juicio, de acuerdo con el contrato sobre denuncio de bienes ocultos, y en aquel se ordenó notificarle un auto al Procurador General de la Nación, el cual manifestó a la Corte que habiendo apoderado constituído para el juicio no tenía el Procurador por qué intervenir en él.

"Es probable que en virtud de las obligaciones que adquiere el denunciante de promover las acciones correspondientes, y merced a la sanción de caducidad a que queda expuesto en caso de culpa suya en la continuación del juicio, el Gobierno considere que en estos asuntos no tiene el deber de dar a los Agentes del Ministerio Público orden para que coadyuven las acciones que el apoderado denunciante establezca. Y mientras esa orden no se dé, dichos Agentes no tienen por qué intervenir, coadyuvando al denunciante en los juicios sobre bienes ocultos que él promueva, pues basta la intervención de éste. De modo que si la Nación se abstiene de dar la orden, esos Agentes carecen de facultad para intervención; y como en el presente juicio no consta que el Ministro respectivo haya impartido esa orden, no hay razón para que en él se acepte y tenga al señor Procurador como parte coadyuvante". (Auto, Sala de Unica Instancia, XLII, Nº 1898, agosto 13 de 1935). 246, 2ª

DEPOSITO

Nº 57 -

Se opuso la excepción de inexistencia de la obligación en un juicio ejecutivo por jurisdicción coactiva, basándola el ejecutado en que no aparecía que hubiese habido violación del depósito confiado a su custodia.

"El depositario es obligado a la restitución de la misma cosa o cosas individuales que se han confiado en depósito, y tiene la obligación de respetar los sellos y cerraduras del bulto que las contiene. (Artículos 2248 y 2253 del C. C.). Pero para exigirle responsabilidad al depositario, es necesario que se compruebe que ha faltado a estas obligaciones, cosa que no sucede en el presente caso, pues que el señor Donado entregó los objetos materia del depósito cuando le fueron exigidos...."

(Salvó su voto el magistrado doctor Cardoso Gaitán por estimar que había serios indicios que concurrían a demostrar que sí hubo violación del depósito). (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLII, Nos. 1901 y 1902, septiembre 25 de 1935) 580, 2ª

Págs.

DESLINDE

- Nº 58 -

En un juicio sobre nulidad de una diligencia de deslinde decía el actor que el sentenciador había violado el artículo 762 del Código Civil al no reconocer al poseedor el derecho de intervenir en un juicio de deslinde.

"El que tiene una cosa determinada con ánimo de propietario es poseedor de esa cosa y puede llegar a ser dueño o señor; pero mientras no alcance esta calidad, o siquiera la de usufructuario, está impedido para demandar o ser demandado en juicio sobre señalamiento de linderos y fijación de mojones. La sola tenencia material y el solo espíritu de dominio o de usufructo no alcanzan a constituir la propiedad ni uno de los modos que jurídicamente limitan a ésta según el Código Civil. Reconoce la Corte, y el texto legal no admite duda sobre ello, que el poseedor es reputado propietario mientras otra persona no justifique serlo; pero la simple posesión, aunque en su favor milite una presunción legal de dominio, no basta para darle al poseedor el derecho de intervenir en un juicio de deslinde y amojonamiento, porque en esta tramitación especial no se discute el dominio, y la simple posesión podría traer consigo un debate sobre propiedad que evidentemente traspasaría el fin del juicio. El hecho de la posesión, que la ley ampara por diversos medios, como el de presumir dueño al poseedor, sirve grandemente a quien posee porque en las disputas sobre dominio no sufre éste la carga de probar; pero ese hecho y la presunción legal que lo acompaña, preciosos en un juicio reivindicatorio, ningún privilegio otorgan para intervenir en el deslinde y amojonamiento de fincas, en que la propiedad abstracta, u otro derecho real principal de que se está en posesión regular', son los que privativamente actúan, y en que la demarcación se hace teniendo a la vista los títulos o documentos correspondientes (artículos 1304 y 1310 del Código Judicial anterior y artículos 262 y 889 del Código Judicial vigente". (Casación, XLII, Nº 1897, mayo 24 de 1935). (1) 15, 2ª

DESLINDE PRACTICADO POR UN JUEZ COMISIONADO

- Nº 59 -

Se decía que en un deslinde en que tenía interés la Nación debió practicarse esa diligencia por el Tribunal y no por Juez comisionado y que éste, al señalar los linderos, había dictado una sentencia que correspondía al Tribunal.

"Puede, por consiguiente, un Tribunal comisionar a un Juez de Circuito para la práctica de la diligencia de deslinde de que trata el artículo 869 del C. J., y una vez verificada, se considera como si la hubiera practicado el Juez de la causa. La Corte, en sentencia de fecha 4 de diciembre de 1926, citada por el demandante, estableció que en los juicios de deslinde en que tiene interés la Nación, 'es el Tribunal Pleno, como Juez de la causa, el que debe pronunciar la decisión final relativa al señalamiento de linderos. Pero esto no impide que el Tribunal pueda comisionar a un Juez para la práctica de la diligencia, con arreglo a las disposiciones citadas. En el presente caso, la comisión fue conferida por todo el Tribunal, como aparece del auto de fecha 28 de noviembre de 1933, dictado por el Tribunal Pleno (folio....). En la providencia que se estudia, la Sala estimó que es un error considerar que el señalamiento de linderos entre dos predios, verificado por un Juez como resultado de la diligencia de que trata el artículo 869 del C. J., equi-

(1) Que los juicios de deslinde no puedan tener por objeto una controversia sobre propiedad, lo ha dicho la Corte anteriormente, como puede verse de las siguientes doctrinas: Nos. 1204, tomo 1o., **Jurisprudencia de la Corte**, 752, tomo 2o., 1344, 1345, 1254, 1255, 1259, tomo 3o. La mera posesión no sirve sino como elemento ilustrativo para señalar la línea del deslinde, como ha dicho la Corte. Véase sobre este punto la **Jurisprudencia Razonada del Tribunal Superior de Bogotá**, por Laierre, No. 248.

Págs.

valga a una sentencia; porque sólo la declaratoria de que el deslinde practicado queda en firme, hecha de conformidad con lo ordenado en el artículo 871 del mismo Código, es lo que constituye tal sentencia... La sentencia en este juicio, es como lo estimó la Corte, la que declara en firme el deslinde y ordena inscribir el fallo en la Oficina de Registro y cancelar la inscripción de la demanda". (Auto, Sala de Negocios Generales, XLII, Nos. 1901 y 1902, septiembre 28 de 1935) 609, 2ª

DICTAMEN PERICIAL

- Nº 60 -

Aunque unos peritos estuvieron de acuerdo en una apreciación, no extendieron su dictamen en "una sola declaración", por lo cual el Tribunal sentenciador desestimó el dictamen.

"El hecho de que el dictamen no se extendiera en una sola declaración, como lo exige el artículo 716 del C. J., no es suficiente motivo para desestimarlo, porque ésta es una simple irregularidad de forma que no le quita al dictamen su carácter de prueba. Los dos peritos estuvieron de acuerdo en todo y así lo expresan en sus exposiciones; por consiguiente, se llenó la condición esencial para que el dictamen haga plena prueba". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLII, Nos. 1901 y 1902, febrero 22 de 1936) 562, 2ª

E

EJECUCION BASADA EN EL ALCANCE DEDUCIDO EN UNA SIMPLE ACTA DE VISITA

- Nº 61 -

Véase ALCANCE DEDUCIDO EN UNA SIMPLE ACTA DE VISITA.

EJIDOS DE LOS MUNICIPIOS

- Nº 62 -

El comprador de ejidos de un municipio que los reivindicó, alegó en casación que el sentenciador había violado la ley al declarar que la venta de ejidos de los Municipios está viciada de nulidad absoluta.

"Con respecto al primero de los fundamentos de casación arriba enumerados, la Corte considera: Lo que el Tribunal dijo concretamente, en relación con los ejidos, para llegar a la conclusión de que no podía prosperar la acción reivindicatoria con respecto a éstos, por no haberse llenado los cuatro requisitos necesarios en concepto del Tribunal, fue lo siguiente: 'Como se ha demostrado anteriormente, la zona constitutiva de la calle no puede ser materia de reivindicación, y como se ignora qué porción integraba la calle y cuál el ejido, en el supuesto de que la cabida de éste fuera reivindicable, falta la determinación o singularización del mismo. No está por demás notar que para la venta de lo que constituye el ejido, no está acreditado que se llenaran las formalidades que se requerían, de acuerdo con los artículos 244 a 247 de la ley 149 de 1888, vigentes cuando se efectuó el remate'. En concepto de la Corte, para que hubiera podido prosperar la acción concerniente a los ejidos —ya se considere la acción como reivindicatoria o ya se la considere como de entrega de la cosa vendida— se necesitaba que el demandante hubiera demostrado que, de conformidad con los artículos 244 a 247 de la ley 149 de 1888, modificada en parte por los artículos 5 a 7 de la 50 de 1894, la venta de tales ejidos se había llevado a cabo con la aprobación del gobernador del departamento, previos los informes del personero municipal y el prefecto de la provincia. Como esto no se demostró, la acción no podía prosperar y no hubo, por consiguiente, por parte del Tribunal, violación de la ley sustantiva al llegar a esa misma conclusión fundándose, como se fundó, entre otras cosas, en que no se había acreditado que hubieran llenado los contratantes las formalidades requeridas por las leyes citadas. Y era indispensable, tanto para una acción reivindicatoria, como para una de entrega, la comprobación de la aprobación del gobernador del departamento a la venta, porque

Págs.

la falta de tal aprobación no acarrearía, como lo sostiene el recurrente, una simple nulidad relativa, que habría quedado saneada por el solo transcurso del lapso a que se refiere el artículo 1750 del C. C., sino que implicaría la inexistencia del contrato, por las siguientes razones: a) Porque aquí no se trata de una cuestión de capacidad civil, que pudiera dar origen a una simple nulidad relativa, sino de una cuestión de derecho público sobre la COMPETENCIA de los funcionarios públicos que debían intervenir en la venta, materia en que la regla es que la falta de competencia del funcionario que celebró el contrato implica INEXISTENCIA DE ESTE. Tal la de un contrato celebrado por el Poder Ejecutivo que, necesitando la aprobación del Congreso, no la obtiene. b) Porque las nulidades relativas están establecidas para la protección de los intereses particulares o privados, y la regla general y legal que prescribe la aprobación por parte del respectivo gobernador de los proyectos de enajenación de bienes inmuebles de los municipios, es una regla de orden público, que obedece a consideraciones de interés general y no a consideraciones individuales. c) Porque la tutela administrativa establecida por las citadas leyes y por otras análogas no puede equipararse a la tutela de derecho privado para los efectos de las nulidades derivadas de la inobservancia de sus reglas, ya que la tutela de derecho privado se ejerce exclusivamente en interés del menor, a tiempo que la tutela administrativa se ejerce no solamente en interés del municipio, como persona jurídica, sino en interés de los habitantes del municipio, y sobre todo, en interés de la Nación. La tutela administrativa tiene una triple razón de ser: la defensa de la autoridad nacional contra las autoridades municipales, para evitar que invadan el campo de acción del Estado; la defensa de los administrados contra la posible ignorancia o incompetencia de los funcionarios municipales, y la defensa de los municipios mismos contra la posible inercia y el posible despilfarro de sus autoridades. d) Porque

Págs.

la aprobación exigida por la citada ley 50 de 1834 no tiene por objeto habilitar a un incapaz sino que tiene por objeto asegurar que la venta del inmueble no se oponga a los intereses municipales, ni a los nacionales ni a los intereses generales de los habitantes del municipio. El gobernador tiene una misión de colaboración verdadera, tan esencial para el acto jurídico como la del funcionario que otorga la escritura. e) Porque si bien es cierto que, conforme al C. C., las personas jurídicas son relativamente incapaces y están asimiladas, en cuanto a la nulidad de sus actos y contratos, a las personas que están bajo tutela o curaduría, y, si bien es cierto también que, conforme a una ley posterior, la nación, los departamentos y los municipios, son personas jurídicas, no es menos cierto, por una parte, que aquí no se trata, como antes se dijo, de una cuestión de capacidad, sino de una cuestión de competencia de los funcionarios públicos regulada por el derecho público en atención a razones de interés general, y, por otra parte, que esa ley posterior, al decir de la nación, de los departamentos y de los municipios, que son personas jurídicas, no les quitó ni les podía quitar su carácter de personas jurídicas de derecho público, sujetas ante todo a las normas del Derecho constitucional y del administrativo, entre las cuales figuran las concernientes a la capacidad de los diversos funcionarios, reglas que son de orden público y cuya inobservancia tiene consecuencias sociales harto más importantes que la inobservancia de las relativas a la incapacidad de los menores. f) Que la doctrina consagrada en los países donde existen disposiciones iguales a las leyes antes citadas y en donde la ciencia del derecho administrativo ha alcanzado su mayor perfección, es la de la inexistencia, en estos casos, del acto o contrato. 'Sucede frecuentemente — dice Jéze— que la ley prescribe la aprobación por una autoridad pública nacional, de ciertos contratos de los municipios. La deliberación del concejo municipal que decide el contrato deberá, en esos casos, ser en-

Págs.

vista a esa autoridad pública nacional, para obtener su aprobación.... Faltando la aprobación de la autoridad nacional, en el caso de que ella sea necesaria, de acuerdo con la ley, el contrato no existe. No hay, pues, situación contractual. Las relaciones jurídicas que puedan existir entre el municipio y el candidato contratante no son de naturaleza contractual. Son otros regímenes jurídicos los que pueden aplicarse (teoría del enriquecimiento sin causa, de la responsabilidad del municipio por el hecho de sus agentes, etc.' (Casación, XLII, Nº 1900, agosto 19 de 1935) ..... 371, 2ª, y 372, 1ª y 2ª

Págs.

ENRIQUECIMIENTO INDEBIDO

- Nº 63 -

Una compañía extranjera demandó a la nación para el pago de perjuicios por no haber perfeccionado ésta con la sociedad actora un contrato para la construcción de una red telefónica, y entre los cargos de la demanda era uno de los principales el de que la nación había obtenido un enriquecimiento indebido en virtud de actos ilícitos que comprometían, en concepto de la sociedad actora, la buena fe de la Nación.

"Para decidir este punto se considera: Se exige una indemnización en virtud de atribuírse una responsabilidad al Estado por ejercicio de actos de algunos agentes de la administración. Tratar de la responsabilidad de la Administración, es tanto como tratar de la responsabilidad del Estado, porque aquélla no es más que una modalidad de éste: es el Estado actuante para la realización de sus fines. El Estado es una persona moral; pero sus actos se concretan por las operaciones de sus funcionarios en el desempeño de sus cargos; de suerte que la responsabilidad de aquél surgirá de un acto de éstos que invada la esfera del derecho o del interés ajeno. La responsabilidad del Estado nace de un principio de justicia, que se quebrantaría si por los daños que resultaran a los ciudadanos hubiesen éstos de quedar privados de las reparaciones que los compensaran de los quebrantos sufridos por el ejercicio de una gestión de los órganos de la Administración. El derecho moderno acepta la responsabilidad del Estado en la generalidad de sus actos; y en el caso que se contempla, se exige esa responsabilidad como consecuencia de un 'enriquecimiento sin causa', y es esto a lo que debe concretarse esta parte del fallo. Sobre este asunto es necesario asegurar que el Estado, aunque persona moral, responde de los daños inferidos a un particular en la ejecución de sus servicios, merced a la doctrina del 'enriquecimiento indebido', consecuencia del principio de que nadie puede enriquecerse a expensas de los demás. Este es un principio universal de tradición constante, cuya sanción en el Derecho Romano era la acción de IN REM VERSO, que se daba al tercero que contrataba con un incapaz para dirigirla contra el PATER FAMILIAS en cuyo favor había cedido el acto ejecutado por ese tercero, a virtud del contrato celebrado con el incapaz. En el derecho moderno se ha ampliado su radio, concediéndose ella en todos los casos en que en alguna forma la justicia sufra quebranto si no se reconoce el valor de cualquier provecho que sin justa causa obtenga el patrimonio de una persona mediante el esfuerzo de otra. La medida de dicha acción fue en su origen, y lo es hoy, el valor de utilidad y provecho que adquiera el patrimonio de la persona en cuyo favor redunde el acto ejecutado por el tercero. Ningún texto de la ley positiva consagra expresamente la regla general de equidad de que nadie puede enriquecerse sin derecho en perjuicio de otro; sin embargo, se la puede considerar, como lo ha aceptado la jurisprudencia universal, como si estuviera en vigor esa ley, puesto que inspira muchas de las construcciones jurídicas imperantes en la legislación universal. De aquí que la acción de IN REM VERSO, que se encamina a impedir todo enriquecimiento injusto, si no consagrada en la ley, se produce como consecuencia de la doctrina que hoy se aplica por analogía a todos los casos en que el principio de justicia lo aconseja y

Págs.

las leyes no ofrecen un remedio jurídico especial. Todos los comentadores están acordes en que para que haya enriquecimiento sin causa y acción IN REM VERSO se necesita la concurrencia de tres condiciones indispensables: 1ª Enriquecimiento injusto por parte del demandado, por razón de que mediante los hechos verificados por el demandante entró al patrimonio de aquél algún provecho que se haya comprobado; 2ª Que a este enriquecimiento o patrimonio no haya tenido ningún derecho el demandado y que sea consecuencia directa de cualquier empobrecimiento del demandante; 3ª Que este demandante sufra daño si no se le reembolsa lo gastado o el valor de los servicios prestados. El valor del provecho reportado por el demandado debe aparecer comprobado debidamente. A este respecto la Corte de Casación francesa ha consagrado esta doctrina generalísima: 'Es suficiente que el demandado 'establezca' que él ha procurado a un tercero una ganancia por un sacrificio o por un hecho personal.' Así, pues, para que la acción de IN REM VERSO tenga efecto, es necesario que se compruebe un enriquecimiento sin causa jurídica y a costa de un tercero, lo que es distinto de la acción establecida para pedir la repetición de pago de lo no debido, y a la que nace de los hechos ilícitos. Si aquella acción se basa en un principio de equidad, la demostración del enriquecimiento sin causa es indispensable: no basta la simple alegación en que se asegura que el enriquecimiento se efectuó". Lo demás de la sentencia constituye la prueba de que la Nación no obtuvo un enriquecimiento. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLII, Nos. 1901 y 1902, septiembre 6 de 1935). (1). 605, 1ª y 2ª, y 606, 1ª

Págs.

ESTADO CIVIL

- Nº 64 -

Se reivindicó para una sucesión sin la prueba legal de la defunción del de cujus. No había admitido el Tribunal la prueba de la defunción con el certificado de la Dirección Municipal de Higiene, como prueba supletoria, por no haberse explicado ni justificado en el expediente la falta de las pruebas principales de ese hecho.

"El recurrente estima que la sentencia del Tribunal viola el artículo 395 del Código Civil y 632 del Judicial, porque estableciendo la disposición citada que los instrumentos provenientes de funcionarios que ejerzan cargos por autoridad pública, en lo referente al ejercicio de sus funciones, tienen la fuerza probatoria de plena prueba, infringió el fallador directamente la mencionada disposición (art. 632 citado), comoquiera que siendo una de las funciones de la Dirección Municipal de Higiene de Bogotá el llevar los libros sobre el estado civil de las personas, entre las cuales está el necrológico, la certificación que tal entidad o autoridad expida sobre los hechos que caen bajo su jurisdicción y autenticados por los respectivos secretarios, constituyen plena prueba, y al no darle el Tribunal este valor probatorio a tales certificaciones infringió directamente el artículo 632 del Có-

(1) Después de haber sido repudiada en la jurisprudencia francesa la fórmula presentada por una sentencia de la Corte de Casación de fecha 15 de junio de 1892, sobre la acción in rem verso, la doctrina y la jurisprudencia francesas acogieron la fórmula de Aubry y Rau, adoptada por la Corte de Casación en sus sentencias de fechas 12 de mayo de 1914 y 2 de marzo de 1915, de la cual se desprenden, según Marcel Mosoiu, las siguientes condiciones: "1a. Un empobrecimiento del demandante. El enriquecimiento debe realizarse a expensas del patrimonio del demandante. No basta que la ventaja obtenida tenga origen 'en un hecho personal del demandante'; si éste no ha sufrido pérdida, la acción será rechazada. Se podría deducir lo contrario de la precitada fórmula de 1892". 2a. Un enriquecimiento del demandado; 3a. Ausencia de una causa legítima del enriquecimiento; 4a. Ausencia de toda otra acción que permita al empobrecido volver a cubrir lo que se le debe". (MARCEL MOSOIU, De L'Enrichissement Injuste). (Nota del Relator).

Págs.

digo Judicial. Tradicional ha sido en el derecho colombiano la restricción o limitación de los funcionarios encargados de llevar el registro del estado civil de las personas para que las actas por ellos sentadas o recogidas tengan el valor de prueba principal. Esos funcionarios y esas personas han sido los notarios y los curas párrocos, y hoy rigen al respecto los artículos 348 del Código Civil y 22 de la ley 57 de 1887. Y esas pruebas pueden suplirse, cuando ellas faltan, por otros documentos auténticos, y es esto lo que constituye la prueba supletoria del estado civil de las personas de que trata el artículo 395 del Código Civil, pruebas supletorias que tienen cabida cuando se demuestra o justifica la falta de las pruebas principales. El recurrente, en su acusación quiere ver en el certificado de la Dirección Municipal de Higiene de Bogotá la prueba principal de la defunción de Martínez Díaz, pero la Corte es de concepto contrario, por las siguientes razones: Dice el artículo 8º de la ley 31 de 1907: 'Para el solo efecto de obtener con la mayor exactitud posible los datos referentes al movimiento del estado civil de las personas, y sin que lo dispuesto en esta ley envuelva derogación o modificación de lo que estatuyen el título primero del Código Civil, los artículos 22 de la ley 57 y 79 de la ley 53, ambas de 1887, los alcaldes municipales llevarán un registro de nacimientos, matrimonios y defunciones, de acuerdo con los modelos que para ello les suministrará el Director General.' El final del artículo 9º de esa ley es del tenor siguiente: 'Dichas inscripciones podrán servir de prueba supletoria del estado civil, a falta de las principales reconocidas como tales por la ley'. Esta norma jurídica fue derogada por la ley 63 de 1914, cuyo artículo 10 dice así: 'Para determinar con la mayor exactitud posible el movimiento del estado civil de las personas, se sentarán, mes por mes, en cada distrito, el registro de nacimientos, matrimonios y defunciones. A este efecto los padres y jefes de familia, los directores de comunidades, colegios y demás entidades de instrucción, los administradores de fincas o establecimientos industriales de cualquier género, y los directores de empresas de obras públicas y privadas, deben dar aviso de los hechos constitutivos del estado civil al alcalde del lugar, en el correspondiente mes. Lo dispuesto aquí no envuelve derogación ni modificación de lo que estatuyen el título 2º del libro 1º del Código Civil, los artículos 22 de la ley 57 y 79 de la ley 153 de 1887 y el 22 de la convención adicional al Concordato de 31 de diciembre de 1887'. Los alcaldes, pues, y los directores de higiene no son funcionarios del estado civil de las personas y las funciones que les fueron atribuídas primero por la ley 31 de 1907 y después por la 63 de 1914, son meramente estadísticas; de modo que si las certificaciones o actas que respecto del estado civil de las personas puedan ellos expedir, sirven como pruebas supletorias, no tienen el carácter de pruebas principales del estado civil ni del hecho de la defunción de una persona. Y esas pruebas, como supletorias, tienen cabida y éxito cuando se demuestra la falta de las pruebas principales, al tenor del artículo 395 del Código Civil; esa, además, ha sido la jurisprudencia de los Tribunales y la doctrina de la Corte. Pero el recurrente objeta que al no darle el valor de plena prueba al acta de defunción de Martínez Díaz, el Tribunal violó el artículo 632 del Código Judicial. La Corte no acoge este concepto porque si bien es cierto que, según la mencionada disposición, hacen plena prueba acerca de su contenido, como documentos auténticos los instrumentos provenientes de funcionarios que ejerzan cargos por autoridad pública, en lo referente al ejercicio de sus funciones, también lo es que la tal disposición no constituyó a esos empleados en funcionarios del estado civil de las personas y de ahí que las actas sobre defunciones expedidas por un director de higiene puedan servir como prueba supletoria, pero no como prueba principal. El legislador colombiano ha sido siempre muy riguroso en cuanto a no extender a los funcionarios públicos las atribu-

Págs.

Págs.

ciones que respecto del movimiento del estado civil de las personas han llevado determinados funcionarios, como los notarios y curas párrocos. El artículo 632 del Código Judicial no hace funcionarios del estado civil de las personas a los empleados que por razones de estadística llevan ese movimiento, como los alcaldes o directores de higiene, y ese artículo en nada modificó ni amplió lo estatuído por los artículos 348 del Código Civil y 22 de la ley 57 de 1887. No encuentra, por lo tanto, la Corte que la sentencia acusada haya violado el artículo 623 del Código Judicial, al no dar el carácter de prueba principal al certificado de la Dirección de Higiene ya mencionado en este fallo. No violó la sentencia recurrida el artículo 395 del Código Civil, ni era posible esta violación, porque teniendo el certificado del Director de Higiene sobre defunción de Martínez Díaz, únicamente el carácter de prueba supletoria, en el caso que estuviera perfecta, habría sido necesario previamente establecer la falta de la prueba principal o explicar en autos su no existencia. El primer cargo de la demanda no es, pues, fundado...

...El tercer cargo lo hace el recurrente sobre el concepto de interpretación errónea de determinada prueba, y asevera que el Tribunal interpretó erróneamente la certificación de la Dirección Municipal de Higiene, al creer que ella no presta mérito probatorio alguno, con violación expresa de las disposiciones de los Códigos Civil y Judicial que citó el recurrente, a saber, artículos 395 del primero y 632 del segundo. El Tribunal no consideró que la certificación mencionada sea prueba principal de la defunción de Martínez Díaz y no estimó esa prueba como supletoria porque no se acreditó la falta de la prueba principal. No puede decirse entonces que el Tribunal hubiera violado las disposiciones señaladas por el recurrente, y ya se explicó porqué. No es que únicamente sea aceptada la prueba de la defunción que provenga de las actas parroquiales ni el Tribunal ha sostenido semejante teoría. No. La defunción de una persona se demuestra o con las actas parroquiales o con las notariales, como pruebas principales, y puede también demostrarse con la prueba supletoria, pero para esto es necesario que previamente se establezca la falta de algunas de las pruebas principales y la sentencia recurrida se funda en estos principios". (Casación, XLII, Nº 1898, junio 3 de 1935).. 189, 2ª, 190, 1ª y 2ª 191, 1ª

Págs.

EXCEPCION

- Nº 65 -

El error en la denominación precisa de una excepción pertinente, no puede ser obstáculo para que ella se tome en consideración y se reconozca si verdaderamente existe. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLII, Nº 1897, junio 3 de 1935). (1) 86, 1ª

EXCEPCION DE PRESCRIPCION CONTRA LA NACION

- Nº 66 -

Véase PRESCRIPCION CONTRA LA NACION.

F

F I A N Z A

- Nº 67 -

Se opuso en un juicio ejecutivo la excepción de inexistencia de la obligación del fiador ejecutado, porque el alcance que se dedujo a su fiado se refería a un empleo conferido posteriormente a aquel cuyo buen manejo afianzó el fiador.

"...La fianza es una garantía accesoria que no se presume, ni puede extenderse a más de lo que en ella se expresa, según el artículo 2373 del Código Civil. De modo que pretender hacer extensiva la fianza prestada por el excepcionante para

(1) Concordancia: No. 1592, tomo 3o., Jurisprudencia de la Corte.

responder de empleos distintos, recibidos con posterioridad a su otorgamiento, sería tanto como presumir una declaración de voluntad que no se ha hecho, lo que contravendría expresamente a la mencionada disposición. De todo lo expuesto se deduce con entera claridad que la obligación porque se persigue al excepcionante, no existe". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLII, Nº 1897, junio 1º de 1935) .....

Págs.

FIANZA

- Nº 68 -

Fundó el fiador, en un juicio ejecutivo que se le siguió, la excepción de inexistencia de la obligación en que habiendo renunciado a continuar prestando a su fiado los servicios de fiador, sus obligaciones de tal se extinguieron.

"....Importa poco que Reyes V. hubiera hecho renuncia del cargo de fiador, pues las obligaciones no se extinguen sino por los medios legales, y no es la renuncia uno de ellos, a menos que por renuncia quisiera entender Reyes V. la existencia de una convención, en que las partes interesadas consintieran en darla por nula. Pero ni aun así podría exonerarse en el presente caso de sus obligaciones de fiador, porque no aparece por parte alguna del expediente el acuerdo de voluntades entre Reyes V. y el empleado autorizado, que hubiera anulado la fianza". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLII, Nº 1897, junio 15 de 1935) .....

FIANZA

- Nº 69 -

El Juez de Ejecuciones Fiscales libró ejecución por sumas de dinero que representaban unos alcances deducidos en época anterior a la aceptación de la caución de fianza. Ejecutado el fiador opuso las excepciones de inexistencia de la obligación y error de cuenta.

"El artículo 2366 del C. C. establece que la fianza puede otorgarse hasta o desde cierto día o bajo condición suspensiva o resolutoria y el artículo 2373 de la misma obra dice que la fianza no se presume, ni debe extenderse a más que el tenor de lo expreso. En el documento suscrito por el señor Pava como fiador del telegrafista de Mompós señor Julio S. Rojas, no se comprometió a responder por los alcances correspondientes al tiempo anterior a la obligación, y por tanto, no puede extenderse su responsabilidad sino a la época comprendida desde el día en que fue aprobada la caución y el fiador entró a desempeñar las funciones de su cargo y la cesación de éstas. A lo anterior se agrega que el artículo 57 de la ley 42 de 1913 dice que 'en tanto que la caución no haya sido otorgada y aceptada, el empleado de que se trata no podrá hacerse cargo del puesto, ni recibir fondos o bienes en su carácter de agente del gobierno nacional'. De manera que la responsabilidad del fiador sólo empieza en el momento en que la fianza ha sido aceptada para que el empleado pueda entrar a desempeñar su cargo". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLII, Nº 1898, agosto 30 de 1935). 84, 2ª 245, 1ª

FIANZA DE CARCEL

- Nº 70 -

La fianza de cárcel segura tiene por objeto asegurar la comparecencia del sindicado o procesado, cuando para ello fuere requerido; pero también impone al fiador la obligación de hacer la presentación de su fiado, conforme al artículo 14 de la ley 83 de 1915. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLII, Nº 1898, julio 25 de 1935) 97, 1ª 233, 1ª

FUERZA MAYOR LIBERATORIA

- Nº 71 -

Véase CASO FORTUITO LIBERATORIO.

FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO

- Nº 72 -

Se pidió en un juicio restitución de término para que los peritos ex-

Págs.

pusiesen su dictamen, porque se aseveraba que el hecho de estar el proceso en la Oficina de Registro les hizo imposible cumplir su encargo, por fuerza mayor.

"La Corte para resolver, considera: Según el artículo 372 del Código Judicial, cuando por fuerza mayor no se ha hecho uso de un término, puede pedirse por el interesado restitución de él. 'Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir', dice el artículo 1º de la ley 95 de 1890. La irresistibilidad consiste en que el hecho no haya podido ser impedido y que haya colocado a quien tiene la obligación en imposibilidad de cumplirla. No es suficiente que el acontecimiento haya dificultado el cumplimiento de ella. ...La manera como se han alegado las circunstancias del hecho es suficiente para concluir que no hubo fuerza mayor, aparte de que el suceso no fue imprevisible, pues el señor Fiscal que lo alega pudo precaverse de él reclamando a tiempo del auto que ordenaba el envío de los cuadernos a la Oficina de Registro". (Auto, Sala de Negocios Generales, XLII, Nos. 1901 y 1902, septiembre 27 de 1935) 584, 2ª

G

GOBERNADOR COMO JEFE DE LA ADMINISTRACION DEPARTAMENTAL

- Nº 73 -

Véase la doctrina expuesta bajo el título ADMINISTRACION DEPARTAMENTAL.

I

IDENTIFICACION DE UN PREDIO

- Nº 74 -

Perdió el pleito un reivindicador de una finca porque el Tribunal sentenciador estimó que la única manera de identificar los predios consistía en la inspección ocular, y la practicada no era aceptable. En casación alegó el reivindicador la violación de varias disposiciones legales sustantivas del código adjetivo, tales como las de los artículos 697 y 702. Dijo la Corte:

Págs.

"Como cuestión primordial debe estudiarse si la inspección ocular es el único medio probatorio para establecer la identidad de un predio. A este respecto observa la Corte, que si bien es cierto que la inspección ocular es el medio más adecuado para conseguir ese efecto, no es, sin embargo, el único, por las siguientes razones: Porque cuando el legislador ha querido establecer una sola o única prueba para comprobar un hecho o establecer un derecho, lo ha dicho o expresado de una manera categórica, como también ha expresado que ciertas pruebas no sirven para comprobar un hecho. Así, para comprobar la venta de bienes raíces y servidumbres y la de una sucesión hereditaria, se necesita la escritura pública, y esa clase de ventas no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se haya otorgado la escritura pública, artículo 1857 del C. C. La prueba testimonial juega gran papel en los debates judiciales, y sin embargo no es admisible la prueba de testigos respecto de los actos o contratos que contengan la entrega o promesa de una cosa que valga más de quinientos pesos (artículo 91 de la ley 153 de 1887), y por eso al tenor de lo dispuesto por el artículo 1767 del C. C., no se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito. Sea, pues, por el concepto positivo, pruebas preestablecidas por la ley para comprobar un hecho, sea por el concepto negativo, pruebas no admisibles para demostrar un hecho, el legislador ha establecido un criterio taxativo en esta materia, de modo que cuando no existe ni el extremo positivo, ni el negativo, de que se acaba de hacer mérito, rige la regla general, o sea que dentro de la tarifa legal de pruebas pueden las partes presentar las que crean pertinentes a la defensa de sus derechos y demostración de sus pretensiones, teniendo en cuenta, sí, que a veces la ley marca el CRITE-

Págs.

RIO, como en el artículo que inicia el tratado de peritos. Y esas pruebas deben entonces producirse y estimarse según la ley. Tal es el principio y el fundamento sobre la teoría de las pruebas reconocido por el artículo 593 del C. J. Ni en el Código Judicial anterior, ni en el vigente estableció el legislador que la prueba única o pertinente para la identificación de un fundo fuera la de la inspección ocular, ni la jurisprudencia jamás ha establecido tal cosa, sino todo lo contrario. Por eso en sentencia de 30 de abril de 1931, publicada en el número 1879 de la GACETA JUDICIAL, dijo la Corte que el lote de terreno que es objeto de una reivindicación puede identificarse con declaraciones de testigos, cuando falta el dictamen pericial. El punto por lo demás no es nuevo, y el principio que acaba de sentarse ha sido siempre acogido por la doctrina". (Casación, XLII, Nº 1900, agosto 21 de 1935). (1). . 375, 2ª y 376, 1ª

Págs.

IMPEDIMENTOS

- Nº 75 -

El Procurador se declaró impedido para emitir su opinión en cierto asunto por haberla dado sobre él cuando era abogado del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales.

"Las causales de impedimento establecidas por la ley se fundan en algún interés que pueda tener el juzgador. Ese interés, tomado en sentido estricto, equivale a derecho del juez en el pleito, bien por sostener en él directamente alguna pretensión, o porque, de acuerdo con la ley, el fallo pueda aprovecharle o perjudicarle. Tal interés puede referirse a las personas vinculadas al Juez por parentesco, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. A esta causal y a la anterior, que son inalterables, se refiere el numeral 3º del artículo 435 del Código Judicial. Si el artículo 166 de este Código toma la palabra 'interés' en su significación restricta, no habría problema complicado, porque una vez manifestado el impedimento sería el caso de declarar separado del asunto al Agente del Ministerio Público. Dentro de esta acepción restringida, la causal manifestada por el señor Procurador de la Nación, en el presente pleito, no sería para él impedimento legal. Pero el vocablo interés tiene otras significaciones, dándole cierta amplitud: puede provenir de vinculaciones de familia, de asociación en negocios, de lazos de adopción, de afecto íntimo, de enemistad manifiesta o también de amor propio, como sucedería en el evento de haber dictado el Juez el fallo que va a revisarse o haberlo dictado alguna persona ligada a él con cierto parentesco, o haber favorecido a cualquiera de las partes en el negocio o en el pleito, o intervenido en él como perito o testigo. En el caso actual, el interés que cree tener el señor Procurador, por haber examinado, como abogado, el memorial de objeciones, materia de la apelación, tiene su origen en el amor propio, que puede impulsar al hombre a querer sostener siempre sus opiniones emitidas. Si, conforme al artículo 166 del Código Judicial, las causales de impedimento no son sólo lo que se entiende por interés, en el sentido en que lo toma el numeral 3º del artículo 435 de la misma obra, sino en una forma más amplia, hay que estudiar la cuestión por este aspecto. Cuando regía el Código Judicial anterior, en su artículo 749, numeral 18, existía esta causal de impedimento: 'Haber favorecido a alguna de las partes en el negocio que es materia del pleito, o en el mismo pleito como apoderado o patrono'. La Sala de Casación civil de esta Corte, en fallo de veinticinco de junio de mil novecientos veintitrés (GACETA JUDICIAL número 1549, página 71, columna 1ª), comentando tal numeral, había sentado la doctrina de que bastaba que el Juez o Magistrado hubiera sido

(1) Concuerda en el fondo con esta doctrina una sentencia de la Corte de Casación de Santiago de Chile, a que alude el Diccionario de Jurisprudencia de las Cortes de Justicia de la República de Chile, No. 7692, Ravest.

Págs.

consejero de uno de los litigantes en parte sustancial, para que se considerase vinculado profesionalmente al resultado del pleito; y agregaba que el funcionario debía expresar en el auto respectivo los hechos constitutivos del impedimento, para que quien debía calificarlo decidiera si de dicho hecho se podía deducir que el manifestante tenía interés en el fallo. (Aquí está tomada la palabra 'interés' en sentido amplio). El Código Judicial vigente, en su artículo 435, numeral 9º, estatuye como impedimento de los jueces el 'haber favorecido a cualquiera de las partes en el negocio que es materia del pleito mismo, o intervenido en éste como Agente del Ministerio Público, perito o testigo'. Es el caso que el interés derivado del concepto que haya dado el señor Procurador doctor Arteaga, como abogado, no puede ser el mismo interés inallanable del numeral 3º del artículo 435, impedimento que nace de este principio: 'Nadie puede ser Juez en causa propia o en la de ciertas personas unidas a él por vínculo estrecho'. El interés, causa del impedimento manifestado por el señor Procurador, nace de distintos motivos, o sea del amor propio, y encaja mejor en el copiado numeral 9º, porque no puede tratarse de un interés en sentido estricto. Ya la Corte Plena, en auto de doce de junio último, sentó la siguiente doctrina: 'El artículo 166 del Código Judicial dice que los Agentes del Ministerio Público están impedidos para intervenir en los negocios cuando ellos, o sus consortes, o sus ascendientes, descendientes o parientes colaterales dentro del cuarto grado de consaguinidad o segundo de afinidad, tengan interés. El artículo 183 del antiguo Código Judicial, que establecía causales de impedimento para los Agentes del Ministerio Público, exigía que concurriera un interés directo, como lo establecía el Código Judicial antiguo. Dentro del artículo 166 del Código actual, caben los motivos de impedimento alegados por el doctor Arteaga, porque existe interés de parte de él en que se mantenga el Decreto acusado en todo su vigor, desde luego que se pronunció en forma concreta sobre su constitucionalidad, en su carácter de Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.....' Para estar a tono con esta doctrina y no contrariar el espíritu y la letra de las disposiciones generales sobre impedimento, es preciso pensar que la circunstancia del dictamen que, como abogado, dio el señor Procurador, implica un interés en sentido lato, encajable dentro del numeral 9º del artículo 435. Esto quiere decir que tal impedimento, dentro de la jurisprudencia de la Corte actual, debe ser allanable, porque de nó, habría una contradicción absurda en la ley, ya que el que hubiera dictaminado en el negocio, o intervenido en el pleito como perito o testigo, podría ser juez en el juicio, y en cambio no podría actuar como Agente del Ministerio Público, siendo que esto no es acto tan trascendental como lo es el de proferir el fallo. Como la ley nada dice sobre el allanamiento de los impedimentos manifestados por los Agentes dichos, cuando ellos son allanables, por no tratarse del interés estricto de que habla el numeral 3º del artículo 435, debe llenarse el vacío de ella, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 del Código Judicial, que manda que todo vacío en el procedimiento debe llenarse con lo que el mismo Código disponga para casos análogos". (Auto, Sala de Negocios Generales, XLII, Nº 1897, julio 5 de 1935). ..... 103, 1ª y 2ª y 104, 1ª y 2ª

Págs.

IMPEDIMENTOS

- Nº 76 -

Se declaró impedido para conocer de un pleito un Magistrado cuyo hermano, aunque había sido apoderado en él, ya había sustituído el poder a otro abogado.

".....Estima la Corte que el impedimento rige desde otro punto de vista, no del contemplado en la regla 2ª, sino en la 3ª, del artículo mencionado, la cual es de este tenor: 'Artículo 435. Son causas legítimas de impedimento y recusación:..... 3ª Tener interés en el pleito el Juez, o alguno de sus parientes expresados

Págs.

en el numeral 1º. Efectivamente, el abogado que hace una gestión en un pleito, presta un servicio a la parte que lo busca, y ese servicio le debe ser retribuído o pagado. Si tal sucede, lógicamente debe pensarse que el abogado tiene interés en que la gestión que ha hecho resulte favorable a su mandante, así siga o no al frente del negocio; y si al separarse de él recibe el completo pago de sus honorarios devengados, le queda entonces un interés moral para que la gestión por él encaminada llegue a su fin, y no sea baldía. Y basta que el pariente del juez tenga interés en el pleito, para que éste no pueda seguir conociendo del negocio. La ley no distingue la clase de interés que ha de tenerse en cuenta en este caso, y no haciéndose tal distinción, el interés moral queda comprendido en la causal de impedimento. La razón de ser de los impedimentos que establece la ley, está precisamente en asegurar la independencia del juez, desde un punto de vista moral, en relación con el negocio de que va a conocer, y a él, en definitiva, convergen todos los impedimentos detallados en el Código. Y tratándose del interés, la hipótesis tiene tanta significación, que hace que el impedimento no pueda ser allanado, en virtud de lo dispuesto por el artículo 439 del Código de Procedimiento Civil". (Auto, Sala de Negocios Generales, XLII, Nº 1897, junio 6 de 1935). ..... 87, 1ª y 2ª

IMPEDIMENTOS DE LOS AGENTES DEL MINISTERIO PUBLICO

- Nº 77 -

El Procurador General de la Nación se declaró impedido para opinar sobre la inconstitucionalidad demandada del Decreto número 685 de 1934.

"El artículo 166 del Código Judicial dice que los Agentes del Ministerio Público están impedidos para intervenir en los negocios cuando ellos, o sus consortes, o sus ascendientes, o parientes colaterales, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tengan interés. El artículo 183 del antiguo Código Judicial, que establecía las causales de impedimento para los Agentes del Ministerio Público, exigía que concurriera un 'interés directo'. Por lo demás, la disposición está redactada en los mismos términos que el texto vigente. Como se ve, el Código nuevo amplió los motivos de impedimento de los referidos Agentes, pues sólo exige que concurra interés por parte de ellos o de sus parientes, y no interés directo, como lo establecía el Código antiguo. Dentro del artículo 166 del Código actual caben los motivos de impedimento alegados por el doctor Arteaga, porque existe interés de parte de él en que se mantenga el Decreto acusado en todo su vigor, desde luego que se pronunció en forma concreta sobre su constitucionalidad, en su carácter de Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia". (Corte Plena, XLII, Nº 1897, junio 12 de 1935) 5, 2ª

IMPEDIMENTOS DE LOS MAGISTRADOS DE LA CORTE PARA CONOCER DE LAS DEMANDAS SOBRE INEXEQUIBILIDAD

- Nº 78 -

"Es procedente darles cabida a esta clase de incidentes en los juicios sobre inexequibilidad de leyes y decretos, porque si bien es verdad que la Corte ejerce funciones especialísimas como guardián de la Constitución, también es indudable que en ejercicio de la jurisdicción constitucional la Corte no puede prescindir de su condición de juzgador que hace que sus miembros estén sujetos a los mismos impedimentos de los Jueces y Magistrados particulares, con las distinciones e interpretaciones correspondientes a la índole natural de los negocios. Por tanto, deben estudiarse los impedimentos manifestados por los Magistrados en los juicios de inexequibilidad y las causales no pueden ser otras que las seña-

Págs.

ladas por el Código Judicial para los juicios civiles". (Auto de la Corte Plena, XLII, Nº 1898, octubre 7 de 1935). (1). 164, 2ª

INCONGRUENCIA

- Nº 79 -

Demandaron dos personas a otras dos para que se declarase que ciertos bienes raíces no pertenecían a los demandados, sino a otra persona o a su sucesión, y la consiguiente restitución de esos bienes a ésta. Como entendiese el Tribunal que la acción instaurada era la de nulidad de la partición, recurrieron aquéllos en casación acusando el fallo por segunda causal, como incongruente. Dijo la Corte:

"En la acción de nulidad de las particiones, establecida por el artículo 1405, se considera y juegan papel primordial los factores que hacen nulos e ineficaces los actos y declaraciones de la voluntad y que impiden la constitución y permanencia del vínculo jurídico, establecido o que se quiso establecer en el acto o contrato. En la acción petitoria de dominio y en la acción reivindicatoria no se consideran esos factores sino que la cuestión se plantea en un plano muy distinto y con elementos diversos a los que entran en la acción de nulidad o rescisión. En la acción petitoria de dominio se discute a quién corresponde una cosa como dueño, y en la reivindicatoria se discute la entrega o restitución del bien sobre el cual versa esta acción. Y son las acciones petitoria de dominio y reivindicatoria las ejercitadas por los actores en este juicio. luego el Tribunal no tenía por qué considerar una acción no incoada como la de nulidad o rescisión de la partición, porque los términos de una demanda son los factores señalados por el actor como constitutivos del problema planteado ante el demandante y sometido a la decisión judicial, factores de que no puede salirse ni mucho menos variar el juzgador. Si pues el Tribunal consideró un factor no señalado por la parte actora, y si el estudio de ese factor es una de las bases de la sentencia recurrida, se concluye que está demostrada y salta a la vista la segunda causal de casación invocada por la parte recurrente. La Corte observa que la parte actora no apoyó su demanda en el art. 1405 del Código Civil, y esto pone más de manifiesto tanto la intención del demandante, como el error del Tribunal". (Casación, XLII, Nº 1897, junio 3 de 1935). 29, 1ª

INCONGRUENCIA EN MATERIA CRIMINAL

- Nº 80 -

Se alegó en el recurso de casación de una sentencia condenatoria por homicidio, que el auto de proceder no armonizaba con los cargos hechos al acusado en el cuestionario que se le propuso al jurado.

".....El auto de proceder dice que Eufrasio Díaz cometió el crimen 'con la mayor sangre fría, con crueldad y sevicia', y la pregunta formulada al jurado es la siguiente: 'El acusado Eufrasio Díaz ejecutó el hecho de que trata la cuestión anterior con las siguientes circunstancias, o alguna o parte de ellas: con alevosía, o a traición o sobreseguro, sorprendiendo descuidada, indefensa o desapercibida a la víctima en el lugar del crimen?' La alevosía la explica el mismo Código Penal en el numeral 3º del artículo 586. como equivalente a traición y sobreseguro, y el Diccionario de la Lengua la define: 'maquinación cautelosa contra la vida o el honor de alguno': luego la alevosía no es 'la mayor sangre fría' de que habla el auto de proceder. El numeral 6º del artículo 586 establece como circunstancia de asesinato, el de haberse cometido el homicidio con tormentos o con algún acto de ferocidad o de crueldad; de manera que la crueldad. de que habla el auto de proceder, no es en manera alguna el hecho sobre que se

(1) La Ley 96 de 1936 señala cuáles son los únicos impedimentos que pueden manifestarse por los Magistrados de la Corte en asuntos sobre inconstitucionalidad de leyes o decretos ejecutivos.

REPUBLICA DE COLOMBIA BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

interrogó al jurado, de que si Eufrasio Díaz había cometido el homicidio sorprendiendo descuidada, indefensa o desapercibida a la víctima en el lugar del crimen; y la sevicia, de que trata el auto de proceder es, conforme al Diccionario de la Lengua, 'crueldad excesiva'. La crueldad, declarada en el auto de proceder, no fue, pues, propuesta al jurado. No corresponde, por tanto, lo preguntado al jurado con lo declarado en el auto de proceder". (Casación, XLII, Nº 1897, mayo 16 de 1935). . . . . .

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR TERMINACION EXTRAORDINARIA DE UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO CELEBRADO POR DOCUMENTO PRIVADO

- Nº 81 -

Lázaro Espejo arrendó a Rafael Moreno P. una finca raíz por diez años, según documento privado; pasados cuatro años vendió la finca arrendada a Paul Dreyer y éste lanzó de ella judicialmente al arrendatario, el cual demandó al arrendador para el pago de perjuicios. Como el Tribunal absolviera al demandado de los cargos de la demanda por estimar que no estaban probados los perjuicios alegados y que el arrendatario había hecho mal uso del fundo arrendado poniendo a pastar en él excesivo número de animales, lo que, según el Tribunal, daba derecho al arrendador para hacer cesar inmediatamente el arrendamiento, conforme al artículo 2037 del Código Civil, recurrió en casación el actor alegando la primera causal por violación de los artículos 2019 y 2020, 1612 y 1613 del Código Civil. Expuso la Corte:

"Como la Corte encuentra fundada la causal que tiene como apoyo el artículo 2019 del Código Civil, a ella se concreta y no considera las restantes (artículo 538 del C. J.) El citado precepto dice: '2019. Extinguiéndose el derecho del arrendador por hecho o culpa suyos, como cuando vende la cosa arrendada de que es dueño, o siendo usufructuario de

Págs.

ella hace cesión del usufructo al propietario, o pierde la propiedad por no haber pagado el precio de venta, será obligado a indemnizar al arrendatario en todos los casos en que la persona que le sucede en el derecho, no está obligada a respetar el arriendo.' Habiéndose extinguido el derecho del arrendador Lázaro Espejo, por hecho suyo consistente en haber vendido la cosa arrendada a Paul Dreyer, aquél tiene la obligación abstracta de indemnizar al arrendatario Rafael P. Moreno R., porque 57, 2ª el comprador no está obligado a respetar el arrendamiento contraído por documento privado (artículos 2019 y 2020 del C. C.) La Corte ha sostenido en distintas épocas y en numerosas ocasiones los principios que en seguida resume: Si en un juicio se demuestra la obligación de pagar perjuicios y hubiere datos para la estimación de éstos, se fijarán después de la sentencia condenatoria por medio de peritos. No habiendo tales datos, se remitirá a las partes a un juicio distinto, de acuerdo con el artículo 840 del Código Judicial. (Sentencias de 1888 y 1895). La sentencia en que se declara la obligación abstracta de pagar perjuicios no puede ejecutarse directamente, sino mediante un juicio previo, en el cual, con todas las formalidades del juicio ordinario, se fije la cantidad precisa a que asciendan, según las pruebas presentadas por las partes. Si de tales pruebas no resulta la comprobación de esa cantidad, nada se deberá por esto, aunque se haya declarado en abstracto la obligación de pagar perjuicios. (Sentencia de 1892). El hecho de que el Tribunal no haya hallado la prueba del monto de los perjuicios que exige el demandante como consecuencia de ciertos hechos ejecutados por el demandado, no es motivo para que el tribunal no condene al demandado a pagar al demandante los perjuicios causados, los cuales deben ser determinados en juicio separado. (Sentencia de 1917). Si el demandante pide que se condene al demandado a pagar una suma determinada de dinero por perjuicios causados, y el tribunal estima que no están probados los hechos que sirvie-

Págs.

ron de base al avalúo pericial, es correcta la sentencia que condena al demandado al pago de los perjuicios y dispone que éstos se justiprecien en juicio distinto, juicio en el cual no se discute ya la obligación de pagar perjuicios sino el valor de éstos. (Sentencia de 1918). Cuando la sentencia condena a pagar perjuicios ilíquidos, es el caso de ordenar su fijación en otro juicio, como lo dispone el artículo 840 del Código judicial. Si no consta el perjuicio efectivo ni su monto, es el caso de hacer la condenación en abstracto para que luégo, en juicio separado, se ventile el monto. (Sentencias de 1920). La Corte mantiene, en lo general, estas doctrinas, porque las juzga científicas, y desecha para este negocio otras de ella misma, contrarias a las que ha resumido, porque juzga que esas otras no se ajustan a la teoría jurídica que debe imperar en punto de indemnización debida por el arrendador al arrendatario en casos como el que estudia. La Corte no puede sostener en absoluto que, por falta de prueba, deba negarse la existencia de perjuicios, sin remitir a las partes a otro juicio, como lo estableció en 1924; ni que la existencia de perjuicios no se presuma en ningún caso, como lo afirmó en 1925. La Corte no adopta estos principios, como normas absolutas o postulados de jurisprudencia; pero admite que en los negocios especiales en que fueron concretamente establecidos, bien pudieron ser ellos aceptables con respecto a los puntos concretos que se debatían. Al mantener la Corte sus doctrinas de los años 88, 92 y 95 del siglo pasado, y de los años 17, 18 y 20 del presente siglo, comprende que el cambio de legislación procesal, efectuado por la Ley 105 de 1931, impone ciertas mudanzas en aquellas doctrinas. Conforme al artículo 840 del Código Judicial anterior al que hoy rige, cuando había condena de daños y perjuicios se fijaba su importe en cantidad líquida, o se establecía, por lo menos, las bases con arreglo a las cuales debía hacerse la liquidación: sólo en el caso de no ser posible lo uno ni lo otro, se hacía la condena reservando a las partes sus derechos para que en juicio distinto se fijara el monto de lo debido. Y el artículo 874 del aquel código decía que si se condenaba a indemnizar daños y perjuicios, la sentencia se ejecutaría previo un juicio ordinario, en el cual no se ventilaba ya la obligación de pagar sino la cuota de lo que el deudor vencido habría de satisfacer al demandante. El Código Judicial vigente estatuye, en su artículo 480, que cuando haya de hacerse condena en daños o perjuicios, se fija su importe en cantidad líquida, o se establecen, por lo menos, las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación. Sólo en el caso de no ser posible lo uno ni lo otro, se hace la condena a reserva de fijar su importe en la ejecución de la sentencia. Debe el juez ante el código nuevo, como ante el código viejo debía, condenar en abstracto o 'in genere' según lo afirmaba y afirma la Corte, cuando quiera que la ley y los autos dan base para admitir que existe, en principio, la obligación de indemnizar. Por eso sorprende que el Tribunal Superior de Santa Marta absolviera al arrendador, sin embargo de afirmar en su fallo, como lo afirmó, que está demostrada la obligación de éste de pagar perjuicios por la extemporánea terminación del arriendo. No eran óbice para hacer la condena en abstracto o 'in genere', ni los reparos que pudieran hacerse al avalúo pericial, cuya materia fue apenas una fijación discutible; ni tampoco el derecho que la parte arrendadora pueda tener contra la arrendataria para hacer cesar el arriendo en casos graves, como lo prescribe el artículo 2023 del Código Civil, pues tal punto no fue objeto de la controversia". (Casación, XLII, Nº 1899, julio 5 de 1936). ..... 302, 1ª, 2ª, 303, 1º y 2º

Págs.

INEXEQUIBILIDAD

- Nº 82 -

La declaración de inexequibilidad no puede recaer sobre un acto que ya no existe, ni tiene en el momento eficacia alguna. (Sentencia de Corte

Págs.

Plena, XLII, Nº 1897, julio 28 de 1935). (1). ..... 6, 1ª y 2ª

INEXEQUIBILIDAD

- Nº 83 -

Al propio tiempo que se pidió la declaración de inconstitucionalidad del artículo 8º del Decreto 314 de fecha 11 de febrero de 1920, se pidió la nulidad de la cláusula de un contrato celebrado entre el Gobierno Nacional y la Tropical Oil Company. Sobre la petición de nulidad dijo la Corte:

"Como muy bien lo observa el señor Procurador, la acción intentada en este punto por el demandante no puede involucrarse a la principal propuesta por él sobre inexequibilidad del artículo 8º del Decreto 314 de 1920. La cláusula mencionada hace parte de un contrato bilateral que no puede discutirse en una acción especial y extraordinaria de la Corte adelantada en armonía con el artículo 41 del Acto Legislativo número 3 de 1910, y sin oír en el juicio al contratista, cuyos derechos pudieran afectarse como consecuencia del fallo. Los juicios en que se discute acerca de la constitucionalidad de actos del Gobierno o del Congreso, son por su naturaleza diferentes a los que se adelantan para que se falle sobre la validez de los contratos que celebra el Gobierno, y la interpretación de los mismos, son objeto, como los contratos entre particulares, de los procedimientos ordinarios establecidos en las leyes. Por estas razones es improcedente y debe negarse la solicitud a que se refiere este punto de la demanda". (Sentencia de la Corte Plena, XLII, Nº 1899, diciembre 6 de 1935)..... 296, 1ª y 2ª

(1) Concordancia: véanse las doctrinas expuestas en los números 1205, 1333, tomo 2o., Jurisprudencia de la Corte, 3049, 3051, tomo 3o.

Págs.

INJUSTICIA NOTORIA DEL VEREDICTO

- Nº 84 -

La cómplice de un reo condenado por homicidio alegaba en casación que la sentencia recurrida era violatoria de la ley por haberse proferido apoyada en un veredicto viciado de injusticia notoria. Opinó el Procurador: "Errada está la recurrente en esta apreciación y por lo mismo no puede discutirse y menos prosperar la causal; la ley en que se apoya exige para su admisión que el vicio de injusticia notoria haya sido debatido previamente en las instancias (numeral 5º, artículo 3º, Ley 118 de 1931). Y la simple apelación de la sentencia no puede considerarse como un debate previo de la injusticia notoria del veredicto. Si fuera así, sobraría la excepción establecida por el legislador". La Corte agregó:

"Además, para ampliar el concepto del señor Procurador, debe anotarse que el debate acerca de la declaración de injusticia notoria del veredicto, cuando las resoluciones del jurado son, a juicio del juez, contrarias a la evidencia, si las partes no lo han planteado, se verifica entre el Juez Superior y el Tribunal Superior respectivo, con el que el Juez debe consultar su determinación, la que sólo tendrá efecto si el Tribunal la confirmare (artículo 50 de la Ley 169 de 1896). Y cuando el Juez de la causa no declara notoriamente injusto el veredicto del jurado en los casos en que puede y debe hacerlo, el Tribunal hará tal declaración, de oficio, o a solicitud de parte, siempre que el proceso se halle a su conocimiento por recurso legalmente interpuesto (artículo 51, ibídem). Así, pues, en este caso, cuando de oficio no declara el Tribunal notoriamente injusto el veredicto, se requiere solicitud de parte para hacer esa declaración y no consta en el proceso que tal solicitud fuera hecha por la recurrente o por su defensor ni por el Fiscal, y menos existe en los autos debate acerca de la cuestión de injusticia

notoria". (Casación, XLII, Nº 1897, mayo 28 de 1935). (1).....

INJUSTICIA NOTORIA DEL VEREDICTO

- Nº 85 -

Se alegaba la causal 5ª de casación, conforme al artículo 3º de la Ley 118 de 1931.

"No aparece en los autos que esta condición previa que establece la causal para que se estudie y prospere haya sido materia de debate en las instancias. El defensor se contentó con apelar del fallo de primera instancia, y en la segunda ni siquiera presentó alegato. La sentencia del Tribunal analizó el punto de la injusticia notoria, pero no con base de alegación por parte del reo o de su defensor, ni porque hubiera habido debate sobre la materia, sino por la verificación analítica que dispone el artículo 163 de la Ley 40 de 1907 en todas las sentencias recaídas en los juicios por jurado. Faltando, pues, la condición previa del debate en las instancias acerca de la injusticia notoria, la causal quinta alegada es inadmisible en el caso que se estudia, y de consiguiente el recurso de casación fundado en esta causal no puede prosperar". (Casación, XLII, Nos. 1901 y 1902, febrero 5 de 1936). (2).....

INTERES DEL ACREEDOR EN LA SOLICITUD DE NULIDAD DE LA VENTA HECHA POR SU DEUDOR

- Nº 86 -

Véase NULIDAD ABSOLUTA DE LA VENTA DE UN BIEN EMBARGADO.

(1) Esta es doctrina legal y constante de la Corte, como puede verse de otros fallos cuya doctrina se ha extractado.

(2) Concordancias: véanse las doctrinas expuestas en los números 2052 y 2053 del tomo 3o. de la Jurisprudencia de la Corte.

Págs.

68, 2ª

Págs.

INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS

- Nº 87 -

En juicio ordinario de reivindicación alegaba el actor recurrente contra la sentencia del Tribunal, que éste había incurrido en evidente error de hecho en la interpretación de la cláusula de un contrato por el cual se vendió a los demandados un cuerpo cierto y no simplemente derechos hereditarios.

"Contiene el libro cuarto del Código Civil, en su título 13, un tratado sobre interpretación de los contratos, que se distingue por su unidad y su sabiduría. No es razonable seguir en la interpretación de los contratos el método exegético, o sea, el análisis sucesivo de sus cláusulas, olvidándose de que en todo acto de voluntad hay siempre un pensamiento principal, generador y lazo de unión de las varias cosas sobre que el acto recae. El estudio aislado de las disposiciones contractuales, como si cada una de ellas se bastara a sí misma, confunde al intérprete e impide la concordia entre los diversos puntos. Las cláusulas han de interpretarse unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor cuadre con la naturaleza del contrato y que más convenga a éste en su
502, 1ª totalidad. Sólo así es posible aprehender la idea dominante de las partes y construír con sus palabras una figura jurídica. Puesta de relieve la unidad del citado título 13, obsérvese su admirable sabiduría en normas como éstas: conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras; por generales que sean los términos de un contrato, sólo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado; el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquél en que no sea capaz de producir efecto alguno". (1). (Casación, XLII, Nº 1899, agosto 2 de 1935).. 343, 2ª y 344, 1ª

(1) Artículos 1618, 1619 y 1620 del Código Civil.

Págs.

H

HECHOS DE LA DEMANDA

- Nº 88 -

Había tal imprecisión en los hechos de una demanda que uno de ellos constante de siete hojas del libelo, adolecía de falta de clasificación y orden, era por demás oscuro e involucraba otros hechos.

"..... Si una parte de los hechos se enumera y presenta de una manera correcta, y otra parte sin numeración, o se formula bajo un solo numeral, no ya uno, sino varios hechos, esta circunstancia constituye un verdadero desorder., no tanto porque impida a la parte demandada conocer las causas precisas de la pretensión aducida, sino más bien por la dificultad en que se la coloca para dar respuesta a los hechos que queden encerrados bajo ese solo numeral..... Para la Corte es evidente que lo que se enuncia bajo el numeral NOVENO de los hechos de la demanda, no es un solo hecho, sino varios, y también que en él quedan envueltos distintos problemas de puro derecho; de modo que lo allí propuesto resulta impreciso y oscuro, no tanto por la extensión de lo narrado únicamente ni porque se manifiesten varios hechos, sino muy especialmente porque dentro de ellos se exponen las dichas cuestiones de derecho, que estarían bien en otra parte de la demanda, lo que es razón bastante para aceptar que ella está afectada de ineptitud, y que debe prosperar la excepción invocada". (Auto, Sala de Unica Instancia, XLII, Nº 1897, junio 3 de 1935). (1).

HOMICIDIO

- Nº 89 -

El reo de un homicidio simplemente voluntario que mató guiado por los celos, recurrió contra la sentencia acusándola por primera causal como violatoria de la ley penal, por cuanto se había calificado la delincuencia en segundo grado en atención al sexo femenino de la víctima.

"El Tribunal acoge la tesis del Juzgado Superior del Socorro en el sentido de estimar como circunstancia agravante y única la de ser mujer la víctima del delito consumado por Wilches. Y esta apreciación no la comparte la Corte. Porque precisamente, tratándose, como se trató de un drama pasional, en que de acuerdo con el veredicto del jurado, Wilches, de modo simplemente voluntario, mató a Guadalupe Santamaría dominado por la pasión de los celos, el sexo de la víctima, lejos de constituír una circunstancia agravante, es una modalidad que se confunde con el delito mismo, tal como se apreció por el Tribunal para castigarlo al tenor de artículo 600 del Código Penal. Así, las cosas, desapareciendo la única circunstancia agravante de que habla la sentencia recurrida, y desde luego que allí se contempla la atenuante de la buena conducta anterior del procesado, hay en realidad indebida aplicación del artículo 123 del Código Penal, y de consiguiente el fallo del Tribunal debe infirmarse por la causal primera del artículo 3º de la Ley 118 de 1931, invocada por el recurrente". (Casación, XLII, Nº 1900, octubre 18 de 1935). ..... 399, 1ª y 2ª

Págs.

HOMICIDIO

- Nº 90 -

Dos individuos tomaban guarapo en una tienda; hablaron sobre asuntos políticos y enfurecido uno de ellos le clavó al otro un puñal en el corazón. Condenado como reo de homicidio voluntario, alegó en casación que la pena debió ser la atenuada del artículo 602 del Código Penal. 105, 2ª

"La Sala observa: En primer lugar, la respuesta del jurado al cuestionario donde se le preguntó acerca de la muerte de Francisco Rojas, es declarativa de la responsabilidad de Rodríguez, por homicidio simplemente voluntario, sin modificación alguna; y como por otra parte, se-

(1) Véase el artículo 737 del Código Judicial.

Págs.

gún lo expresa el señor Procurador, en los autos brilla por su ausencia toda prueba con respecto a que mediara provocación u ofensa de Rojas a Rodríguez, las disposiciones aplicables no podían ser sino las que tuvo en cuenta el Tribunal en su sentencia recurrida, o sean los artículos 587 (numeral 6º) y 600 del Código Penal". (Casación, XLII, Nos. 1901 y 1902, febrero 11 de 1936)... 510, 1ª y 2ª

HOMICIDIO

- Nº 91 -

En virtud de haber contestado un jurado que el acusado era responsable de haberle dado muerte voluntariamente a cierto individuo, sin explicación ni atenuación alguna, fue condenado el reo a la pena de seis años de presidio. Recurrió de la sentencia alegando que la pena debió ser la atenuada del artículo 602 del Código Penal.

"La alegación de indebida aplicación de la ley, el de ser violatoria, por lo tanto, de la ley penal la sentencia, la hace consistir, como se ve el recurrente, en que se ha debido aplicar el artículo 602 y no el 600 del Código Penal, tanto por el juez como por el Tribunal que confirmó la sentencia. Al respecto cabe observar que el artículo 600 se refiere al homicidio simplemente voluntario, de manera genérica, o sea al contemplado en los casos enumerados por el artículo 587 del Código Penal. La disposición genérica del artículo 600 es la sanción del homicidio voluntario que corresponde a los casos del artículo 587 y debe aplicarse según lo dice el artículo 600, menos en aquéllos previstos en alguna disposición especial. El artículo 602, que cree el aplicable a su caso el reo, se refiere también al homicidio voluntario, pero es caso específico, previsto por esa misma disposición especial que tiene en cuenta para la disminución de la pena, la riña promovida por el que murió, siempre que no haya traición o alevosía por parte del homicida y las circunstancias puntualizadas en los números 1º, 2º, 4º, 5º y 7º del artículo 587, 'que sean menos graves', es decir, cuando los delitos a que se refieren esos numerales tengan un matiz en que la reacción se explique como proporcionada a la ofensa, a la agresión o injuria o a impedir la comisión de otro delito o al apresamiento de un homicida o criminal o a las circunstancias subsiguientes a una riña, provocada por el que murió, circunstancias que excluyen la premeditación, y siempre que no haya traición o alevosía. Pero ninguna de estas notas de atenuación o modificación tuvo en cuenta el jurado, pues el veredicto, dado por mayoría, sólo contiene la expresión: 'Sí es responsable', sin agregar explicación alguna que le quitara a su concepto y juicio matiz alguno sobre la responsabilidad completa, a que se refiere el cuestionario como homicidio, voluntario". (Casación, XLII, Nos. 1901 y 1902, febrero 5 de 1936). (1)..... 502, 2ª

La Corte observa, además, que no hubo riña ni provocación emanada del ofendido.

HOMICIDIO

- Nº 92 -

En los delitos de homicidio constituye indebida aplicación de la ley no hacer la rebaja de la cuarta parte de la pena de que trata el artículo 622 del Código Penal, cuando el reo proporciona algún auxilio a la persona de la víctima. Véase: REBAJA DE PENA POR AUXILIO A LA VICTIMA EN DELITOS DE HOMICIDIO.

HOMICIDIO

- Nº 93 -

El jurado a quien se le preguntó si el acusado era responsable de haber dado muerte a N. voluntariamente respondió: "Sí," sin modificación. Se pretendía que la pena debió ser la del artículo 602 y no la del 600 del Código Penal.

(1) Concordancia: véase la doctrina expuesta en el número 1884 del tomo 3o. de la Jurisprudencia de la Corte.

Págs.

"Por mandato del artículo 47 de la Ley 169 de 1896, el juez enunciará en el cuestionario el hecho materia de la causa, 'conforme al auto de proceder, determinando las circunstancias que lo constituyan'. Si, pues, el juzgado de primera instancia formuló un cuestionario en que fuera de las circunstancias de modo, tiempo y lugar no se menciona ninguna otra que pueda modificar el carácter de simplemente voluntario en el homicidio que es materia de la sentencia; y si el jurado, de acuerdo con el artículo 48 de la Ley 169 de 1896, podía haber explicado en su respuesta o agregado cualquiera circunstancia, no lo hizo así, tampoco era el caso de que el juez hubiese ejercitado la facultad que le otorga el 2º inciso del artículo 602 del Código Penal. Este inciso autoriza al juez para aplicar una pena mitigada cuando se trate de uno de los menos graves entre los definidos en los números 1º, 2º, 4º, 5º y 7º del artículo 587, que no sean objeto de disposición especial—.... Para que prospere el recurso de casación por haberse aplicado en la sentencia el artículo 600 en vez del inciso 2º del artículo 602 es necesario que en el cuestionario propuesto al jurado se haga especial mención de alguna de las circunstancias contempladas por los numerales 1º, 2º, 4º, 5º o 7º del artículo 587, o que si el cuestionario se formula sin aludir a ninguna de aquellas circunstancias, el jurado, al dar su respuesta, haya afirmado la existencia de alguna de ellas". (Casación, XLII, Nos. 1901 y 1902, marzo 18 de 1936).....

HOMICIDIO

- Nº 94 -

El Jurado a quien se le preguntó si el acusado era responsable de haberle dado muerte voluntariamente a cierto individuo, contestó: "Sí, después de ofensas recíprocas graves". El Tribunal sentenciador tuvo en mira la circunstancia de haber sido el reo provocador con palabras tales como "hijo de puta", "tuerto", etc., dirigidas al que murió a consecuencia del disparo de revólver que aquél le hizo, por lo cual le condenó como reo de homicidio simplemente voluntario.

Págs.

532, 1º y 2ª

"El recurrente afirma que ha habido una mala aplicación de la ley en la sentencia, por no haber aplicado el Tribunal al caso que se estudia el artículo 587 del Código Penal en armonía con el inciso 2º del artículo 602 ibídem, y no en relación con el 600, como lo hizo. Sin duda, no sólo la letra de los artículos citados sino también el espíritu de los mismos, son claros para expresar en primer lugar en el 587 qué se entiende por homicidio simplemente voluntario, puntualizando, además, en una enumeración por demás casuística, las diversas circunstancias que constituyen el mencionado delito. Está sancionado por el artículo 600 con la pena allí establecida. En segundo lugar tiénese que por el artículo 602, inciso 2º, se viene a establecer una especie, dentro del género homicidio simplemente voluntario del artículo 587; pero especie circunscrita a determinados numerales (1º, 2º, 4º, 5º y 7º del artículo 587), y con el ítem de que para estar dentro de esta especie, menester es que el Juez ejercite la amplia facultad de apreciación que le otorga la disposición que se comenta. Cuando dice el legislador que se aplicará la pena de tres a seis años de reclusión, 'a los delitos que, a juicio del Juez sean menos graves entre los definidos en los números 1º, 2º, 4º, 5º y 7º del artículo 587, que no sean objeto de disposición especial', se inviste al Juez de una amplia facultad para apreciar si el homicidio simplemente voluntario es más o menos grave. Atendiendo a los hechos del proceso se concluye que el caso de Camelo puede encajar dentro del numeral 1º del artículo 587. Es decir, está el homicidio cometido por Camelo para su apreciación dentro de la atribución legal del artículo 602, inciso 2º. Esto es, para que el juzgador pueda considerarlo como menos grave. Por ello el Juez superior pudo considerar el delito como menos grave, y el Tribunal, por el contrario, lo apreció

Págs.

como más grave. Pudo haber mala aplicación de la ley o indebida aplicación de la misma por la circunstancia de que el Tribunal no apreciase el homicidio cometido por Camelo como menos grave? Existen casos en que la ley autoriza al juzgador para que de acuerdo con su conciencia y con su inteligencia, decida lo que considere equitativo. La ley, pues, no le señala al juzgador en estos casos una pauta diferente de la que le dicte su fuero interno. Las sentencias pronunciadas en virtud de esas amplísimas facultades concedidas por la ley, no pueden ser objeto de casación, pues si lo fuesen la Corte de Casación se adentraría en el criterio personal del Juez y en su conciencia, y de esta manera vendría a modificar un fallo dictado a base desde luego de conocimientos jurídicos, pero sobre todo informado por elementos espirituales que escapan a la precisa y justa apreciación de las normas jurídicas, objetivo principalísimo del recurso de casación. Corrobora lo anteriormente expuesto, la siguiente jurisprudencia de la Corte, jurisprudencia sin duda inspirada en estos mismos principios; dice así: 'La facultad conferida al Juez de apreciar a su juicio los casos menos graves de homicidio simplemente voluntario (entre los definidos en los numerales 1º, 2º, 4º, 5º y 7º del artículo 587 del Código Penal y que no sean objeto de disposición especial), para el efecto de imponer una pena menor, es de tal amplitud, que en la mayor parte de los casos es imposible dentro de la casación el determinar qué disposición penal se viola cuando el Juez deja de ejercer dicha facultad'. (Casación, 18 de marzo de 1926, XXXII, 1º)". (Casación, XLII, Nos. 1901 y 1902, febrero 14 de 1936) ..... 514, 1ª y 2ª

HOMICIDIO CON CIRCUNSTANCIAS DE ASESINATO

- Nº 95 -

Respondió afirmativamente un Jurado la pregunta de si el acusado era responsable de haber matado con alevosía y sobreseguro. Como se aplicase la pena de veinte años de presidio recurrió el reo en casación alegando que el sentenciador había violado los artículos 598 del Código Penal, 3º y B. del Acto Legislativo número 3 de 1910 y 596 de aquel Código.

"...Se sostiene que la respuesta que dio el Jurado a la segunda cuestión, no puede servir como base para una condenación de asesinato, porque se omitió preguntar sobre la traición, elemento que complementa los conceptos de alevosía y sobreseguro para formar todos la circunstancia que se dio por cumplida en orden a calificar el homicidio como asesinato. Se contesta: de conformidad con lo preceptuado por el artículo 586 del Código Penal, el que premeditadamente mata con alevosía, o a traición y sobreseguro, comete un asesinato. Según la expresión misma de la ley, la alevosía entraña las ideas de a traición y sobreseguro, y por consiguiente, afirmada la alevosía, o afirmadas las circunstancias de a traición y sobreseguro, se afirma una circunstancia bastante para calificar un homicidio premeditado como asesinato. Así, pues, como en el caso en cuestión el Jurado afirmó que el acusado Rueda cometió el hecho a que se refiere la primera serie, con alevosía y sobreseguro, no puede menos que reconocerse que la sentencia recurrida es fundada en cuanto, bajo esa base, sancionó el homicidio con las penas del asesinato, y por lo mismo no se aplicaron ni se interpretaron indebidamente las disposiciones penales que señala el recurrente". (Casación, XLII, Nº 1898, mayo 23 de 1935) 193, 2º

HOMICIDIO EJECUTADO EN RIÑA PROMOVIDA POR EL QUE MURIO

- Nº 96 -

Se le preguntó a un Jurado si el acusado era responsable de haberle dado muerte a N., por medio de una herida causada con arma cortante y punzante, en determinadas circunstancias, a lo cual contestó: "Sí es responsable, en riña sin saber provocada por quién". Como estimase

el Tribunal que la riña había sido promovida por el que murió, condenó al encausado a la pena de seis años de presidio porque juzgó también que había habido traición o alevosía por parte del homicida. Este recurrió en casación y la Corte, para casar la sentencia, dijo:

"En sentir de la Sala, el veredicto del Jurado, que es la base para la condenación, y que no fue declarado injusto, estableció la responsabilidad de Martínez en homicidio simplemente voluntario, cometido en una riña y como no determinó por quién había sido provocada ésta, lógico es absolver esa duda a favor de Martínez, lo que permite establecer que Bedoya fue provocador. La circunstancia de la traición o alevosía, es decir, el hecho de que Bedoya apareciese herido por detrás, puede calificarla el Tribunal si el Jurado no la mencionó en su respuesta, y si es también evidente que para formar su juicio, el mismo Jurado tuvo en cuenta el auto de proceder, en que aparece la declaración de Montoya y en que también existen los elementos del levantamiento del cadáver y del examen médico legal? No, porque precisamente al responder el Jurado que el homicidio fue cometido en riña, lógicamente tuvo que apreciar la manera como se desarrolló ésta y todos los elementos concurrentes al hecho desde la provocación misma, sobre la cual aceptó su existencia sin determinar quién la inició, y porque su respuesta afirmativa expresa que el hecho, es decir, la herida, se causó en la riña. De lo contrario carecería de sentido la respuesta afirmativa con la explicación de en riña sin saber provocada por quién. Dadas estas circunstancias, y la manera como aparece en el proceso, es indudable que el veredicto del Jurado las utilizó para formar su concepto, y al responder afirmativamente agregando la modalidad de la riña sin determinar de parte de quién vino la provocación, implícitamente rechazó la alevosía, lo cual determina la clasificación del hecho delictuoso ciertamente en un homicidio simplemente voluntario, pero no de los previstos en alguna disposición especial, por lo cual no

Págs.

Págs.

le corresponde la pena señalada en el artículo 600 de la ley, sino la determinada en el 602. Así aparece de la respuesta del Jurado reconstruído el análisis sobre los hechos materia del debate, que dieron esa resultante: de lo contrario, la respuesta del Jurado, el veredicto, sería notoriamente injusto, y ni el Juez lo estimó así, ni el Tribunal hizo tal declaración en la oportunidad debida. De ahí, del veredicto, hay que partir para la aplicación recta de la ley punitiva. Aparte de la modalidad de que se viene hablando, el artículo 602 establece otras, que como la primera, sacan de la sanción del artículo 600 al homicidio simplemente voluntario cuando este delito es castigado en otra disposición especial del Código, para casos previstos, del mismo homicidio simplemente voluntario, pues nuestra ley penal, en su afán anticientífico de prever multitud de casos de posible ocurrencia, degenera en casuística. El espíritu de nuestro Código Penal obliga, pues, a la Sala a confrontar el resto de los casos a que se refiere el artículo 602 en relación con el veredicto del Jurado, para ver si el espíritu de ese artículo es aplicable al homicidio simplemente voluntario que se viene estudiando dentro de la disposición especial, para ser un caso de naturaleza prevista en ella, y que tenga la misma pena, circunstancia esta última indicativa de la similitud, pues de lo contrario ni se explicaría la agrupación de varios casos en el artículo 602, ni habría tenido objeto el Legislador en excluír esos casos de la disposición genérica del artículo 600 del Código Penal. El artículo 602 establece también en su segunda parte que en los casos menos graves del artículo 587 del Código Penal, los definidos en los números 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 7º, y que no sean objeto de disposición especial, el Juez aplicará, a su juicio, la pena de tres a seis años de reclusión. El homicidio voluntario de que se trata está comprendido en el inciso 7º de la clasificación del 587, inciso que textualmente dice: 'Por causa de una riña provocada por el que murió, ya directamente, ya por medio

de ofensas, agresiones, violencias, injurias o deshonras suficientes para excluir la premeditación, causadas a su contrario, siempre que no haya traición o alevosía de parte del homicida....' El caso menos grave contemplado en la disposición transcrita ocurre cuando no media la circunstancia de traición o alevosía por parte del homicida, circunstancia ésta que, sin duda, debe calificar el Juez, puesto que el artículo 602 dice 'que a juicio del Juez sea menos grave'. Aplicando este criterio se llega a la conclusión, de acuerdo con el veredicto, de que el homicidio de Bedoya fue perpetrado por Martínez en riña provocada por Bedoya, ya que la duda debe absolverse en favor de Martínez, y entonces el juicio del Juez, para calificar el caso como menos grave, debe asentarse en una prueba completa. En otros términos: la existencia de la alevosía ha de resultar absolutamente comprobada, para concluír si el delito es de los menos graves, en cuyo evento la penalidad no será la señalada en el 602, sino la determinada por el artículo 600 del Código Penal y viceversa". (Casación, XLII. Nº 1898, agosto 28 de 1935)..... 224, 2ª, y 225, 1ª

HOMICIDIO EJECUTADO INMEDIATAMENTE DESPUES DE OFENSAS GRAVES

- Nº 97 -

Cierto individuo le dijo "hijo de puta" a otro, por lo cual éste lo mató. Como respondiese el Jurado al cuestionario propuesto que era responsable del homicidio, "inmediatamente después de haber recibido ofensas graves", el Juez superior le condenó a tres años de presidio y luégo el Tribunal a seis. En casación alegó el reo mala aplicación de la ley penal. La Corte dijo:

"El Tribunal en la sentencia recurrida, estimó que la responsabilidad de Felipe López Acosta reviste todos los caracteres del homicidio simplemente voluntario, no de los menos graves, y por ello reformó la sentencia del Juez superior en el sentido de declarar violado el artículo 600 del Código Penal y no el 602, que fue considerado por el Juez superior como el aplicable, por ser, en su concepto, el homicidio simplemente voluntario en cuestión un caso de los menos graves que pueden caber en el artículo 587 del Código Penal entre los contemplados en el numeral 1º. De consiguiente, la cuestión se reduce a saber si el Tribunal hizo indebida aplicación de la ley penal cuando declaró violado el artículo 600 del Código en vez del 602, inciso 2º, por ser éste uno de los casos menos graves entre los que pueden ocurrir en el inciso 1º del artículo 587, y que, junto con los definidos en los numerales 1º, 2º, 4º, 5º y 7º, constituyen homicidios atenuados entre la especie del homicidio simplemente voluntario. Es indudable que es injuria grave el dicterio 'hijo de puta' que el occiso lanzó contra Felipe López Acosta, y que esta expresión menoscaba el patrimonio moral de cualquier agredido de los que enumera el artículo 587 en su inciso 1º; y no se puede conceptuar, como lo hace el señor Procurador, que entre las gentes incultas y embriagadas pierda tal improperio su significación y su sentido contra la ética. El hecho de que la expresión injuriosa, calificada por el Jurado como ofensa grave, hubiese sido proferida por Molano contra López Acosta en un ambiente de trago y no en estado normal de ambos, que permite una reacción normal, le quita a esa expresión su carácter de injuria grave, porque la misma excitación alcohólica nivela, por decirlo así, la reacción, y susceptibiliza el ánimo, aun entre gentes incultas, que usando un lenguaje soez pueden en otras circunstancias comunmente usar expresiones canallas pero en un ánimo distinto en el cual, por una paradoja, la expresión hiriente pierde su significado injurioso y típicamente agresivo. De lo dicho se deduce que debe considerarse este homicidio simplemente voluntario como un caso de los menos graves, dentro de los posibles que consideró el Legislador, que a juicio del Juez, deben estimarse dentro del artículo 587 en su inciso 1º. Por consiguiente, la sanción ha de ser la del artículo 602 que aplicó el Juez superior, y no

Págs.

la del artículo 600, que señaló la sentencia recurrida; por todo lo cual es casable esta sentencia, por mala aplicación de la ley". (Casación, XLII, Nº 1900, septiembre 10 de 1935) 383, 1º

HOMICIDIO PREMEDITADO CON CIRCUNSTANCIAS DE ASESINATO

- Nº 98 -

El reo condenado por asesinato alegó la primera causal del artículo 3º de la Ley 118 de 1931, manifestando que el sentenciador había admitido que todo delito premeditado de homicidio constituye asesinato.

"No presume la ley penal que todos los homicidios premeditados sean asesinatos, que es el fundamento de la tesis alegada en esta primera causal. Lo que la ley dice es que un homicidio premeditado en el cual concurren ciertas circunstancias inequívocas de la premeditación, y que además revelan la sangre fría, la preparación de un plan anterior o la sevicia, son asesinatos. En tal evento, no sólo se castiga la voluntad y malicia inherente a toda violación de la ley, sino también la intensidad revelada inequívocamente por actos que superan o traspasan, por decirlo así, los medios adecuados de causar la muerte, y que se manifiestan de un modo inequívoco y claro en las circunstancias que el legislador considera como más graves en el homicidio. De lo anterior se concluye que no es admisible la causal invocada, pues no ve la Corte que haya habido una indebida aplicación de la ley penal, y tampoco que sea la sentencia violatoria de la misma ley penal. El veredicto del jurado clasificó el homicidio perpetrado por Herrera en la persona de Angel Contreras Sepúlveda, entre los casos de homicidio premeditado con características que le individualizan como asesinato; por consiguiente, la sentencia le sancionó con la pena que jurídicamente le corresponde". (Casación, XLII, Nº 1900, octubre 18 de 1935). (1) 404, 1ª

(1) Artículo 586 del Código Penal.

Págs.

J

JUEZ SUPLENTE, INTERINO O "AD HOC"

Cargos de esa naturaleza no son onerosos, sino voluntarios

- Nº 99 -

El Tribunal de Popayán consultó a la Corte si el cargo de Juez ad hoc de que trata el último inciso del artículo 106 del Código Judicial es obligatorio y si no lo es, quién puede proceder y cómo se procede para llenar en cada caso la falta accidental del Juez principal. En Sala Plena aprobó la Corte el siguiente informe del Magistrado doctor Pedro Alejo Rodríguez:

"Ante todo precisa determinar, a la faz del artículo 204 del Código Judicial, si el 51 de la Ley 23 de 1912 se halla vigente. Esta disposición reza así: 'La Corte Suprema de Justicia resolverá las dudas que ocurran relativas a la organización de los tribunales, que no hayan sido previstas por la ley. Parágrafo. Los tribunales, a su vez, resolverán las que ocurran a los juzgados superiores y de circuito'. Y el citado artículo 204 de la Ley 105 de 1931 es del siguiente tenor: 'Las tramitaciones especiales que se hallen en otras leyes deben aplicarse de preferencia, y los vacíos que en ellas se noten se llenan con disposiciones del presente código'. No estimo vigente la disposición de la Ley de 1912; porque allí, lejos de contenerse un mandato sobre tramitación en determinados procesos, se consigna una atribución para la Corte Suprema y los tribunales, respectivamente, en el sentido de absolver las dudas que ocurran acerca de la marcha y funcionamiento de los tribunales y juzgados. Y la Ley 105 de 1931 reglamentó íntegramente esta materia de atribuciones de las entidades judiciales. En fuerza de esta razón de no considerar vigente el artículo 51 de la Ley 23 de 1912, no me limito a proponeros que la consulta del tribunal de Popayán vaya a la Sala de Negocios Generales, de cuyo resorte

Págs.

es 'conocer de los asuntos que correspondan a la Corte Suprema, por mandato de la constitución o leyes especiales, no atribuídos a la Corte Plena o a las Salas de Casación' (ordinal 2º, artículo 38 del Código Judicial). Pero como a la Corte no deben serle tampoco indiferentes las dificultades que se presenten en punto a la administración de justicia, no me ha parecido del todo descaminado ahondar un poco en el problema que plantea el tribunal de Popayán. Para el reemplazo de los jueces en sus faltas absolutas o temporales por medio de los suplentes o interinos que nombra el tribunal, la dificultad no existe, porque el reemplazo entra de lleno a ocupar el juzgado, con la remuneración, los derechos y obligaciones del juez. El problema surge en relación con los suplentes, interinos o jueces 'ad hoc' para reemplazo del titular en negocios determinados a causa de impedimento. A mi entender, no hay duda de que el cargo de juez, ya en calidad de suplente, interino o 'ad hoc', en cualquiera de los casos de los artículos 104 y siguientes de la Ley 105 de 1931, es voluntario, según la parte final del artículo 2º, ibídem, que no consagra excepción; y desde el momento en que no hay disposición legal donde aparezca alguno de esos cargos como oneroso, de ningún modo se puede pensar, de conformidad con la regla del artículo 246 del Código de Régimen Político y Municipal, en que sea obligatorio.....

Sobre la segunda cuestión, o sea, cómo se fijan los honorarios, se tiene lo siguiente: No hay ninguna disposición legal que determine la manera de fijar los honorarios de los individuos que reemplazan accidentalmente a los agentes del ministerio público en el caso de impedimento de éstos. Podría fijarse la misma remuneración de los conjueces; pero la actuación de los agentes del ministerio público es distinta de la de los conjueces, porque los primeros se asimilan a apoderados judiciales, conforme al artículo 169 del Código Judicial, en tanto que los segundos entran a fallar en reemplazo de los respectivos magistrados. Los honorarios de los individuos que reemplazan a los agentes del ministerio público en los casos de impedimento, deben señalarse en cada asunto por el Juez o Tribunal que los nombra, o por el Gobierno, según el caso. Así lo resolvió la Corte en un negocio en que actuó un individuo nombrado por la Corte para reemplazar al Procurador por causa de impedimento. Es la forma más equitativa de señalar honorarios, teniendo en cuenta el trabajo realizado, las características especiales del negocio, etc. Llenar el vacío de que se viene hablando es, desde luego, de la incumbencia del legislador". (Informe aprobado por la Corte plena, Nº 1900, diciembre 5 de 1935. XLII)..... 361, 2ª, y 362, 1ª y 2ª

Págs.

JURISDICCION COACTIVA

- Nº 100 -

Se libró ejecución basada en una simple nota del Ministerio de Obras Públicas, en que se afirmaba que el contratista no había cumplido el contrato. El ejecutado y su fiador opusieron la excepción de carencia de título ejecutivo.

"Una simple comunicación ministerial no puede constituir el recaudo ejecutivo de que trata el artículo 1059 del C. J., pues para ello se requiere una Resolución proferida con todas las formalidades legales y en la cual se precisen las responsabilidades consiguientes. El concepto del no cumplimiento del contrato por parte del señor Ortiz, emana de la sola apreciación de una de las partes (el Ministerio de O. P.). No hubo una resolución ministerial que hubiese podido ser controvertida por la otra parte ante el Ministerio y ante la entidad a la cual corresponde decidir sobre la validez y firmeza de las resoluciones administrativas. Por otra parte, como la Corte lo ha expuesto en otros fallos, 'mientras haya diferencias entre los contratantes, sobre obligaciones del contratista o del Gobierno, el Poder Judicial o los Tribunales de lo Contencioso Administrativo son los que deben resolver en lo que corresponda, sobre las demandas en que se exija del contratista el cumplimiento de

Págs.

sus obligaciones al Gobierno. De lo cual se desprende que durante el tiempo en que esté pendiente la decisión definitiva de esas diferencias, el Juez de Ejecuciones Fiscales no puede ejecutar a la Compañía, porque aunque haya una partida de reconocimiento oficial de deuda del contratista, se ignora si éste debe la cantidad reconocida, puesto que él sostiene que de acuerdo con lo estipulado no la debe'. (Sentencia de 12 de abril de 1935 en el ejecutivo de la Nación contra la Andian National Corporation)". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLII, Nº 1900, julio 10 de 1935)..... 430, 1º y 2ª

JURISDICCION MILITAR

- Nº 101 -

Los defensores de los reos recurrentes en un proceso militar propusieron como caso de nulidad la de incompetencia de jurisdicción del Consejo de Guerra sentenciador, por haber instruído el sumario un oficial de la unidad militar que no tenía el carácter de "ayudante". Dijo la Corte:

"Si considerado el concepto en abstracto, JURISDICCION es lo mismo que imperio o autoridad, el funcionario instructor la tiene, puesto que puede hacer comparecer testigos y peritos, conminarlos con multas, y algo más, decretar la detención preventiva de los sindicados y concederles excarcelación, todo lo cual es ejercicio de autoridad; pero si se aprecia el asunto ante la ley positiva, 'la jurisdicción militar es la facultad de administrar justicia' (artículo 6º de la ley 84 de 1931), y como el simple funcionario instructor no administra justicia sino que prepara los documentos para que el tribunal competente la administre, dicho funcionario instructor no tiene propia y estrictamente jurisdicción y no le es, por tanto, aplicable lo dispuesto para el caso legal de 'incompetencia de jurisdicción'. No es jurídico ni lógico presumir que quien actúa como funcionario en un juicio carezca de tal carácter; quien lo impugne tendrá que probarlo; y en el presente caso apenas obra en el

Págs.

expediente la afirmación, muy respetable pero carente de fuerza legal probatoria, de los señores defensores militares de los procesados. Con el mismo derecho con que se desconociera la calidad oficial del funcionario instructor podría desconocerse también, por ejemplo, la del comandante o encargado del comando, y quizá con razones valederas. Y es necesario convenir en que ese procedimiento desbarataría todo el engranaje de autoridades superiores e inferiores. Si el funcionario instructor ha sido indebidamente designado por el comandante, podría anularse la designación en juicio especial, y hasta exigirse responsabilidad a dicho comandante por el acto ilegal del nombramiento, pero la anulación misma de éste quizá no llegaría a viciar el procedimiento incoado ante dicho funcionario, supuesto que él sí tenía carácter militar y que fue designado por el comandante". (Sentencia, Sala de Casación en lo Criminal, XLII, Nos. 1901 y 1902, febrero 28 de 1936).. 528, 2ª, y 529, 1ª

JUSTICIA MILITAR

- Nº 102 -

Un Consejo de Guerra que condenó a un soldado por deserción le había sometido a los Vocales el segundo cuestionario de qué habla el artículo 91 de la ley 84 de 1931.

"...Tiénese: a) Que la disposición constitucional del artículo 29 permitía aplicar la pena capital en los casos definidos como los más graves en los delitos de traición a la Patria, parricidio, asesinato, incendio, asalto en cuadrilla de malhechores, piratería y ciertos delitos militares (es decir, algunos de los delitos militares), definidos por las leyes del Ejército; b) Que, abolida la pena de muerte y sustituída por la de veinte años de presidio por el Acto Legislativo Nº 3 de 1910, los casos definidos como más graves a los cuales les es aplicable la pena máxima existente hoy día, no pueden ser otros que los contemplados como más graves por el Código de Justicia Militar; c) Que estos son

Págs.

los que se cometen en campaña, es decir, en movimientos militares por guerra internacional o conmoción interior; d) Que por lo tanto, el segundo cuestionario de que habla el parágrafo del artículo 91, se propondrá cuando se juzgue esa clase de delitos militares, ora en consejos verbales, ora en consejos ordinarios o en consejos de guerra superiores, y e) Que en tiempo de paz, sólo cuando se trata del delito de traición a la Patria ejecutado por un militar en servicio, el espionaje y la piratería deben tener carácter de más graves, porque la Constitución, en su artículo 29, enumera estos dos delitos, y el Código Militar los considera como más graves... Es, pues, irregular el procedimiento empleado por el Presidente del Consejo de Guerra de Pamplona". (Sentencia de la Sala de Casación en lo Criminal, XLII, Nº 1900, diciembre 12 de 1935) ..... 414, 1ª y 2ª

LEY ACUSADA

- Nº 103 -

Fue acusado el inciso 2º del artículo 3º de la ley 46 de 1923, sobre venta de oro físico.

"La ley 7ª de 1935 aprobó los contratos celebrados por el Gobierno con el Banco de la República, con fecha treinta y uno de octubre de mil novecientos treinta y cuatro. El punto quinto del primero de tales contratos contiene la siguiente estipulación en su inciso 1º. 'El Gobierno y el Banco, teniendo en cuenta que la intervención del último en la compra y venta de oro físico y giros sobre el Exterior, se ejercita únicamente en beneficio de la economía nacional, convienen en que la Junta Directiva del Banco puede ordenar libremente la compra, exportación y venta de oro físico y giros sobre el Exterior'. El artículo 2º de la citada ley establece lo siguiente: 'Quedan suspendidas las disposiciones legales que sean contrarias a los contratos anteriormente aprobados'. La ley, en cuanto aprobó la cláusula contractual que se ha transcrito, y al propio tiempo suspendió las disposiciones legales contrarias a los contratos, dejó sin efecto alguno la disposición del inciso 2º del artículo 3º de la ley 46 de 1923, demandado como inconstitucional por el apoderado del Banco de la República; pues se suprimió la restricción establecida para la Junta Directiva de la institución, en lo relativo a la venta del oro físico. De todo lo anterior se deduce que en las presentes diligencias no hay actualmente materia sobre la cual recaiga la inexequibilidad pedida por el demandante. Una declaratoria de esa clase no puede recaer sobre un acto que ya no existe, ni tiene en el momento eficacia alguna. Esta ha sido la doctrina constante de la Corte". (Corte Plena, XLII, Nº 1897, julio 28 de 1935) (1) .....

Págs.

6, 1ª y 2ª

LEY ACUSADA

(Servicio militar)

- Nº 104 -

Acusado el artículo 27 del Decreto número 2020 de 1927, sobre prima de exención del servicio militar, como violatorio de varios textos constitucionales y porque "con la prima de exención solamente los pobres que carecen de dinero ofrendan su sangre y su vida en caso necesario en aras de la patria", como opinó el acusador, dijo la Corte:

"Conviene traer aquí las razones que el Gobierno tuvo en cuenta al dictar el Decreto 2020 de 1927, expuestas al principio del mismo: 'Que es de estricta justicia repartir en forma equitativa la carga militar entre los colombianos que en virtud de preceptos legales están obligados a prestar el servicio militar'; 'Que no siendo posible, a causa de la limitación de los efectivos de pie de paz, que todos los inscritos anualmente presten servicios bajo banderas, es deber de los que no sean favoreci-

(1) Concordancias: Véanse las doctrinas expuestas en los números 1205, 1233, tomo 2o., Jurisprudencia de la Corte, 2049, 2051, tomo 3o.

Págs.

dos en los sorteos pagar en dinero, por una sola vez, el servicio militar en la forma establecida en el artículo 5º de la Ley 167 de 1896; 'Que el Gobierno quiere facilitar a los que sean favorecidos en los sorteos y que por razones de diversa índole no deseen prestar el servicio activo, la manera de que se redimán de él contribuyendo a la defensa nacional pecuniariamente.....' El artículo 5º de la Ley 167 de 1896, que le sirvió al Gobierno como fundamento para expedir el Decreto 2020 de 1927, dice: 'Artículo 5º. Los individuos a quienes no hubiere tocado prestar el servicio de banderas, pagarán en dinero, por una sola vez, el servicio militar, en cuotas no mayores de cien pesos oro ($ 100), ni menores de cinco ($ 5), según las facultades de cada uno y la reglamentación que dicte el Ministerio de Guerra. Los ciudadanos se clasificarán por lo menos en seis clases, para los efectos de este artículo'. Consideró, pues el Gobierno al dictar el Decreto 2020 de 1927, que se sirve tanto a la defensa militar del país, en tiempo de paz, con el aporte personal de un individuo que entra en el ejército activo como con el aporte pecuniario de quien no presta contingente personal en las filas; y que era de estricta justicia que la carga militar se repartiera entre todos los colombianos obligados a prestar el servicio, sorteados o nó..... No siendo legalmente obligatorio el servicio militar personal en tiempo de paz; apareciendo claro el pensamiento del legislador de permitir que se convierta en una contribución pecuniaria el deber de prestar el servicio militar los no sorteados; no pudiendo ser llamados a filas todos los ciudadanos inscritos, por la natural limitación de los efectivos de pie de paz; siendo la situación legal de los no sorteados y de los sorteados idéntica, en cuanto que a ninguno de ellos se les exige prestar personalmente el servicio militar; reduciéndose en la práctica el deber de presentar un reemplazo, al del pago de una suma de dinero por el sustituído al sustituto, y apareciendo claro el propósito de la ley de exigir el pago en dinero como medio de satisfacer el servicio militar en ciertos casos, no es arbitrario sino lógico, extender el mismo precepto a otros casos análogos, no previstos concretamente por el legislador, pero sí autorizados por el espíritu de las disposiciones, de acuerdo con lo dicho, y por no hallarse en pugna tal aplicación de la ley con ningún texto expreso. Las disposiciones del Gobierno sobre prima de exención, contenidas en el artículo 27 del Decreto 2020 de 1927, armonizan, pues, con los textos, la historia y el espíritu de la Ley 167 de 1896..... La Ley 40 de 1909, al decir que el Gobierno determinaría los medios de prestación del servicio militar, complementó o reforzó las autorizaciones que en el particular le había conferido la Ley 167 de 1896. — La Ley 51 de 1925 y el Decreto 2020. — 4º Cosa análoga puede decirse de la Ley 51 de 1925, que facultó al Gobierno 'para poner en ejecución el plan de reorganización del ejército, procurando tener en cuenta el programa formado por la Misión Técnica Militar'. Del informe rendido a la Corte por el Ministerio de Guerra, que obra a folio 17 v. del expediente, aparece que al dictarse el Decreto 2020 de 1927 'se tuvo en cuenta el 'plan de reorganización del Ejército' basado a su vez en el programa de la Misión Técnica Militar, plan a que se refiere el artículo único de la Ley 51 citada. Ello demuestra que el Decreto 2020 armoniza con dicha ley, de la cual es una aplicación o desarrollo. — La prima de exención se estableció por autorización de varias leyes. Lo dicho en los cuatro numerales que preceden comprueba, contra lo que se afirma en la demanda, que la prima de exención fue establecida por el gobierno en virtud de autorizaciones consignadas en varias leyes. Al dictar el Decreto 2020, artículo 27, el Poder Ejecutivo obró en ejercicio de la potestad reglamentaria contenida en el artículo 120, numeral 3º, de la Constitución, y también haciendo uso de autorizaciones otorgadas al mismo por el congreso, en armonía con lo dispuesto en el numeral 9º, artículo 76, del Estatuto. En efecto, ya se vio cómo la disposición acusada es una aplicación na-

Págs.

Págs.

tural del contenido de la Ley 167 de 1896 a aspectos de la misma, si no expresamente contemplados en ella, sí previstos y autorizados por su espíritu. Y las Leyes 40 de 1909 y 51 de 1925 ampliaron las facultades de la Ley 167, autorizando al gobierno para establecer los medios de prestación del servicio militar y para reorganizar el ejército. Es, por tanto, armónico el artículo 27 del Decreto 2020 de 1927 con los artículos 76, numeral 9º, y 120, numeral 3º, de la Constitución. — No viola la disposición acusada los artículos 165 y 166 del Estatuto. Tampoco viola la disposición acusada los artículos 165 y 166 del Estatuto, como va a explicarse. Dispone el artículo 165 que todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan, y que la ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar. La disposición constitucional delegó en el legislador lo concerniente al establecimiento de las condiciones de exención del servicio militar en todos los casos, menos cuando las necesidades públicas lo exijan. La prima de exención, regulada por el artículo 27 del Decreto 2020, no contradice dicho precepto constitucional, porque no autoriza la exención en los casos de emergencia nacional, que serían los de turbación del orden público. El artículo 166 dice que la Nación tendrá para su defensa un ejército permanente y que la ley determinará el sistema de reemplazos. No viola este artículo la disposición acusada porque la prima de exención no se relaciona con el sistema de reemplazos en el ejército, ya que éstos versan sobre asuntos de régimen interno entre los miembros que lo forman, en tanto que aquélla es un medio que excusa a los ciudadanos de entrar a sus filas. . . . . Y no es un privilegio de los ricos la prima de exención, porque a ella pueden acogerse todos los ciudadanos mediante el pago de la suma que les corresponde de acuerdo con sus condiciones económicas. Y cabe observar que la exención del servicio militar mediante el pago de la prima, no produce las consecuencias que el demandante le asigna cuando piensa que por ese solo hecho quienes la satisfacen — y que él llama ricos, en oposición a los que no podrían pagarla — quedarían exentos del deber fundamental de tomar las armas y ofrendar su vida cuando las necesidades patrias lo reclaman. El artículo 28 del Decreto 2020 es perentorio en el particular: 'Artículo 28. El pago de la cuota de defensa nacional o de la prima de exención no exime de la condición de reservista ni de la obligación contemplada en el artículo 14 de este decreto'. Y porque, sabido es, que en los casos de turbación del orden público el gobierno puede llamar a filas a todos los ciudadanos, así a los que hayan prestado el servicio militar, como a los que por cualquier causa hayan sido eximidos de él". (Sentencia de la Corte Plena, XLII, Nº 1899, noviembre 25 de 1935, 262, 2ª, 266, 2ª, 267, 1ª y 2ª, 268, 1ª y 2ª). Salvaron sus votos en extensas disertaciones los Magistrados Miguel Moreno Jaramillo, Antonio Rocha y Juan Francisco Mújica, por estimar inconstitucional el artículo acusado, y el Magistrado Eduardo Zuleta Angel, el cual no se conformó con la parte motiva porque pensó que la constitucionalidad sostenida por la sentencia pudo defenderse con otros argumentos, que son los que expone en su salvamento. El del doctor Moreno J. dice, en su parte atinente: 'En el presupuesto nacional figura la cuota de exención militar entre los 'impuestos'. Esta circunstancia y la opinión del profesor Jaramillo, el más único de nuestros hacendistas, me hacen creer que efectivamente el Decreto 2020 de 1927 creó un impuesto especial, es decir, impuso una contribución contra el clarísimo texto del Acto Legislativo número 3 de 1910, artículo 6º, según el cual, en tiempo de paz, solamente el congreso, las asambleas y los concejos podrán imponer contribuciones. A esto se agrega el que es atribución del congreso, no del presidente, establecer las rentas nacionales, según lo mandado por el artículo 76, ordinal 11, de la Constitución. La cuota militar figura en el presupues-

Págs.

Págs.

to como renta ordinaria, bajo el nombre de 'fondo de defensa nacional (cuota de exención militar)'. Y es natural que ahí figure como renta y como impuesto, porque fue creada, si bien al margen de la ley fundamental, en ejercicio de una función política..... Desde que el Magistrado Cardoso Gaitán presentó al estudio de la Corte, reunida en pleno, su muy interesante y erudito proyecto de sentencia, me permití plantear a la corporación, con el carácter de previo, este problema trascendental: Cuando la Corte ejerce su función de decidir sobre la exequibilidad de las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano, debe ceñirse a estudiar estos actos únicamente a la luz de los textos aludidos en la demanda, o, al contrario, debe analizarlos por sus diferentes visos y aspectos, comparándolos con todos los preceptos de la carta que estime pertinentes al caso y con el espíritu que informa esa carta.....? En este país se han dado sobre la materia los más encontrados pareceres: desde el que equipara la demanda ciudadana al recurso de casación civil hasta mi modesta opinión de que la Corte debe considerar los actos frente a la Constitución nacional, vista en su sentido y en su texto como un todo indivisible, cítense o no se citen algunas normas constitucionales cuyo estudio proceda..... A la Corte se le confió la guarda de la integridad de la Constitución. Cuando ella, para corresponder a esa confianza, decide definitivamente sobre la exequibilidad de actos legislativos objetados o de leyes o decretos acusados, obra con un doble carácter: el de guarda y el de juez. Si a la Corte se le confió la guarda de la ley fundamental, cuide ella, custódiela, vigílela. Y si ha de guardar su integridad, preserve todos sus preceptos de las acometidas que puedan hacerle el congreso o el jefe del ejecutivo. Fuera la Corte simplemente juez civil de casación, y podría asumir la actitud pasiva de estos jueces. Bastariales, como acontece en los recursos de casación, estudiar atentamente la demanda para saber cuál o cuáles leyes designó el recurrente con cita de sus artículos, y abstenerse de considerar los textos no invocados aunque advierta la infracción de muchos que la demanda omitió. Cumple su deber uniformando la jurisprudencia a propósito de los preceptos que se le señalen por quien interpone el recurso o lo sustenta en la demanda. Pero en los negocios de control, donde se ejerce un derecho ciudadano y donde son de interés público los asuntos debatidos, obra la Corte en el doble papel de juez y de guarda. Verdad que oficiosamente no puede atajar la sanción de actos legislativos inconstitucionales ni declarar inexequibles leyes o decretos contrarios a la Carta, sino que debe esperar a que el presidente objete o a que el ciudadano acuse. Verdad que sus facultades no le alcanzan hasta ocuparse en el estudio de aquellos artículos que no le hayan sido llevados a su mesa como materia de objeción o de acusación; pero verdad también, clarísima e incontrastable verdad, que el ejercicio de su función constituyente y el cumplimiento de su función guardadora, le imponen el deber de anular las disposiciones objetadas o acusadas que halle contrarias a la integridad del estatuto supremo, aunque en el mensaje de objeciones o en la demanda de acusación se haya incurrido en error u omisión al citar los textos constitucionales quebrantados..... Mi teoría es radical. Sostengo que el problema sobre inexequibilidad de un acto determinado no puede venir sino una sola vez a la Corte. Aquí se dirá, en una sola sentencia, la última palabra. En una sola sentencia que hace el tránsito a la cosa juzgada. Si la Corte, con razón o sin ella, declara la inconstitucionalidad, el acto queda inexequible. En el primer evento sobrevive a la prueba; en el segundo, perece. De ahí que la Corte deba estudiar el negocio a la luz de toda la Carta fundamental. Pero no, como pueriluente pudiera creerse, para estudiar uno a uno sus artículos, puesto que en negocio fiscal no habría para qué analizar el precepto que prohibe la pena de muerte, ni en negocio educativo habría para qué repasar los límites de la república

Págs.

Págs.

El ponente ha de situar la cuestión en su terreno propio. He creído que la tarea de la Corte, tal como la describo, no es demasiado difícil, y aun cuando lo fuera. Pero no lo es a causa de que todo jurista conoce el alma de nuestras instituciones y está empapado en su sentido.....".

LEY ACUSADA

(Sobre exención de impuesto fluvial a cierta empresa)

Nº 105 -

Se pidió la declaración de inexequibilidad del artículo 8º del Decreto número 814 de fecha 11 de febrero de 1920, en cuanto por éste se exime a las empresas de explotación de petróleos y de construcción de oleoductos del pago del impuesto fluvial para los productos provenientes de sus explotaciones.

"Cuando se presentó la demanda de que se ocupa la Corte, o sea el 22 de febrero de 1935, hacía varios años que habían quedado inexistentes la legislación sobre hidrocarburos y los decretos reglamentarios, entre ellos el 314 de 1920, a que la acusación se refiere. No hay, por tanto, materia sujeta al fallo que se solicita, en lo tocante a las cuestiones sobre inconstitucionalidad propuestas por el demandante". (Sentencia de la Corte Plena, Nº 1899, diciembre 6 de 1935). (1). ..... 295, 2ª, y 296, 1ª

Hubo dos salvamentos de voto.

(1) Que la Corte no debe entrar a estudiar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes o decretos acusados como inconstitucionales cuando la ley o el decreto acusados han sido derogados, lo tiene decidido en varias doctrinas concordantes con la que sienta el fallo, como puede verse en las que contienen los números 1233, tomo 2o., **Jurisprudencia de la Corte**, 2043, 2051, tomo 2o. El salvamento de voto del Magistrado Montalvo dice, en lo pertinente: "Como en Colombia los decretos tienen formalmente fuerza de leyes (artículo 13, Ley 153 de 1887), mientras ese decreto no sea declarado inexequible, hay que acatarlo, cualesquiera que sean sus vicios: por consiguiente, el acto producido por dicho decreto permanecerá vivo y seguirá produciendo efectos que las autoridades no podrán desconocer y quizá ni invalidar: tal situación antijurídica perdurará si la Corte insiste en que debe abstenerse de fallar acerca de la inexequibilidad del decreto por haber sido derogado".

Págs.

LICITACION PUBLICA

- Nº 106 -

La sociedad denominada Electro-Entrepise demandó a la Nación sobre pago de perjuicios por no haber perfeccionado con la actora un contrato al cual creyó tener derecho como adjudicataria de una licitación para la construcción de una red telefónica, pero sin que se hubiese aprobado por el Ministro respectivo. Sobre el punto de la licitación dijo la Corte:

"El Ministro se inclinó a la licitación pública o por subasta. En ésta se formula por el Estado el 'pliego de cargos' y tiene derecho a ser postor cualquiera persona capaz, nacional o extranjera; y cuando se prefiere a alguna como mejor postor, en ese momento se produce la confluencia de voluntades para constituir lo que se llama la 'adjudicación provisional', que surge de la oferta de la Administración y del pliego propuesto presentado por uno de los proponentes cuando el órgano administrativo acepta a uno de éstos como mejor postor. La subasta se realiza, pues, en el momento en que se acepta a un proponente como mejor postor, porque en ese momento hay la confluencia de voluntades, y viene ella a constituir la fuente de los derechos y obligaciones recíprocas que surgirán después entre la Administración y el concesionario. En ese momento, cualquiera que sea su cuantía, sólo necesitan los contratos de la aprobación del Ministerio respectivo (artículo 39 del Código Fiscal), y se consideran firmes una vez que hayan recibido esa aprobación, siempre que el pliego de cargos haya sido aceptado por el Consejo de Estado, al cual debe pasarlo el gobierno, con el único fin de que aquél

decida si está o no ajustado a las autorizaciones legales. Por tanto, en la licitación pública hay dos momentos importantes: el uno, es la aceptación de alguno de los proponentes como mejor postor, y es lo que constituye la concesión o adjudicación provisional, y el otro, que es la 'concesión o adjudicación definitiva', consiste en la aprobación definitiva por el Ministerio respectivo, y por los demás órganos superiores que señale la ley, cuando ella determina la necesidad de esta última aprobación. Cuando se da la aprobación ulterior, ésta constituye ya la formación perfecta de las obligaciones y derechos, porque de la aprobación dada por los órganos superiores de la Administración parten los derechos y obligaciones de los contratantes, y no del pliego de la subasta ni del pliego propuesta. No quiere decir esto que la adjudicación provisional, que resulta de la aceptación de un proponente como mejor postor, no produzca efecto, pues produce los de que la Administración no pueda ya modificar el pliego de la subasta ni rechazar al mejor postor aceptado, y el de éste no pueda retirar su pliego propuesta sin consentimiento de aquélla. Esto se deriva de que verificada la adjudicación provisional, las obligaciones y derechos recíprocos que ella crea no pueden ser vulnerados en consecuencia, ni la Administración puede variar el pliego de la subasta ni rechazar al postor aceptado, como tampoco puede éste dejar de cumplir las obligaciones que se impuso al formular su propuesta. Pero no le da al postor esa adjudicación más derechos que los anotados, es decir, que la Administración no pueda alterar el pliego de cargos ni rechazar a aquél como postor, y que en cambio, el postor aceptado queda obligado a cumplir todo aquello a que se obligó en su propuesta. Mas no exceden de allí esos derechos: y por eso dice Fernández de Velasco que 'la presentación del pliego del postor hace la traba jurídica en cuanto a sus obligaciones, no en cuanto a sus derechos'. Y completa su pensamiento así: 'Esto tiene importancia por la garantía que la posible defensa de aquellos derechos ofrecería a la colectividad'. El mismo apoderado de la parte demandante sostiene en su alegato presentado ante este Despacho los dichos conceptos. Dice así: '...si el proponente a quien se le adjudica la licitación (se refiere a la concesión provisional), no se allana a celebrar el contrato para la obra...., tal proponente adjudicatario tiene que indemnizar los perjuicios que esa omisión o falta suya le cause a aquel que promovió la licitación. De aquí viene el decir que antes de la adjudicación aprobada (aprobada definitivamente quiere decir), solamente el proponente o presunto adjudicatario está ligado jurídicamente para con el autor de la licitación, que en este caso es el gobierno, ya que solamente después de hecha la adjudicación (la definitiva, quiere decir) y por virtud de ésta nace el vínculo jurídico de aquel para con el adjudicatario'. Y más adelante agrega: 'Lo que dicen los profesores Hauriou y Barthélemy en las páginas de sus obras que cita la sentencia del Tribunal, confirma lo que vengo sosteniendo.... Lo que ellos dicen es precisamente lo contrario de lo que el personal del Tribunal entendió al leerlos... 'La Administración no es responsable para con el adjudicatario sino cuando la adjudicación queda aprobada por el ministerio competente...', dice el profesor Hauriou. (Los paréntesis son de la Sala). Ahora: las tres formas de contratación por el Estado (la libre, la de concurso y la por licitación pública), pueden requerir otros elementos distintos de los que la ley señala en términos generales, y esto ocurre cuando el legislador, al exigir una forma de contratación que se sujete a los términos generales de una de las que autoriza la ley administrativa, imponga que ella habrá de llevar, para su validez, otros requisitos además de los indicados en esa ley, requisitos que deben cumplirse como especiales que son". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLII, Nos. 1901 y 1902, septiembre 6 de 1935) .....

Págs. 589, 2ª, y 590, 1ª y 2ª

Págs.

LIQUIDACION DE SOCIEDADES

- Nº 107 -

En juicio seguido contra la Nación sobre nulidad de un juicio ejecutivo seguido con jurisdicción coativa, sobre desembargo de los bienes embargados en la traba ejecutiva y sobre otros extremos, alegaba la sociedad actora, no solamente la nulidad del juicio por haberse seguido, según ella, cuando ya estaba disuelta la sociedad, sino que habiéndose hecho la liquidación por el Superintendente bancario en la parte bancaria de la sociedad, ésta había quedado liquidada íntegramente. Otra de las peticiones de la demanda era la conducente a que se declarasen extinguidos todos los créditos del Estado contra la sociedad y que no se hicieran valer ante el Superintendente Bancario dentro de cierto tiempo, mientras ese funcionario estuvo en posesión de los haberes y negocios de dicha sociedad y la liquidó. Sobre el primer punto dijo la Corte:

".....Hay que considerar que la liquidación de un Banco, hecha por el Superintendente en la forma que dispone la Ley 45 de 1923, cuando ella ocurre en atención al caso primero que contempla el artículo 48 de esa ley, esto es, cuando el establecimiento bancario 'haya suspendido el pago de sus obligaciones', se estima como una quiebra de hecho, pero no de derecho, tal como ésta se consagra en el Derecho Mercantil. Conforme a éste, para que haya quiebra de derecho es necesario que ella sea declarada por Juez competente. No basta, pues, la quiebra de hecho, o sea el estado de cesación de pagos de un comerciante para que ella entrañe de modo definitivo la aplicación de las reglas todas de la quiebra, sino que ésta sea judicialmente declarada. La liquidación que verificó el Superintendente se hizo por razón de la quiebra de hecho, consistente en la cesación de pagos, es decir, porque la sociedad se hallaba en falencia. Pero mientras no haya declaración de quiebra por autoridad competente, no hay quiebra de derecho propiamente dicha, y no hay lugar, por tanto, a deducir todos los efectos anexos al régimen de quiebra. Y esto fue lo que sucedió con la liquidación verificada por la cesación de pagos o estado de falencia de la sociedad, o sea por quiebra de hecho, porque ésta por sí misma no produce la quiebra de derecho independientemente del juicio declarativo de ella, porque si las reglas de la quiebra derogan el derecho común, es únicamente en interés de la masa de acreedores: luego la masa, la reunión compacta de todos los acreedores en un organismo jurídico, es una creación del juicio declarativo de quiebra. En los términos de la Ley 45 de 1923, la liquidación que realiza en los casos de ella el Superintendente Bancario, no es quiebra de derecho, porque ésta no se declara, ni en la liquidación se establecen las sanciones que formula el Código de Comercio para los quebrados. De modo que si se aceptase la tesis del demandante, toda liquidación que verificara el Superintendente por razón de alguno de los siete casos que consagra el artículo 48, entrañaría quiebra, lo cual no se aviene con el derecho ni con los motivos por los cuales la ley permite declarar quebrado a un comerciante para deducirle las responsabilidades penales del caso". Sobre el segundo punto dijo la Corte: "..... Además de los fundamentos de derecho que quedan estudiados, basa el actor esta petición también en las razones de que mientras el Superintendente esté en posesión de los haberes bancarios, a él deben ocurrir los acreedores, y que si no lo hacen en ese tiempo, no pueden hacerlo después. También dice que conforme a la Ley 45 de 1923, cuando la liquidación pasa a un liquidador de derecho común, es porque está extinguido íntegramente el pasivo. Concluye, que habiendo pasado la liquidación a ese liquidador, es porque el pasivo está extinguido, máxime cuando el Superintendente cumplió todos los términos de esa ley 45, y ante él no se hizo reclamo alguno. Como consecuencia arguye que el crédito porque se ejecuta está extinguido, y mucho más cuando el Superintendente, en el balance que formó, hizo figurar los

Págs.

$ 50.000 en bonos, lo que quiere decir que supo del contrato, por lo que debió citar al Gobierno. La Corte considera: Los créditos que no se hacen valer ante el Superintendente no quedan extinguidos, de acuerdo con la Ley 45 de 1923. Lo que sucede es que pasados los términos que debe cumplir aquel funcionario, él mismo pagará los créditos que se hayan comprobado, y hará la provisión de fondos para pagar los que estén en litigio, para cuando el juicio se decida. Pero si hubo créditos que no se hicieron valer en tiempo, ellos no pueden extinguirse sino por alguno de los medios que establece el derecho común. Si los créditos, por sólo no haberse hecho valer en los términos señalados en esa ley, quedaran extinguidos, no habría razón para que la liquidación pudiera pasar a un liquidador nombrado por los socios: éste se nombra para que siga la liquidación hasta que el establecimiento sea disuelto y se declare terminada su existencia por el Poder Judicial. La parte del artículo 64 que cita el actor en la acción subsidiaria transcrita no basta para hacerle decir a todo ese artículo lo que el demandante pretende, porque todo lo que el artículo mencionado dispone es que mientras el Superintendente esté en posesión del Banco, no puede establecerse acción civil contra éste, 'a menos' que sea en los casos contemplados en dicho artículo; pero no consagra esta forma legal la sanción de que los créditos que no se hagan valer ante el Superintendente quedan extinguidos. De modo que si los créditos del giro bancario no quedan definitivamente extinguidos cuando no se hicieron valer ante el Superintendente, mucho menos se extinguirán por ese motivo aquéllos que tengan su origen, no en el giro bancario, sino en obligaciones distintas..... Pero el actor sostiene que esos créditos no producen acción por haber prescrito de acuerdo con la ley mercantil, por estas razones: 1ª Porque los socios no fueron liquidadores; y 2ª Por haber transcurrido cinco años desde la disolución de la sociedad. Se contesta: Es cierto que cuando los socios no son liquidadores, los créditos contra ellos se extinguen por el lapso de cinco años, según el artículo 545 del Código de Comercio. Pero queda visto que la liquidación se adelantó por causa de haber cesado la sociedad en el pago de sus obligaciones, hecho que significa que estaba en quiebra de hecho, es decir, en falencia, caso en el cual la prescripción de corto tiempo no es aplicable, sino la de derecho común, según el artículo 548 de la expresada obra. La acción ejecutiva en caso de falencia de la sociedad, sólo se realiza por el transcurso de diez años (artículo 2536 del C. C.) Puede argumentarse, además, que la acción ejecutiva para el cobro no se ha adelantado contra los socios, sino contra la sociedad Cortissoz, Correa & Cía.; y también, que el juicio ejecutivo se notificó al defensor provisional el 27 de marzo de 1928, y al defensor definitivo el día dos de junio del mismo año, o sea antes de cumplirse cinco años desde la fecha de la disolución de la sociedad expresada". (Sentencia, Sala Civil de Unica Instancia, XLII, Nos. 1901 y 1902, noviembre 7 de 1935)..... 624, 1ª y 2ª, 625, 1ª y 2ª

Págs.

LITISCONTESTACION

- Nº 108 -

En los motivos expuestos por la Corte para la casación de la sentencia proferida en el juicio de rescisión por dolo, promovido por Elvira Yanguas contra Ricardo Yanguas y otros, se sienta la siguiente doctrina sobre el punto de la litiscontestación:

'La Corte considera que la relación jurídica que se constituye en el momento de la notificación de la demanda, relación denominada litis contestación, lazo jurídico de instancia, o, con más propiedad, relación jurídico-procesal, no es un contrato ni tampoco un cuasi-contrato. En efecto, para ser contrato carece del elemento esencial consistente en el acuerdo de voluntades o en el cambio de consentimientos. El demandante formula la demanda porque le está prohibido hacerse justicia por

Págs.

sí mismo. Al demandado se le constriñe, por medio de la notificación de la demanda, contra su voluntad muchas veces, a establecer la relación jurídico-procesal. El demandado se ve forzado a defenderse, so pena de que si no lo hace, siempre será juzgado. Y, por último, ambas partes quedan obligadas a la veracidad de la cosa juzgada. No es un cuasi-contrato, porque no responde a la definición que de éste da el derecho contemporáneo. Esa relación jurídico-procesal, que se distingue ante todo por ser una relación en movimiento, tiene su origen en la ley procedimental que es de derecho público y posée características especiales desde los puntos de vista de sus sujetos, su contenido y su naturaleza. En cuanto a sus sujetos, nunca pueden ser menos de tres: juez, actor y reo. Por su contenido, ella comprende el deber del órgano jurisdiccional de proveer las demandas de las partes. Por su naturaleza, es autónoma y compleja. Compleja, a causa de que comprende un conjunto indefinido de derechos coordinados a un fin común, el cual forma la unidad de los actos procesales. Autónoma, debido a que es fuente de derechos para todas las partes, con vida y condiciones propias, ajenas a los derechos subjetivos, materia del litigio, y reguladas por normas de derecho público. Participa, pues, la relación jurídico-procesal de la naturaleza de la ley que la crea. Es decir, tal como esta ley, esa relación en parte pertenece al derecho público, porque regula, más o menos inmediatamente, una actividad pública, pero a la vez tiene una posición especial, en virtud del enlace continuo del interés general con el individual en el proceso civil. Por ejemplo, nacen de la relación jurídico-procesal los derechos para las partes a que se refiere el Título X del Código Judicial, sobre competencia, y los derechos a que ese litigio se desarrolle conforme a la ordenación ritual, y a que no se alteren las actuaciones sustanciales del mismo. Para el demandante, el derecho de aclarar, corregir o enmendar la demanda, y el que crea el artículo 232 de la misma obra. Para el demandado, el derecho a que no se le provoque a nueva contienda idéntica a otra ya establecida, y el de que el actor reúna legítimamente las condiciones de titularidad que se atribuye en la demanda. Fue a consecuencia de la relación jurídico-procesal como los litigantes en este pleito contrainterrogaron los testigos y como los demandados obtuvieron la ampliación del dictamen pericial. Es uno de los efectos de esta relación jurídico-procesal, someramente analizada, el poder, por parte del demandado, de impedir que se alteren los elementos del derecho subjetivo traídos por el demandante al proceso incoado". (Casación, XLII, Nos. 1901 y 1902, agosto 27 de 1935) ..... 471, 2ª, y 472, 1º

Págs.

M

MAESTROS DE ESCUELA

Sueldos de vacaciones.

- Nº 109 -

Más de doscientos maestros de escuela del Tolima demandaron a ese Departamento para el pago de sus sueldos de vacaciones que no fueron liquidados en los presupuestos de los dos meses de vacaciones. Apelado por los actores el fallo del Tribunal adverso a la demanda, la Corte lo revocó, sentando la siguiente doctrina:

"El cargo de maestro de escuela es de carácter permanente. El espíritu de la legislación colombiana ha sido el de reconocerles a los maestros las vacaciones remuneradas, y no podía ser de otro modo, porque no teniendo aquéllos otra fuente de entradas que sus exiguos sueldos, que rara vez son suficientes para subvenir a las más apremiantes necesidades, si se les niegan durante los meses en que las escuelas están cerradas, las vacaciones en cambio de constituír un descanso merecido, se convierten para los institutores en épocas de mortificaciones y de escasez... También el Reglamento

Págs.

de las Escuelas Normales, expedido por el Ministerio de Instrucción Pública el 31 de agosto de 1893, en cumplimiento del Decreto número 429, de 20 de enero del año citado, contiene disposiciones que vienen a confirmar lo aseverado en este fallo sobre que la legislación colombiana se ha inspirado en el propósito laudable de reconocer a los maestros de escuela y en general a los empleados de los institutos docentes, los sueldos de vacaciones". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLII, Nos. 1901 y 1902, abril 27 de 1936) ..... 567, 1ª, y 568, 1ª

MALA CONDUCTA DE EMPLEADO PUBLICO

- Nº 110 -

Un Juez se embriagaba con frecuencia y fue sumariado. Se alegó en el recurso de apelación contra el auto de proceder que embriagarse no es tomarse unas copas de licor, sino que para que ese estado se presente es necesario que las potencias se turben. La Corte acoge el siguiente concepto del Procurador:

"Intemperancia es lo mismo que falta de moderación y continencia. De suerte que no es preciso embriagarse hasta rodar por el suelo para ser intemperante en el uso de licores embriagantes; basta beber inmoderadamente hasta perder la natural serenidad, el control de sí mismo. Y cuando se trata de quien ejerce el alto y delicado encargo de administrador de la justicia, la incontinencia es insoportable y repugnante. El Poder Judicial, para ser respetado, no debe mantener en su seno ejemplares de esa especie". (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, XLII, Nos. 1901 y 1902, abril 16 de 1936) 542, 1ª

MULTA IMPUESTA COMO CONSECUENCIA DE UNA PENA CORPORAL

- Nº 111 -

Un Juez se apropió parte de los dineros que tenía en el Juzgado y fue condenado por ese hecho a seis meses de reclusión y a la multa correspondiente. Pidió la suspensión de la pena de multa.

"El artículo 22 de la ley 83 de 1915, invocado por el recurrente en su favor, dice así: 'En los casos de condenación judicial a las penas de multa, etc...' De los términos de esta disposición se ve que sólo puede aplicarse cuando la multa que se ha impuesto es pena única, o accesoria de una corporal suspensible, v. gr., de arresto o prisión que no excedan de dos meses. En presencia de estas penas, que, como es natural, no corresponden sino a la comisión de delitos en sí mismos leves, es cuando cabe la gracia, que no es otra cosa, del artículo 22 de la ley en cuestión. Muy otro es, por cierto, el caso del doctor Trespalacios, a quien se procesó por apropiación de parte de los dineros que manejaba en su calidad de Juez 1º del Circuito de Sopetrán, pertenecientes a depósitos de algunos de los juicios que cursaban en la oficina, considerándose que incurrió así en el delito que define el Código Penal como abuso de confianza y en las sanciones especiales consiguientes a él. Por este hecho, la Corte condenó al doctor Trespalacios, aplicando el artículo 836 del Código Penal, a sufrir la pena corporal de seis meses de reclusión y a una multa de $ 1,551, equivalente a la suma apropiada. Cometió, pues, el doctor Trespalacios un delito al cual corresponde una sanción especial determinada en el Código de las penas, y en su caso no cabe, en manera alguna, la aplicación del artículo 22 de la ley 83 de 1915, que invoca. En opinión de la Corte, lo que la ley ha querido con el beneficio de que se viene tratando, es que se suspenda la ejecución de la sentencia, en los casos de aplicación de las penas indicadas, como medida preventiva que evite nuevas transgresiones de la ley por el procesado; pero sería ilógica una interpretación en el sentido de aplicar en parte la sentencia, y en parte hacerla cesar". (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, XLII, No. 1900, septiembre 27 de 1935) ..... 835, 1ª y 2ª

Págs.

MULTA AL FIADOR DE CARCEL

- Nº 112 -

Se objetaba en un auto ejecutivo la circunstancia de no aparecer en la transcripción de él, hecha al Recaudador, la nota de notificación.

"Lo que quiere establecer el artículo 82 del Código Penal con la indicación de que, en el aviso que se dé por el Juez o Tribunal al recaudador para que éste haga efectiva una multa determinada, conste la fecha en que tuvo lugar la notificación del auto que la decreta, es la base para el cómputo de los tres días dentro de los cuales ha de hacerse el pago, porque si éste no se satisface en ese lapso, la multa se convierte en arresto, pero en ninguna manera fijar una circunstancia indispensable para la validez intrínseca del mandamiento ejecutivo sobreviniente. Y ya se ha visto cómo la notificación sí fue hecha". (Auto, Sala de Negocios Generales, XLII, Nos. 1901 y 1902, septiembre 24 de 1935) 577, 2ª

MULTA POR FIANZA DE UN CONSCRIPTO MILITAR

- Nº 113 -

"Para hacer efectivas coercitivamente las multas provenientes de fianzas otorgadas para la presentación de conscriptos militares, es indispensable el requerimiento personal del fiador para la presentación del fiado, pues conforme al artículo 1608 del C. C., no puede considerársele en mora de cumplir las obligaciones contraídas mientras el requerimiento no aparezca legalmente hecho". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLII, Nº 1900, agosto 22 de 1935) 440, 2ª

MUTUO

- Nº 114 -

Restituto Montoya estipuló en una escritura que le vendía a Luis M. Ramírez una casa y un solar, con pacto de retroventa por un año, todo como si se tratase de un contrato de venta; pero una de las cláusulas dice: "Que la entrega de la casa y solar solamente la hará dentro de un año contado de hoy en adelante en caso de que no pudiere reembolsar al comprador la cantidad arriba dicha con sus respectivos intereses, pues que tales inmuebles quedarán en su poder durante el tiempo de este contrato". Ramírez, por su parte, declaró: "Que acepta esta escritura por estar a su satisfacción; que da por bien hecho el que no se le entregue desde hoy la finca dicha y que se obliga a otorgar la escritura al señor Montoya, restituyéndole lo que hoy le vende, si éste le reembolsare dentro del año dicho los cincuenta mil pesos con sus respectivos intereses al tres por ciento mensual". Ramírez demandó a Montoya en juicio de reivindicación que ganó, por lo cual recurrió éste en casación manifestando, en el cargo contra la sentencia recurrida, que la intención de las partes fue la de contratar un mutuo, y como el Tribunal, desoyendo esa intención y las pruebas que la establecen, decidió sólo por el tenor de la escritura que reza un contrato de compraventa, dejó de aplicar el artículo 1618 del C. C., así como el 2221 que define el mutuo, y aplicó indebidamente el 1939, que define la retroventa y que, por haber acogido la acción reivindicatoria, sobre la errónea base de ser esa escritura título de dominio del actor, violó el artículo 946, por haberlo aplicado sin ser el caso.

"Una escritura que rompe o se inicia, acentuándola, con la manifestación del pacto de retroventa; que deja al vendedor con lo vendido, sin carga alguna para él por esta causa, por todo el tiempo del plazo; que fija el plazo para devolver intereses y que señala éstos en la forma que todo ello se lee en las cláusulas transcritas, y que, además, advierte la terminación de toda relación jurídica entre las partes con el pago oportuno de capital e intereses por quien lo recibe, hace ver o al menos poderosamente sugiere que lo contratado no es una compraventa sino un mutuo. De ahí que la Corte anote cómo la redacción misma de ese instrumento es de suyo indicio de lo

Págs.

que acaba de decirse.... Es, pues, concepto claro y afirmación expresa de Ramírez, acorde en un todo con los conceptos y repetidas afirmaciones de Montoya, que lo contratado por ellos y solemnizado por medio del referido instrumento público de 20 de mayo de 1914 fue un mutuo con interés. Si, pues, esa fue la intención de los contratantes, si ella es claramente conocida y si, por lo mismo, en cuanto discrepa del tenor literal de las palabras de que ellos se valieron en el citado instrumento, ha de prevalecer sobre éstas, por mandato del artículo 1618 del C. C., es evidente que el Tribunal sentenciador desoyó las pruebas que acreditan aquella intención, entre ellas la escritura misma y, cardinalmente, la confesión de Ramírez, pruebas de cuya errónea apreciación lo acusa el recurrente, y que consiguientemente violó, por haberlo dejado de aplicar, ese artículo 1618. Y que, por la misma causa, violó también los artículos 2221 y 1939 de ese código en el concepto apuntado por el recurrente, así como el artículo 946 ibidem". (Casación, XLII, Nos. 1901 y 1902, septiembre 11 de 1935) 497, 1ª y 2ª y 498, 2ª

N

NULIDAD ABSOLUTA

- Nº 115 -

Decía en casación el comprador de una calle pública y unos ejidos municipales que reivindicó sin éxito porque se declaró la nulidad del contrato de venta, que el Municipio vendedor no pudo alegar la nulidad por haber sido parte en el contrato nulo.

"Con respecto a la segunda de las causales aducidas, la Corte considera: 1º Que cuando la nulidad aparece de manifiesto en el acto o contrato —como en el caso del contrato que se estudia, por lo que a la venta de la calle se refiere— tal nulidad debe ser declarada de oficio por el Juez, haya sido o no alegada por las partes y bien sea que la parte que la alega tuviera o no derecho para hacerlo, pues la sanción de la nulidad absoluta obedece a razones de interés general y tiene por objeto asegurar el respeto de disposiciones de orden público, por lo cual el texto legal que señala las condiciones en que ellas deben ser declaradas debe ser interpretado con la mayor amplitud posible. Cuando en el acto o contrato no aparece de manifiesto, no puede ser declarada por el Juez, haya sido alegada por una de las partes, si esa parte que la alega no tiene interés en ello o ha ejecutado el acto o celebrado el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Pero cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato, el Juez no podría abstenerse de declararla por el hecho de haber sido alegada por quien ejecutó el acto o celebró el contrato, pues sería ésta una peregrina manera de sanear las nulidades absolutas: bastaría para ello que quien celebró el contrato a sabiendas del vicio alegara la nulidad para que quedara en firme". (1). (Casación, XLII, Nº 1900, agosto 19 de 1935) ..... 372, 2ª, y 373, 1º

NULIDAD ABSOLUTA DECLARADA DE OFICIO

- Nº 116 -

La señora Ruth González de de la Torre declaró en una de las cláusulas de cierta escritura que reconocía en el valor de una casa la suma de dos mil pesos a su hijo menor llamado Juan Manuel de la Torre González, suma igual que recibió para dicho hijo menor "por los derechos y acciones que a éste le correspondieron en la sucesión del señor Eliseo de la Torre González, y es su voluntad que queden representados en la finca raíz al principio determinada". Compareció posteriormente en juicio demandando a su hijo para que se declarase en éste que ella había tenido por objeto asegurar al menor

(1) Concordancias: Nos. 2594, tomo 1o. Jurisprudencia de la Corte, 3638, tomo 3o.

situados ambos en Juntas de Apulo, que habiendo recibido el menor el dinero carecía de valor la cláusula por el pago de dos mil pesos que le correspondían como valor de un lote de terreno con su casa de habitación haber dejado de existir la causa que la originó, y subsidiariamente pidió que el demandado pagase ese valor, a lo cual accedieron el Juez y el Tribunal, aunque discrepando sustancialmente en cuanto al motivo de la condenación. Halló la Corte que debía casarse la sentencia recurrida por el mandatario del menor demandado, por incongruencia entre lo pedido y lo fallado, como que el sentenciador entendió que se trataba de condenar al pago del precio de una compraventa, y sentó, ya en instancia, la siguiente doctrina sobre nulidad de la cláusula antes citada:

"En la declaración de voluntad hecha en beneficio del menor Juan Manuel, por su madre legítima doña Ruth, faltó el concurso real de dos o más personas, aunque hubiera varios patrimonios, concurso que exige el artículo 1494 del Código Civil para que nazcan obligaciones contractuales. Requiérese aquel concurso real aun en los contratos unilaterales—comodato, mutuo, etc., etc.—porque el hecho de obligarse una sola de las partes no significa que pueda prescindirse de la voluntad de al menos otra persona. Doña Ruth quiso transferir lo suyo en su propio nombre y quiso también adquirir eso mismo suyo haciendo ya, según sus palabras, 'las declaraciones anteriores en su carácter de representante legal de su hijo Juan Manuel de la Torre González, sobre quien ejerce los derechos de patria potestad'. Precedió por sí y ejerció la representación de la otra parte. Semejante desdoblamiento de la personalidad es en este caso injurídico. Cuando obra el padre así en su nombre como en el nombre de su hijo menor, a quien representa y con quien contrata, lo injurídico llega a lo absurdo y la nulidad absoluta toca los linderos de la inexistencia". (Casación, XLII, N° 1899, julio 25 de 1935) 323, 1ª

NULIDAD ABSOLUTA DE LA VENTA DE UN BIEN EMBARGADO

- N° 117 -

Pedro María Arias vendió a Luciano Ruiz una finca y ésta quedó hipotecada para el pago del precio, pero como éste no se pagase Arias promovió el juicio de venta de la cosa hipotecada, la cual fue embargada. Posteriormente obtuvo Ruiz que se decretase el desembargo de la mitad de esa finca que vendió después de la cancelación del embargo en la mitad de ella, a Juan Pablo Ruiz. Por el certificado del Registrador se consideró que la finca toda estaba embargada cuando Juan Pablo Ruiz compró una mitad y así se declaró nula la venta de Luciano Ruiz a Juan Pablo. Acudió Juan Pablo en casación, alegando por primera causal, la violación de varios artículos del Código Civil. Dijo la Corte:

"Cuarto cargo: El Tribunal, para declarar la nulidad del contrato en cuestión, se fundó en la doctrina expuesta por la Corte el año de 1893, conforme a la cual 'la nulidad absoluta de que, por ilicitud, adolece el contrato de venta de un bien que se halle embargado, DEBE SER DECLARADO DE OFICIO POR EL JUEZ, aunque no aparezca de manifiesto en el documento que contiene el contrato, con tal que su existencia no pueda revocarse a duda en presencia de la certificación del Registrador que acredita el embargo del inmueble al tiempo de la enajenación'. No habiéndose acusado la sentencia recurrida en concepto de que el Tribunal, al prohijar esa doctrina, violara, por errónea interpretación, el artículo 15 de la ley 95 de 1890, bastaría para considerar infundado este cuarto cargo, la consideración de que el Tribunal expuso como fundamento de su fallo esa doctrina conforme a la cual era procedente, DE OFICIO, la declaración de nulidad. Pero a ello puede agregarse, para desechar el cargo que se analiza, la siguiente consideración: las nulidades absolutas, por su carácter de nulidades de orden público, debieran, en principio, poder ser

Págs.

invocadas y alegadas por todos, puesto que ellas están establecidas en interés general. Si nuestra ley, separándose de otras legislaciones —que atienden de una manera más técnica a las consecuencias que se derivan de la naturaleza misma de la nulidad absoluta— establece que sólo puede alegarla 'el que tenga interés en ello', obvio es que tal concepto de INTERES puede y debe tomarse en el sentido más amplio y comprensivo y que, consecuencialmente, debe admitirse que los acreedores tienen, con respecto a la solvencia de su deudor y a la consiguiente posibilidad de hacer embargos que garanticen la efectividad de sus créditos, un INTERES de esos que la ley exige para poder alegar la nulidad absoluta". (Casación, XLII, Nº 1898, junio 21 de 1935) 171, 1ª

NULIDAD ADJETIVA EN EL PROCESO MILITAR

- Nº 118 -

En un proceso militar se dictó auto señalando día para la decisión de la causa y ese auto no se notificó legalmente al reo ni a su defensor.

"....Respecto de procesos militares dispone el artículo 11 de la ley 84 de 1931 (numeral 3º), que: 'Da lugar a recurso de nulidad:... No haberse notificado al reo y a su defensor el auto en que se señala día para la decisión de la causa'. Como la ley no pone aquí restricción alguna, es nulo el procedimiento cuando se ha incurrido en tal irregularidad. Y ello ocurre en el presente caso porque, como lo observó y apuntó el señor Procurador, hay una diligencia de notificación del auto que señala día para efectuar el juicio o reunión del Consejo de Guerra y tal diligencia aparece firmada por los interesados, pero no está autorizada por el secretario, lo que quiere decir que no se hizo formalmente la notificación". (Sentencia de la Sala de Casación en lo Criminal, XLII, Nº 1900, septiembre 10 de 1935) 388, 1ª

Págs.

NULIDAD DE ACTOS JURIDICOS DE LOS INCAPACES

- Nº 119 -

Se seguía un juicio de rescisión por dolo y se alegaba por el demandado recurrente en casación la nulidad del juicio por falta de personería del mandatario de la actora Elvira Yanguas, a causa de estar probada la incapacidad de ésta, desde antes de haber conferido el poder.

"Es doctrina prevalente que la nulidad de los actos jurídicos celebrados por los absolutamente incapaces ha sido establecida en favor de ellos, con miras de protección de sus intereses, por cuyo motivo esa nulidad no puede ser alegada contra ellos y en su perjuicio. Por otro aspecto, no puede hacerse valer esa nulidad como procedimental, porque ella no consiste en la carencia, perversión o infracción, sea de las condiciones o bien de los elementos que deben darse en cada proceso, sino en un acto jurídico realizado antes del pleito. Por esta razón, de que no se trata de una nulidad adjetiva de personería, tampoco cabe invocar esa nulidad como excepción. Ella ha debido intentarse en forma de acción en demanda de reconvención". (Casación, XLII, Nos. 1901 y 1902, agosto 27 de 1935) 474, 1ª

NULIDAD DEL JUICIO CRIMINAL

- Nº 120 -

Fue apelado y consultado el auto por el cual un Juez superior declaró notoriamente injusto el veredicto del Jurado. El Tribunal revocó el auto del Juez y resolvió proferir sentencia condenatoria de fondo, sin que se hubiese dictado la de primera instancia.

"....En este proceso dictó el Tribunal de Pereira sentencia condenatoria sin que se hubiese dictado sentencia de primera instancia. El fin primordial buscado por el Derecho Procedimental al estatuir que los juicios sufran dos instancias es el de que el fallo proferido en la primera sea rectificado o verificado en la se-

Págs.

gunda mediante la confrontación, el examen y el análisis que el superior haga de los argumentos de hecho y de derecho que le han servido al inferior para proferir su fallo. Y ese objetivo de revisión no puede cumplirse si el superior entra a fallar en el fondo sin tener una providencia de la misma índole pronunciada por el inferior y sometida a su decisión. Para el procedimiento penal dice enfáticamente la ley (artículo 1725 del C. J.), que 'en la segunda instancia la sentencia se pronunciará con arreglo a lo que se dispone en el capítulo precedente, debiendo al Tribunal Superior resolver sobre todos los puntos que contenga la de primera instancia....' Y mal podría cumplirse este precepto legal que ordena al Superior resolver sobre todos los puntos que contenga la sentencia de primera instancia cuando no existe tal sentencia. Además: el artículo 163 de la ley 40 de 1907, dispone: 'Las sentencias definitivas de los jueces superiores de distrito judicial se consultarán con el Tribunal Superior respectivo para que éste declare si el juicio adolece de nulidad, si el veredicto del Jurado es notoriamente injusto y si la ley penal ha sido rectamente aplicada'. En este proceso, el Tribunal sentenciador, al prescindir de la 'sentencia definitiva' que debía dictar el Juez, eliminó uno de los fines primordiales de la segunda instancia: el de resolver 'si la ley penal ha sido rectamente aplicada', puesto que el Juez no alcanzó a aplicar la ley penal. A propósito de un simple trámite, de la consulta de un auto interlocutorio, se apresuró el Tribunal a dictar sentencia. Y resalta la anomalía del caso por cuanto no sólo iba en consulta al Tribunal el auto del Juez que declaraba injusto el veredicto del Jurado. Ese auto fue, además, apelado por el defensor, y el juzgador le había otorgado el recurso de apelación. En cuanto conoció por apelación, el Tribunal tenía que limitarse a estudiar y fallar sobre el que era materia de la apelación: esto es un principio general de procedimiento. Y en cuanto conocía por consulta, también tenía que ceñirse el Tribunal a resolver en uno u otro sentido, pero a resolver nada más que la consulta. El artículo 3º de la ley 118 de 1931 dice: 'Son causales para interponer el recurso de casación en materia penal las siguientes: 2ª Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por cuanto se haya dictado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial según la ley'. El artículo 264 de la ley 57 de 1887 dice: 'Produce nulidad en los juicios criminales: 1º La incompetencia del Juez, si la jurisdicción fuere improrrogable'. En el proceso contra Esteban Escalante ni el juez A QUO había perdido la jurisdicción para sentenciar, ni el juez AD QUEM la había adquirido aún para lo mismo, pues apenas la tenía para resolver sobre el auto que declaró notoriamente injusto el veredicto del Jurado. La del juez A QUO estaba apenas SUSPENDIDA por la apelación y la consulta que debían surtirse ante el Tribunal (ordinal 1º del artículo 147, ley 105 de 1931); de modo que éste carecía de competencia legal para dictar la sentencia por no haber llegado todavía la oportunidad de ejercer esta facultad. Luego este proceso adolece de nulidad por incompetencia del juzgador (el Tribunal), para sentencia en segunda instancia cuando la primera instancia no había concluído por una 'sentencia definitiva', esto es, que le hubiese puesto fin". (Casación, XLII, Nº 1900, octubre 25 de 1935). 410, 2ª y 411, 1º

Págs.

NULIDAD DE LA ELECCION DE CONSEJEROS DE ESTADO

- Nº 121 -

.. De estos juicios, cuyo conocimiento está atribuído a la Corte Suprema de Justicia por el artículo 199 de la ley 85 de 1916, sin determinar que sea la Corte Plena o alguna de las Salas de Casación, debe conocer la Sala de Negocios Generales, en virtud del mandato del artículo 38, numeral 2º, del C. J.... Sobre las causas de la nulidad de la elección alegadas por el demandante, se observa: Dice el doctor Uribe Cualla que la elección de Consejero de Estado no se verificó dentro del

día y la hora que previamente se había señalado para llevarla a cabo y que se realizó aquella ya vencido el 19 de octubre de 1934. Ninguna disposición legal determina como causal de nulidad de la elección de Consejeros de Estado la anotada por el actor. Si éste creyó aplicable el numeral 1º del artículo 179 de la ley 85 de 1916, se observa que esta disposición, que se refiere al hecho de que las elecciones se verifiquen en días o períodos distintos de los señalados por la ley o por la respectiva autoridad con facultad legal, sólo es aplicable a las elecciones que se hacen ante los Jurados de votación y a las que realizan las Asambleas Departamentales. Por otra parte, tampoco aparece acreditado en el expediente el hecho alegado por el actor como causal de nulidad, y por el contrario, de las mismas pruebas presentadas por el doctor Uribe Cualla resulta que la elección de Consejero de Estado se verificó en la sesión del Senado del día 19 de octubre de 1934, la cual empezó a las cinco y treinta minutos de la tarde y terminó a las doce de la noche.... Otro de los motivos expuestos por el doctor Uribe Cualla es el de haber intervenido en la elección solamente 29 senadores de los 56 que forman la corporación. Pero esto no es causa para considerar viciada de nulidad la elección, porque ésta se verificó con QUORUM constitucional y la ley no requiere una proporción mayor de votos para la validez de las elecciones hechas por las Cámaras.... La falta de inscripción de las listas es otra causal que alega el demandante. La Corte estima que en las elecciones que verifican las corporaciones no se necesita la inscripción de las listas, porque esta formalidad sólo se exige por el artículo 2º de la ley 7ª de 1932 para las elecciones populares". Otra demanda fue presentada, respecto de la cual dice la Corte, en lo esencial: "La elección de suplentes fue demandada por los siguientes motivos: no haberse dado cumplimiento al artículo 45 del Acto Legislativo número 3 de 1910, pues no se dio representación a las fuerzas políticas que componen el Senado de

Págs.

la República; no haber asistido a la elección sino 27 senadores, que no constituyen la mitad más uno de los 56 miembros que componen aquella corporación (Senado de la República), la cual estaba integrada sin el QUORUM respectivo; la de haberse hecho la elección de suplentes en un acto aislado y posterior a la elección de principales, con violación del artículo 1º de la ley 7ª de 1932, que en el particular modificó la ley 60 de 1914; la de haberse votado por los suplentes de cada consejero principal en votaciones aisladas y sucesivas, cuando ha debido efectuarse la elección en un solo acto y junto con los principales. Sobre lo expuesto se observa: La única prueba pedida por el señor Bernal fue una certificación del señor Ministro de Gobierno sobre el número de miembros del Senado de la República en el período de 1930 a 1934. Pero no se acompañó a la demanda ni se pidió después prueba alguna para acreditar que en la elección de suplentes se violó el artículo 45 del Acto Legislativo Nº 3 de 1910 sobre representación proporcional de los partidos. En la elección se empleó el sistema del cuociente electoral que estableció la ley. No hay fundamento con relación a este primer motivo de nulidad alegado por el demandante. Considera el actor que el hecho de no haber concurrido sino 27 senadores a la elección, de los 56 que componen el Senado, vicia de nulidad aquel acto. Efectivamente, consta en el acta de la sesión del día 23 de octubre de 1934, que figura en el número 77 de los 'Anales del Senado' que se acompañó a la demanda, que en la elección sólo hubo 27 votos y que algunos senadores se retiraron de la sesión. Pero esto no constituye causal de nulidad, como se verá a continuación. Conforme al artículo 70 de la Constitución Nacional, las Cámaras no pueden abrir sus sesiones con menos de una tercera parte de sus miembros. El QUORUM constitucional lo constituye la tercera parte por lo menos de los miembros de la corporación. Todos los actos ejecutados por las Cámaras con la concurrencia del número citado de sus miembros, son válidos,

Págs.

Págs.

con excepción de los casos contemplados en el artículo 82, o sea, cuando se cierra el segundo debate, o se vota una ley en tercero, para los cuales se exige la asistencia de la mayoría absoluta de los individuos que componen la respectiva Cámara. De manera que cuando se trata de elecciones, las Cámaras pueden hacerlas con la concurrencia de los individuos que componen el QUORUM constitucional, o sea con la tercera parte de sus miembros. Pero cuando lo expuesto no fuera así, es de observarse que la ley no ha establecido este hecho como causal de nulidad para las elecciones de Consejeros de Estado. Por estas razones, el motivo de nulidad apuntado por el actor no existe. También considera el señor Bernal como motivo de nulidad, el haberse hecho la elección de suplentes en un acto aislado y posterior a la elección de principales. Este no constituye causal de nulidad, porque el artículo 2º, inciso 2º de la ley 60 de 1914, no exige que la votación para suplentes se haga en la misma sesión en que se eligen principales, y puede ella verificarse en acto separado, como lo practicó el Senado.... El demandante estima como causal de nulidad el haberse votado separadamente por los suplentes de cada consejero; pero sobre esto se observa que ni el artículo 2º de la ley 60 de 1914 ni el artículo 1º de la ley 7ª de 1932, contienen una norma precisa sobre la manera como debe verificarse la elección de los suplentes de los Consejeros de Estado, que pudiera considerarse violada con el procedimiento adoptado por el Senado. El tenor literal del artículo 2º de la ley 60 de 1914, permite la interpretación que le dio el Senado al votar separadamente por los suplentes de cada principal". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLII, Nos. 1901 y 1902, febrero 10 de 1936) ..... 553, 2ª, 554, 1ª y 2ª y 555, 1ª y 2ª

NULIDAD DEL PROCESO MILITAR

- Nº 122 -

Opinó el Procurador en un proceso militar que era nulo lo actuado desde la fecha del auto que señaló día para la decisión de la causa, por no haberse notificado a ninguna de las partes.

"....No puede menos de reconocerse el fundamento de dicho concepto, pues por precepto del artículo 111 de la ley 84 citada, hay lugar a nulidad cuando no se notifica al reo y a su defensor el auto en que se señala día para la decisión de la causa, y, según se ve a la vuelta del folio 27, la providencia en que tal cosa se hizo no fue notificada a ninguna de las partes. Es evidente, por lo expuesto, que la referida nulidad debe ser declarada". (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, XLII, No. 1897, mayo 17 de 1935). (1)..... 59, 2º

NULIDAD DEL PROCESO MILITAR

- Nº 123 -

En el mismo caso del sargento que injurió a su superior alegó el defensor como causa de nulidad del proceso, el hecho de no haberse proferido el fallo de acuerdo con las pruebas presentadas.

"Esta Sala estima que el ordinal 4º del artículo 111 de la ley sobre justicia militar no erige en causal de nulidad el hecho de que un consejo de guerra haya apreciado de manera injurídica las pruebas del proceso, sino el hecho de que en el trámite mismo del juicio se hayan negado los funcionarios o tribunales militares a producir o aceptar las pruebas que el procesado o su defensor soliciten. Se trata, pues, de una falta formal que acarrea nulidad y esa falta no ocurrió en el caso que actualmente estudia la Corte". (Sentencia de la Sala de Casación en lo Criminal, XLII, Nº 1900, septiembre 10 de 1935)..... 389, 2ª

NULIDADES EN MATERIA CRIMINAL

- Nº 124 -

Las nulidades en materia criminal están taxativamente determinadas en los artículos 264 y 265 de la ley

(1) Ley 84 de 1921.

Págs.

57 de 1887. (Casación, XLII, No. 1898, mayo 23 de 1935)..... 194, 1ª

NULIDAD POR SIMULACION DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA, SOLICITADA POR EL ACREEDOR

- Nº 125 -

Amenazado Simón Rodríguez por su hermano Cristóbal Rodríguez de ser ejecutado para el pago de un dinero que le debía, vendió simuladamente sus bienes a su amigo Cristóbal Sánchez; el acreedor Rodríguez demandó a Sánchez para que se declarase la nulidad de la venta, por simulación. Como prosperase la acción recurrió en casación Sánchez alegando que el sentenciador había violado el artículo 15 de la ley 95 de 1890 porque, en su concepto, el acreedor carece del interés de que habla ese artículo.

"Tanto el artículo 1742 del Código Civil como el 15 de la ley 95 de 1890, que lo reemplaza, al establecer quién puede alegar la nulidad absoluta, han dicho: 'todo el que tenga interés en ello', y a renglón seguido agregan como única salvedad o cortapisa, 'excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba'. Si ésta es la única limitación a la amplia frase inmediatamente anterior (todo el que tenga interés en ello), y si donde el legislador no distingue no es dado al juzgador distinguir, se ve con claridad que éste no tiene cómo ni por qué establecer exclusión distinta, lo que vale como decir que, dando a la palabra INTERES su sentido legal, ha de reconocérsele al acreedor del que oculta bienes mediante enajenación simulada. Imposible negar que cada cual es un interesado en que su deudor tenga respaldo y en que éste no se merme. Esto, que es así en tesis general, con más veras ha de verse en un caso como el presente, en que el pleito sobre nulidad de la compraventa de ciertos bienes lo inicia quien, como acreedor ejecutante, persiguió como de su deudor esos bienes que se escaparon de su persecución, porque aparecieron ser, no del deudor, sino de un tercero a quien en ese mismo contrato aparece vendiéndolos. Se ha creído que al acreedor no asiste más acción, como tal, que la consagrada en el artículo 2491 del Código Civil y que por tanto, no puede ser oído quien con el solo título y calidad de acreedor ejercita la acción del citado artículo 15. Pero ese concepto es inaceptable. Basta ver que cada una de estas dos disposiciones contempla su caso, distinto del de la otra. El 2491 mira al perjuicio del acreedor por enajenaciones o gravámenes contratados por su deudor concursado o que ha hecho cesión de bienes, sin detenerse a considerar esa disposición o a exigir que esos contratos en sí mismos tengan o no determinadas condiciones de validez. El artículo 15 versa sobre nulidad absoluta y confiere la acción consiguiente a TODO INTERESADO en ello. Coinciden las dos acciones en algunos de sus efectos en varios casos, de que es ejemplo el presente, en que el acreedor, por su interés en ello, acusa de nulidad absoluta cierto contrato de enajenación de su deudor, a fin de evitarse el perjuicio que este contrato le produce. Pero el que haya casos de coincidencia no implica que no los haya de discrepancia, ni, mucho menos, que esas acciones no sean distintas, ni que de asistir a un acreedor, en su caso, la una, haya de deducirse que por eso no le asiste la otra. Una objeción que suele hacerse a esta clase de demandas y, consiguientemente, a su aceptación, es la de que peligran los negocios y su marcha en cuanto se da cabida o facilita el ataque contra alguien si se atribuye este derecho a cualquiera de sus acreedores. Pero esta objeción, cuyos fundamentos son más aparentes que reales, es la que se hace a toda anulación por simulación. Debe observarse que si el juicio se instaura contra el demandante mismo y éste es de buena fe, no cabe suponer siquiera que la demanda prospere, siendo así que esta buena fe no se compagina con la simulación que la demanda afirma; y que si la sentencia es en juicio entre personas distintas, no le perjudica, no tie-

Págs.

ne alcance contra él. De otro lado, conviene no pasar por alto el interés de orden social que hay en que la verdad brille y las ficciones y simulaciones no prosperen. No es dado al juzgador restringir en su interpretación las palabras o preceptos legales en forma que de ello se derive el éxito de aquello mismo que la ley abomina y que marca con el calificativo de nulo, de absolutamente nulo. Sin detenerse más la Corte en consideraciones de esta índole, se tiene en su faz netamente legal que a Cristóbal Rodríguez asiste la acción que ha incoado para obtener se declare absolutamente nula la compraventa materia de su demanda, dirigida contra este señor y contra el aparente comprador señor Cristóbal Sánchez. Se rechaza, pues, el cargo de violación del citado artículo 15". (Casación, XLII, Nº 1897, mayo 28 de 1935). (1) ..... 25, 1ª y 2ª

NULIDAD SUSTANTIVA EN EL PROCESO MILITAR

- Nº 126 -

Deplorablemente embriagado un sargento injurió gravemente a su superior y aun le desafió, y el teniente agredido ordenó que le sujetaran por la fuerza y le llevaran al dormitorio, lo que hicieron algunos subalternos. Seguido juicio militar al sargento por el delito de insubordinación y condenado a tres años de prisión militar, dijo la Corte:

"Al sargento Carlos Elvar Bravo se le ha enjuiciado y sentenciado por el delito de insubordinación; y los tribunales militares le han aplicado concretamente el artículo 175 del Código de Justicia Militar. Corresponde a la Corte examinar si es errónea o acertada la aplicación de dicho artículo. El artículo 175 del Código de Justicia Militar enumera los diferentes casos de insubordinación. Cada uno de sus numerales contempla una forma o modo de insubordinación, pero en todos ellos se observa esta nota común: el atentado contra la autoridad del superior. El numeral segundo prevé el caso de que los inferiores hagan violencia sobre el superior para impedirle a éste que imparta una orden del servicio o que ejecute una orden recibida; el numeral tercero se refiere al hecho de que los inferiores traten de obligar al superior, violentamente, a dar una orden del servicio o a dejarla sin efecto; el numeral quinto habla de los inferiores QUE HICIEREN ALARDE en cualquier forma de la resistencia a obedecer; el numeral sexto considera insubordinados a 'los militares que indujeren o incitaren a otros a la insubordinación'; y el numeral cuarto plantea el caso de los inferiores que se rebelan 'contra la fuerza comandada por el superior o llamada en su auxilio'. El caso de autos parece que los tribunales militares han estimado que encaja en el ordinal 1º de dicho artículo 175, que es del tenor siguiente: '1º Los militares que desobedecieren las órdenes de sus superiores, irrespetando, desacatando o insultando a los mismos, o provocando a otros militares a la desobediencia'. Aparte de que se trataba de un sujeto deplorablemente ebrio, que no sabía lo que estaba haciendo, parece claro que el superior, o sea el oficial de servicio, no le dio ninguna orden que dicho sujeto o sea el sargento Bravo, debiera ejecutar. Se ve que al darse cuenta el oficial de servicio del estado de embriaguez en que el sargento se hallaba, dio orden a otros individuos de tropa o 'números' de la guardia para que condujeran, amarrado, al sargento Bravo al dormitorio. En estas circunstancias no puede en rigor afirmarse que las vociferaciones lanzadas por el soldado ebrio contra el superior que ordenaba a otros llevarlo amarrado al dormitorio, constituyan rigurosa y propiamente un caso de insubordinación. Si los individuos de tropa que recibieron la orden de llevar amarrado al sargento Bravo hubiesen dejado de cumplirla, se habrían hecho reos no de insubordinación, pero sí de desobe-

(1) En desacuerdo con esta doctrina, estuvo casi toda la jurisprudencia anterior de la Corte, según puede verse de la doctrina número 92, tomo 3o., Jurisprudencia de la Corte, con algunas excepciones.

Págs.

diencia, que es un delito diferente (artículo 176 de la ley 84 de 1931); y si la desobediencia de los que recibieron la orden hubiera sido no simplemente pasiva, sino en forma de resistencia a obedecer, entonces sí se habría caracterizado el delito militar de insubordinación. Las notas constitutivas de este delito son: a) Que el inferior deje de cumplir la orden dada por el superior a dicho inferior; b) Que la desobediencia se acompañe de alarde en cualquier forma, o de fuerza, amenazas o coacción, o de cualquiera otro medio violento contra el superior; o que vaya acompañada de irrespetos, desacatos o insultos contra el mismo superior que ha dado la orden. El tenor mismo de la disposición aplicada al procesado está haciendo ver que no es el irrespeto, insulto o desacato lo que constituye el delito, sino la desobediencia a las órdenes de los superiores acompañada de irrespetos, desacatos e insultos. En los hechos de que da cuenta este proceso hace falta uno de los dos caracteres apuntados como esenciales: hubo irrespeto, desacato o insulto del inferior hacia el superior que había dado una orden; pero tal orden no le había sido dada al sujeto que cometió los desacatos o irrespetos, aun cuando sí era referente a él, que es cosa distinta. Los hechos ejecutados por el sargento Bravo son gravemente lesivos de la disciplina y de las costumbres militares. Pero esto no autoriza para cambiarles la denominación jurídica que les corresponde. Los irrespetos, desacatos o insultos del sargento Bravo contra su superior constituyen un hecho punible, no ya una falta simplemente disciplinaria, susceptible de un castigo también disciplinario, puesto que las ofensas fueron graves y difamatorias (aparte g) del artículo o punto segundo del mentado Reglamento); ese hecho está penado como un verdadero delito militar por el art. 180 del Código de la materia, que dice: 'El militar que ponga mano a una arma ofensiva, o ejecute actos o demostraciones con tendencia a ofender a un superior en empleo o mando, será castigado por este solo hecho con

Págs.

la pena de seis meses a dieciocho meses de prisión militar'. Es entendido que la pena fijada por este artículo debe reducirse en la proporción establecida por el artículo 182, ordinal 1º. El delito de insubordinación y aun de simple desobediencia son materia del Capítulo 2º, Título 4º del Libro III del Código de Justicia Militar; y el delito de agresiones o ultrajes contra los superiores militares, de que trata, entre otros, el artículo 180 arriba copiado, es materia del Capítulo 3º, perteneciente a los mismos título y libro. Esto induce a pensar que ha habido error en la aplicación de la pena por error en la denominación genérica del delito, error este último en que se incurrió desde el llamamiento a juicio hasta la sentencia condenatoria. Como se aplicó la pena de tres a seis años de prisión militar prescrita por el artículo 175 para el delito de ataque a superiores, al tenor del artículo 180, en relación con el 182, lo actuado en este proceso adolece de una causal de nulidad no meramente formal o de procedimiento, sino sustancial o de fondo, y es la contemplada por el ordinal 6º del artículo 3º del Código de Justicia Militar, disposición que dice: 'Da lugar a recurso de nulidad:... 6º Hacer una errónea aplicación de la pena legal'. El artículo 112 dice que: 'en estos casos la Corte resolverá como tribunal de derecho en cuanto a la aplicación de la pena, siéndole prohibido variar la calificación hecha por el consejo de guerra respecto de la culpabilidad o inocencia del acusado'. Podría la Corte reformar la sentencia de primera instancia, en el sentido de variar la pena para imponer la que es jurídicamente aplicable, o sea la de los artículos 180 y 182 del Código de Justicia Militar, siempre que el delito por el cual se llamó a juicio y sobre el cual resolvió el consejo de guerra y se dictó sentencia condenatoria, INSUBORDINACION, y el delito por el cual ha debido llamarse a juicio, ATAQUE A SUPERIORES, estuvieran comprendidos dentro de un mismo género. Pero como están definidos y castigados por diferentes capítulos del código, sería contra las

Pág.

normas fundamentales del procedimiento aplicar la pena por concepto del delito de ataque a un superior, siendo así que el juicio se abrió y se ha surtido en concepto de tratarse de un delito de insubordinación. Condenar por un delito distinto de aquel porque se ha llamado a juicio sería mermar el derecho de defensa; el procesado ha aducido los argumentos que le son favorables para defenderse del delito de insubordinación; no podría sentenciársele por el delito de ataque a un superior sin oír previamente sus descargos sobre ese cargo concreto. Esta causal de nulidad sustancial, 'errónea aplicación de la pena legal', lleva, pues, implícita la necesidad de reponer el proceso por la irregularidad, que en el derecho común es también causal de nulidad, consistente en error en cuanto a la denominación genérica del delito". (Sentencia de la Sala de Casación en lo Criminal, XLII, Nº 1900, septiembre 10 de 1935).....390, 1ª y 2ª. y 391, 1ª y 2ª

OPOSICION A LA ADJUDICACION DE UN TERRENO COMO BALDIO

- Nº 127 -

Véase: BALDIOS.

PACTO COMISORIO

- Nº 128 -

Págs.

En un juicio de reivindicación prefirió el sentenciador los títulos del demandado a los del actor porque estimó que el bien reivindicado había vuelto al dominio del antecesor de aquél en virtud de haberse pactado expresamente la resolución del contrato de venta. Recurrió en casación el actor acusando la sentencia de violación de varios artículos del Código Civil, en cuanto se absolvió al poseedor que no presentó título, pues el Tribunal reputó que sí lo tenía, basado en la condición resolutoria expresa.

"Estudiando el proceso se encuentra que efectivamente el único fundamento que ha tenido el Tribunal para reconocer válido y preferible al del actor el título del demandado, procedente, repítese, de la adjudicación hecha a su vendedor en la partición de bienes de don Antonio Izquierdo, es la estipulación expresa sobre derechos de éste en su citada venta a Obando. Interesa por tanto y ante todo, indagar los efectos de esas estipulaciones y, principalmente, el modo de producirse ellas. Según el artículo 1931 del Código Civil, hoy artículo 1º de la ley 45 de 1930, la cláusula de no trasferirse el dominio de un inmueble sin el pago, no produce otro efecto que el de dar al vendedor la acción alternativa establecida en el artículo 1930, o sea, la escogencia entre la resolución del contrato o el cobro del precio, caso de faltar el pago de éste. La acción alternativa que al vendedor confiere, en su caso, este artículo, es la misma que en general para los contratos bilaterales da el artículo 1546 a la parte para con la cual la otra está en mora. Si en el caso extremo de estipularse lo que previene el artículo 1931 no se produce la resolución de suyo o automáticamente, sino que, como efecto de tan grave estipulación, tan sólo viene el de que el vendedor a quien el comprador le falta en el pago tenga la alternativa antedicha, parece evidente que no pueda llegar a más cuando se limita a expresar en la escritura de venta la condición resolutoria. El mero hecho de expresarse ésta no puede entenderse como generador de aquel efecto. Más todavía: cuando el comprador está en mora y ya el vendedor acabó con la incertidumbre de la negativa porque ya optó por la resolución, aún así las cosas, en ese estado tiene el comprador el derecho de hacer subsistir el contrato pagando, así sea

Pags.

en el breve plazo de horas que le concede el artículo 1937. Nótase de paso que las estipulaciones de la escritura trascrita (Izquierdo a Obando), contienen la misma del posible pago, si no en las dichas veinticuatro horas, sí, al menos, el día del vencimiento del trimestre de que hablan las cláusulas segunda y tercera. Ese artículo 1937 figura en el capítulo correspondiente al pacto comisorio, definido allí mismo (artículo 1935, inciso 2º), en el sentido de que es la misma condición resolutoria de todo contrato bilateral y, por ende, de la compraventa, cuando las partes la revisten de ese detalle: expresarla. Nuestra ley procedimental no tenía reglamentada esta acción, como acontecía con muchos otros derechos que, establecidos en la ley sustantiva, carecían de medio especial de llegar a la efectividad práctica, por lo cual había de recurrirse a juicios ordinarios o a buscar analogías más o menos discutibles. Tal, por vía de ejemplo, con el decreto judicial de posesión efectiva de la herencia, ausente en lo judicial y trascendentalmente presente en el Código Civil. La nueva ley de procedimiento (105 de 1931), interesada en llenar los vacíos de esa clase, estableció lo que rezan sus artículos 1095 y 1096 para la condición resolutoria expresa, o, por mejor decir, para el pacto comisorio, sobre lo cual cabe observar que este artículo 1095 cita expresamente el referido artículo 1937 del Código Civil. Para la retroventa, vinieron allí mismo (Título XXXIV), los artículos 1097 a 1099. Para el caso del artículo 1944 del Código Civil, el artículo 1100 del Código Judicial, etc. Y el artículo 1102 final, de ese título, previene el registro de las respectivas demandas. Sin incurrir en el error de juzgar los casos o analizar las sentencias a la luz de disposiciones legales no promulgadas o no dictadas siquiera cuando aquellos sucedieron, se traen a cuento estas disposiciones del nuevo Código Judicial como una corroboración, —y la más alta— de las precedentes consideraciones de la Corte sobre el modo de producirse los efectos del pacto comisorio. Opina, pues, la Corte,

Págs.

al respecto que, si bien el vendedor puede optar por la resolución del contrato cuando el comprador incurre en mora en el pago del precio y, si bien, optando el vendedor por resolver el contrato y no usando el comprador el derecho de pagar en las veinticuatro horas subsiguientes a la notificación de la demanda, la resolución se produce, no cabe dentro de nuestra legislación conceptuar que ésta sobrevenga de suyo o automáticamente. Por el contrario, los términos del artículo 1937, que inequívocamente habla de DEMANDA, obligan a reconocer que la ley exige que haya una demanda sobre resolución. Y no podría ser de otro modo, aún antes de establecerse el procedimiento creado por los citados artículos 1095 y 1096, porque de no existir aún, antes del código actual y de establecerse un procedimiento especial, no puede deducirse que no fuera indispensable algún procedimiento, algún trámite judicial, siendo así, repítese, que el artículo 1937 habla de demanda y parte de la base o principio de que hay demanda. Y sólo habiendo demanda y una tramitación (ordinaria que fuese, a falta de toda otra), podía haber sentencia, y con ésta, un instrumento anotable en el competente libro de registro, cuya inscripción en éste cancele el título inscrito otorgado al comprador por el mismo vendedor que con la nueva inscripción viene a obtener la tradición consiguiente a la recuperación que hace de su dominio, por virtud de la resolución de la venta que había efectuado. Y así como sin esa cancelación en el registro ha de entenderse en ley que sigue vigente el título inscrito conferido por el vendedor a favor del comprador y ha de seguir apareciendo allí el comprador como dueño, del propio modo y vistas las cosas del lado del vendedor, no puede ser conceptuado éste allí como dueño sin ese título a su favor debidamente inscrito. Por más que se repute o dé por sentado, en cualquier caso dado, que por no haber prueba del pago, el comprador ha faltado en éste, no se está aún por ese solo hecho ante una resolución consumada y efectiva, sino simplemente ante la alternativa de

Págs.

acciones antedicha, que implica, por decirlo así, una perplejidad y una incertidumbre, mientras no haya hecho el vendedor la escogencia, la que no se puede saber por el comprador mismo ni, mucho menos, por terceros, mientras no se haya manifestado en ninguna de las formas en que legalmente y hasta humanamente es indispensable que se manifieste para saberla. Bien que las precedentes reflexiones fundadas en los textos de nuestras leyes, conducen a conceptuar sobre el modo de producirse los efectos de la condición resolutoria expresa tal como la Corte aquí conceptúa, no sobra traer a cuento doctrinas de los expositores que así lo proclaman. Varios se han consultado, en lo relativo al artículo 1656 del Código Civil francés que versa, como el 1937 del nuestro, sobre la condición resolutoria en la compraventa por falta en el pago, y con el cual guarda el nuestro completa analogía. Se recuerda, para mayor claridad, que el artículo 1184 del francés corresponde al 1546 del nuestro, pero tiene un inciso final que dice: 'La resolución debe ser demandada judicialmente y puede concederse al demandado un plazo, según las circunstancias'. De los expositores consultados se escoge por su pertinencia al caso del presente pleito, a Planiol et Ripert en su obra Droit Civil, de la cual se traduce lo que dice bajo el epígrafe 'Cláusula expresa de resolución', tomado del Tomo VI, páginas 603 y siguientes (edición de 1930), lo que pasa a leerse: 'Para evitar la concesión de plazo y una posible apreciación del Juez favorable al deudor, los acreedores se han visto en el caso de insertar en el contrato una cláusula de resolución expresa. El incumplimiento se toma, como otro hecho cualquiera puede tomarse, por constitutivo de condición resolutoria; pero la cláusula produce distintos efectos, según el modo como esté redactada. Su interpretación implica una investigación de la intención de las partes. 1º Si las partes se limitan a estipular la resolución a falta de cumplimiento, el Juez puede ver en ello simplemente la advertencia de la facultad dada por la ley de demandar la resolución. Se necesitará, pues, una demanda y el Juez tendrá los poderes indicados en el estudio del artículo 1184. De ahí que no se encuentre de ordinario semejante cláusula. 2º La cláusula por la cual una de las partes se reserva la facultad de resolver el contrato en faltando el cumplimiento en cierto día fijo, puede interpretarse como que confiere la facultad de resolver por medio de simple declaración de voluntad, sin intervención de la justicia, pero como no obrando o produciéndose la resolución sino el día de la declaración. El Juez no tendría el poder de conceder prórroga; pero el cumplimiento sí podría válidamente ocurrir o verificarse hasta el día de la declaración. 3º La cláusula según la cual la resolución tendrá lugar de PLENO DERECHO manifiesta la voluntad cierta de rehusar a los Tribunales la potestad de conceder prórrogas. Pero los autores estiman generalmente que la resolución supone aún una notificación por el acreedor, porque, según el artículo 1139, la llegada del día no constituye por sí sola al deudor en mora, a menos de haberse estipulado lo contrario; y el artículo 1656, en caso de venta del inmueble en que se haya estipulado la resolución de pleno derecho por falta de pago en el término convenido decide que el adquirente, puede, sin embargo, pagar hasta el día de la notificación. Es asunto de interpretación de voluntad; pero la interpretación más normal es considerar la cláusula como que implica, en todos los contratos distintos de la venta de los inmuebles, que el vencimiento del plazo vale por notificación. En todo caso, después de ésta ya es tarde para cumplir. 4º En busca de mayor seguridad se ha llegado a precisar en la cláusula que la resolución tendrá lugar de pleno derecho y sin notificación o sin formalidad. Preciso es referirla a la estipulación de que tendrá lugar de pleno derecho un mes, por ejemplo, después de que una notificación ha sido infructuosa; es claro que así queda descartada la necesidad de nueva notificación, e impedida la concesión de prórroga. 'En toda hipótesis, y aún

Págs.

Págs.

en presencia de estas últimas cláusulas, la resolución no es automática, en el sentido de que la parte que falta al cumplimiento puede invocarlas para hacer obrar la resolución aún queriendo la otra parte obtener el cumplimiento'. Por otra parte, aquel contra quien la resolución se invoca puede alegar que no ha ocurrido porque la inejecución proviene del acreedor, que ha rehusado las ofertas de cumplimiento. Las cláusulas precitadas no privan al deudor del derecho de oponer la excepción de incumplimiento o una demanda de reconvención, con tal que proceda de buena fe y que en la resolución no se haya incurrido porque sea sobre esta base como él se haya negado antes provisoriamente a cumplir'. El texto transcrito gradúa, pues, las estipulaciones sobre resolución, sucesivamente más exigentes o estrechas; la simple advertencia de resolución, equivalente al silencio, puesto que de suyo se entiende hecha o contenida en todo contrato bilateral, según nuestro citado artículo 1546 y según el 1930 en la compraventa; la resolución expresa o pacto comisorio; la resolución de pleno derecho con renuncia a intervención extraña. Y si bien se ve que aun en este último evento, que es el más grave para el comprador incurso en mora de pagar el precio, es necesario a pesar de todo, una notificación, algo que pueda tomar existencia y anotarse por el comprador mismo y por terceros acerca de la decisión tomada por el vendedor. No se discute a éste, en ninguno de los casos contemplados, el derecho de optar por la resolución si el comprador falta al pago del precio; pero sí se exige que del ejercicio de ese derecho haga alguna manifestación visible o perceptible, y por ende, conocible. Este derecho coexiste con el de insistir en el contrato; la potestad de hacerlo resolver no implica prescindencia suya o carencia de la potestad de hacerlo subsistir y cumplir. Ambas facultades, con derecho de elección, las tiene el vendedor alternativamente. De su decisión debe hacer sabedor al comprador en alguna forma. En el caso extremo de los ya relacionados en la gradación de agravantes ya vista, tampoco puede dejarse de exigir, por hasta físicamente necesaria, la manifestación que el vendedor ha hecho. Absurdo sería, por ejemplo, que por la escogencia de la resolución por la parte vendedora se tomara la inclusión que en el relato de los bienes del vendedor hicieran sus causahabientes, en la causa mortuoria de él, en la cual el comprador no es parte. A lo que se agrega aquí que la partición de bienes en la causa mortuoria del señor Izquierdo vino a hacerse en 1924; que la venta de él a Eudoro Obando fue en 1900 y que el artículo 1938 del Código Civil señala un plazo improrrogable de cuatro años para el pacto comisorio. La primera noticia que viene a tenerse de esa voluntad y consiguiente recuperación del señor Izquierdo es esa que en este proceso consta y la inclusión del lote referido en el inventario de sus bienes en su causa mortuoria, la que es de suponerse ante lo único aquí comprobado, que es la adjudicación de este lote, en la partición de los bienes al señor Izquierdo Toledo.... Se dice que el cargo aquí analizado ya, tal como se ha hecho, prospera, porque la Corte encuentra que, en fuerza de sus conceptos precedentes, hay que reconocer que el Tribunal incurrió en la violación de las disposiciones sustantivas citadas, de que el recurrente lo acusa". (Casación. XLII, Nº 1898, junio 26 de 1935) (1)

Págs.

182, 2ª.
183, 1ª y 2ª,
184, 1ª y 2ª,
y 185, 1ª y 2ª

PACTOS RELACIONADOS CON EL CONTRATO DE VENTA DE BIENES RAICES

- Nº 129 -

En juicio sobre resolución de un contrato de compraventa de bienes raíces sostenía el comprador que había dejado de pagar el precio y que recurrió en casación, que un convenio verificado entre su vendedor y

(1) Concordancia: No. 2339, tomo 1o., Jurisprudencia de la Corte.

Págs.

él debió haberse verificado por escritura pública, por referirse a un inmueble.

"No es aceptable el reparo del recurrente de que, por haberse tratado de compraventa de un inmueble, ese arreglo no pudo valer sino solemnizado por escritura pública. Apenas habrá para qué advertir la diferencia entre la compraventa en sí, que es lo que al tratarse de inmuebles requiere tal solemnidad, y cualesquiera otros contratos o detalles ocurridos por virtud de la compraventa o relacionados con ella". (Casación, XLII, Nº 1900, agosto 6 de 1935). (1) 369, 1ª

PENSIONES CIVILES

- Nº 130 -

Se pidió que se aumentara una pensión de maestro de escuela teniendo en cuenta el sobresueldo concedido por un Municipio.

"Para la Corte es indudable que el espíritu del artículo 2º de la ley 114 de 1913, que ordena hacer el promedio de los sueldos de los maestros en los dos últimos años, para señalar la cuantía de la pensión, fue el de incluír la asignación o remuneración total de los servicios en el ramo de instrucción, sin hacer diferencia entre los sueldos pagados por los Departamentos y los sobresueldos de los Municipios". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLII, Nº 1897, mayo 30 de 1935) 83, 2ª

PENSIONES CIVILES

- Nº 131 -

Un maestro de escuela primaria pretendió completar los años de servicio que para obtener pensión exige la ley 114 de 1913 con los servicios prestados en un colegio privado.

"La ley 37 de 1933 dice lo siguiente en su artículo 3º: 'Las pensiones de jubilación de los maestros de escuela, rebajadas por decreto de carácter legislativo, quedarán nuevamente en la cuantía señalada por las leyes. Hácense extensivas estas pensiones a los maestros que hayan completado los años de servicios señalados por la ley, en establecimientos de enseñanza secundaria'. Es obvio que el inciso 2º de la disposición citada se refiere a los establecimientos de enseñanza secundaria oficiales y fue dictada para corregir la anomalía que existía de que los que prestaban sus servicios al Estado en la instrucción secundaria no gozaban de la gracia y ni siquiera podían acumular sus servicios a los prestados en la instrucción primaria para completar el tiempo exigido por la ley. Los servicios prestados en la instrucción secundaria de carácter privado, están contemplados en la ley 42 de 1933, y para obtener derecho a pensión por ellos es necesario llenar determinadas condiciones y dirigir la solicitud al Consejo de Estado, que es la entidad competente para conocer de estos asuntos... El tiempo de servicio de la peticionaria en el Colegio de Santa Teresa de Jesús del Carmen Viboral no puede aceptarse para completar los años que exige la ley 114 de 1913, porque no está acreditado que se trate de un establecimiento oficial costeado con fondos del erario público, sino que por el contrario, aparece que es un colegio privado, organizado con aprobación oficial para determinados fines". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLII, Nº 1898, junio 18 de 1935) 227, 2ª

PENSIONES CIVILES

- Nº 132 -

Solicitó pensión un individuo que había prestado servicios al Estado durante más de treinta años en empleos nacionales, departamentales y municipales.

"Es verdad que algunos de los empleos desempeñados por el señor González fueron departamentales y municipales, pero ello no obsta para decretar la pensión, porque no sería justo que quienes hubieran prestado servicios civiles a la República pagados con fondos de los erarios seccionales quedasen por esa circunstancia colocados en condiciones

(1) Artículo 1857 del Código Civil.

Págs.

de inferioridad. La Corte afirma una vez más la jurisprudencia que esta entidad sentó en la sentencia de la Sala de Negocios Generales el 18 de diciembre de 1934". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLII, Nos. 1901 y 1902, octubre 22 de 1935) 631, 1ª

PENSION DE EMPLEADO PUBLICO

- Nº 133 -

"Para completar los treinta años de servicios se comprobó que el demandante prestó como telefonista departamental desde noviembre de 1900 hasta agosto de 1903. Este tiempo debe aceptarse, no obstante la doctrina sentada por la Corte en varios fallos sobre que los empleados civiles que tienen derecho a pensión de conformidad con las disposiciones de la ley 29 de 1905, son únicamente los nacionales, no los departamentales ni los municipales, porque además de que se trata de un tiempo relativamente corto, el puesto fue desempeñado durante la turbación del orden público, cuando la Nación por virtud del estado de sitio tenía el control de todos los servicios. .....

...El fallo de primera instancia no dice desde qué día debe pagarse la pensión, cuestión importante de determinar para evitar interpretaciones equivocadas al tiempo de verificar el pago. En concepto de la Sala, la pensión debe pagarse desde la fecha de la presentación de la demanda y no desde la sentencia, porque ésta no crea el derecho, sino que se limita a reconocerlo. Es justo reconocer al demandante la gracia desde que él se dirigió a la autoridad competente para hacer efectivo su derecho, mediante el cumplimiento de las formalidades y requisitos exigidos por la ley. No existe ninguna disposición legal que reglamente lo relativo a la fecha en que deba empezar el pago de las pensiones, con excepción del sueldo de retiro de los militares, que deben pagar desde el día en que se produce. Pero el artículo 421 del C. C. dice que los alimentos se deben desde la primera demanda, disposición que es aplicable por analogía, ya que la pensión viene a ser una gracia que concede el Estado para la subsistencia del empleado que carece de bienes de fortuna". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLII, Nos. 1901 y 1902, septiembre 28 de 1935) (1).. 607, 2ª y 608, 2ª

PETROLEOS

- Nº 134 -

Se presentó una propuesta para explorar y explotar petróleos y hubo oposición, por lo cual el Ministerio de Industrias ordenó pasar el expediente a la Sala de Negocios Generales de la Corte. Poco tiempo después murió el proponente.

"Los asuntos de la índole del que se considera son enviados a la Corte Suprema, de acuerdo con lo previsto en la ley 37 de 1931, artículo 26, para que se falle sobre la oposición u oposiciones presentadas y para que, como resultado del fallo, el Ministerio del ramo pueda adelantar la tramitación de la propuesta y el Gobierno celebrar el contrato en el caso de que el fallo de la Corte le sea favorable al proponente, por haberse decidido que el petróleo es de propiedad de la Nación. El fallo de la Corte fija en el proponente del contrato el derecho a que con él se continúe la tramitación de la propuesta; despeja, por así decirlo, el campo para que, llegado el caso, el Gobierno celebre con él el contrato. Por dos fases puede considerarse que produce efectos en este caso el fallo de la Corte: por lo que toca al proponente del contrato, y por lo que mira a los opositores del mismo. En cuanto a lo primero, la ley (inciso 5º del artículo 26 citado), establece que el Gobierno 'podrá celebrar el contrato respectivo' con el proponente. Para que el Gobierno celebre el contrato, en las condicio-

(1) Acorde con la primera parte de esta doctrina la expuesta en el No. 2382 del tomo 3o. de la Jurisprudencia de la Corte, y en desacuerdo con la del número 3860 del mismo tomo.

nes así previstas, se requiere que haya un PROPONENTE, a quien el fallo se refiera, capaz legalmente de adquirir los derechos y contraer las obligaciones que resulten de este género de contratos. Si el proponente no existe, no pueden, en su oportunidad, fijarse en él tales derechos y obligaciones. Y esto sentado, si el proponente de una propuesta de contrato para la exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional fallece sin haber firmado el contrato respectivo, es inútil, por carencia de objeto jurídico alcanzable, que se adelante una tramitación administrativa de esta naturaleza. Sin que valga la consideración de que debe continuarse tramitando la propuesta por razón de los derechos que el proponente, al fallecer, pueda transmitir a sus causahabientes. Ningún derecho transmisible a sus herederos tiene el proponente de un contrato de exploración y explotación de petróleo de propiedad nacional. El artículo varias veces citado de la ley 37 de 1931, inciso 5º, expresa que 'el Gobierno PODRA CELEBRAR el contrato respectivo', lo que vale tanto como decir que es potestativo del Gobierno celebrar o no el dicho contrato....' En cuanto a los efectos de un fallo de la Corte en relación con los opositores a la celebración de un contrato de exploración y explotación de petróleo de propiedad nacional, ellos son no menos importantes y graves; porque al tenor del numeral citado del artículo 26, ley 37 de 1931, en el caso de una sentencia favorable de la Corte al proponente, le queda 'al opositor vencido el derecho de demandar en juicio ordinario a la Nación, ante el Poder Judicial'. Perdido para el opositor el juicio especial ante la Corte, tiene necesidad, si quiere insistir en la defensa de sus derechos, de demandar a la Nación por la vía ordinaria. Y ante la seriedad de esta consecuencia cabe bien considerar si sería posible deducir tales resultados jurídicamente de una tramitación administrativa o judicial cuando una de las partes ha desaparecido como persona capaz de adquirir y obligarse conforme a la ley...." (Auto, Sala de Negocios Generales, XLII, Nº 1900, julio 19 de 1935)..... Págs. 433, 2ª y 434, 1ª y 2ª

POSESION PARA EL DESLINDE

- Nº 135 -

Ningún privilegio otorga para intervinir en juicios de deslinde. Véase: DESLINDE.

PREMEDITACION

- Nº 136 -

En un proceso por homicidio en que fue condenado el procesado como reo de homicidio premeditado, sostenían el Fiscal del Tribunal y éste mismo al acoger la tesis de aquél, que como el artículo 585 del Código Penal dice que 'el homicidio se presume premeditado', no es indispensable formularle pregunta alguna al Jurado acerca de la premeditación, pues la respuesta afirmativa respecto de la voluntad con que se cometió el homicidio incluye, en virtud de la presunción legal, la premeditación. Se acusó el fallo por la cuarta causal, por estar en desacuerdo con el veredicto del Jurado.

"No encuentra la Corte que del veredicto del Jurado, de cualquiera de los veredictos irregularmente provocados, pueda deducirse que alguna vez declaró la existencia de premeditación. Si se aceptara la teoría del Tribunal sentenciador, de que no es indispensable proponerle al Jurado la pregunta sobre premeditación, por cuanto la respuesta afirmativa acerca del homicidio simplemente voluntario incluye la premeditación, entonces sí podría pensarse que los autos del Tribunal lograron cerrar al Jurado o, al menos, obtuvieron un tácito veredicto de premeditación. Pero tal teoría del Tribunal sentenciador es inaceptable. Verdad es que un artículo del Código Penal presume premeditado el homicidio en general; pero en primer lugar, el mismo artículo que establece la presunción, agrega o explica: 'siempre que no se pruebe O RESULTE que pertenece a otras de las clases que reconoce la ley'; y en segundo lu-

Págs.

gar, la presunción, como simplemente legal que es, reza con los jueces de derecho pero no con el Jurado, tribunal de conciencia que juzga y falla verdad sabida y buena fe guardada y que, por consiguiente, no está sometido a tarifa de pruebas. Y la presunción de premeditación del homicidio es una regla que típicamente atañe a la tarifa de pruebas. Por cierto que filosófica y jurídicamente el valor de la presunción es bien discutible: en todo caso es incuestionable que el Jurado no está sometido a dicha presunción o modalidad de la tarifa de pruebas. No sería psicológicamente admisible que se tuvieran como contestados por el Jurado hechos o circunstancias sobre los cuales no se le haya interrogado, pues en caso contrario, la decisión de los jueces de hecho podría ser así como obtenida por sorpresa; persuadido el Jurado de haberse pronunciado en cierto sentido o sobre determinados hechos, sería anómalo que en seguida pretendiera el juez demostrarle que dijo cosa distinta de lo que expresó en el veredicto sobre determinada prueba expresa y concreta. Los jurados, que son o conviene que sean extraños a la burocracia forense, no tienen por qué pensar que al decir ellos: 'Pedro mató voluntariamente', el juez de derecho traducirá a su arbitrio: 'Pedro mató voluntaria y premeditadamente'. Aceptando la tesis del Tribunal sentenciador, y aplicándola rigurosamente, habría que llegar a otra conclusión que demuestra AD ABSURDUM lo erróneo de tal teoría: el artículo segundo del Código Penal dice. 'En toda violación de la ley se supone voluntad y malicia, mientras no se pruebe o resulte claramente lo contrario'. Ahora bien: siendo ésta una presunción legal, no habría por qué preguntarle al Jurado si el acusado es responsable de haber dado muerte voluntariamente a X; bastaría preguntarle si es responsable de haberle dado muerte. Como se ve, extremando así la tesis resultaría anulada la institución del Jurado. Si a éste debe interrogársele sobre el factor o elemento VOLUNTAD, que debe tenerse generalmente como esencial o constitutivo del delito, con mucho mayor razón será necesario interrogarlo sobre el elemento PREMEDITACION, que es una circunstancia verdaderamente MODIFICADORA, en el sentido de que dentro del sistema de la actual legislación colombiana, por sí sola constituye o erige una especie particular de delito dentro del género de homicidio. Además, la premeditación es un hecho, hecho anímico o psicológico, pero HECHO, sujeto por excelencia al fallo del juez y tanto más, al fallo del juez de conciencia que dictamina sobre el fenómeno responsabilidad. Si se examinan los veredictos irregularmente obtenidos en este proceso, se verá que en ninguno de ellos afirmó el Jurado la existencia de la premeditación; y por el contrario, en el primero que expidió y aunque la pregunta al respecto se le propuso de manera exótica, negó la premeditación al propio tiempo o sobre el mismo cuestionario en que negó las circunstancias de asesinato. Pero en el peor de los casos para el procesado, y aún suponiendo que no existiese dicha negativa, es indudable que el Jurado en ninguna parte ha declarado de manera expresa y afirmativa la existencia de la premeditación. De suerte que contemplada por este aspecto la cuarta causal de casación, la Corte encuentra que tiene fundamento y así habrá de declararlo". (Casación, XLII, Nº 1898, agosto 2 de 1935) ..... 211, 2ª y 212, 1ª

Págs.

PRESCRIPCION

- Nº 137 -

En juicio de reivindicación en que recurrió el actor de la sentencia del Tribunal alegó en casación que el hecho de alegar los demandados la prescripción equivalía a reconocer implícitamente el derecho de propiedad del actor y al no reconocerlo así el sentenciador, había violado los artículos 1769 del Código Civil y 607 del Código Judicial.

Págs.

"El hecho de que los demandados alegaran la prescripción no es prueba de que reconocieran que el dominio del inmueble no estaba radicado en ellos sino en la sucesión de Casimiro Espinosa. Todo demandado, por muy seguro que esté de su derecho, puede proponer la prescripción como medida de prudencia y de seguridad, sin que por el hecho de proponerla se entienda que tácitamente reconoce fundamento a la demanda. Esto no es una confesión, según los artículos 1769 del Código Civil y 607 del Código Judicial, como lo pretende el recurrente. Es vana esta causal". (Casación, XLII, Nº 1899, agosto 2 de 1935) .....

PRESCRIPCION CONTRA LA NACION

- Nº 138 -

Se libró un mandamiento de pago en vía ejecutiva el año de 1922 por la agencia de ejecuciones fiscales, y fue notificado el auto en 1934. Se opuso la excepción de prescripción de la acción ejecutiva contra la Nación.

"....El señor Procurador General de la Nación, en su vista de catorce de marzo pasado, pidió que se declare probada la excepción propuesta y adujo estas razones como fundamento de su solicitud: 'El artículo 257 del Código Fiscal establecía que los créditos activos del Tesoro se extinguen por prescripción de treinta años, pero esta disposición fue derogada por el artículo 81 de la ley 42 de 1923, y como en ella no se estableció un plazo de prescripción diferente, debe entenderse que quedaron regidos por los preceptos del derecho común, según el cual la prescripción de la acción ejecutiva se cumple en diez años (art. 2536 del C. C.). El artículo 41 de la ley 153 de 1887 establece que: 'La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o la segunda, a voluntad del prescribiente; pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que la ley nueva hubiere empezado a regir'. Como en el caso presente el señor Trujillo se ha acogido a la ley 42 de 1923, los diez años sólo se pueden contar desde que esta ley empezó a regir, es decir, desde el 1º de septiembre de 1923 (artículo 82, ley 42 de 1923). Ahora bien: dicha prescripción quedó suspendida al notificar el mandamiento ejecutivo (artículo 2539 del C. C.), es decir, el día 18 de julio de 1934), (folio 57).

Pero como entre 1º de septiembre de 1923 y el 18 de julio de 1934 transcurrieron más de diez años, y el ejecutado ha propuesto la excepción perentoria de PRESCRIPCION, estimo que dicha defensa debe declararse probada'. La Sala encuentra fundadas las observaciones del señor Procurador, y por consiguiente, estima que es el caso de declarar probada la excepción. Conforme al artículo 1098 del antiguo Código Judicial, no se permitía proponer la excepción de prescripción en las ejecuciones por jurisdicción coactiva. Pero como en el Código actual no se estableció la limitación, debe entenderse que la excepción de prescripción tiene cabida en esta clase de juicios. Así lo ha resuelto la Corte en casos análogos, lo mismo que se ha señalado en diez años el tiempo para la prescripción de la acción ejecutiva, siguiendo las reglas generales del derecho común. No hay razón alguna, como lo estimó la Comisión que estudió el Código Judicial, para que a los deudores del Fisco no los amparen los mismos derechos que a los ejecutados por individuos particulares para alegar toda excepción en virtud de la cual puedan considerar su deuda extinguida, o inexistente o sin causa". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLII, Nº 1898, junio 21 de 1935) 345, 2ª

Págs.

228, 2ª y 229, 1ª

PRESCRIPCION DE LA ACCION EJECUTIVA CONTRA LA NACION

- Nº 139 -

Firmado un documento en 1903 y exigible en ese mismo año, solamen-

Págs.

te fue reconocido por el ejecutado en 1921. El auto ejecutivo se profirió en 1934. Se opuso la excepción de prescripción extintiva de la acción ejecutiva iniciada por el Juez 1º Nacional de Ejecuciones Fiscales.

"El Código Fiscal de 1873 nada disponía sobre la extinción de los créditos de la Hacienda Nacional contra sus deudores por medio de la prescripción, y la negaba tácitamente, en los términos de su artículo 1250, que decía: '....Pero unificada la legislación nacional por la ley 57 de 1887, pudieron los deudores de dicha Hacienda haber comenzado a obtener la prescripción como medio de extinción de sus obligaciones, merced a que el Código Civil, que tiene una preferente aplicación al Fiscal, de conformidad con el artículo 5º de la misma ley 57, dispone en su artículo 2517 que 'las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente en favor y en contra de la Nación....', y en el 2536, que 'la acción ejecutiva se prescribe por diez años, y la ordinaria por veinte'. Pero la ley 61 de 1905 revivió expresamente el copiado artículo 1250 del Código Fiscal, estableciendo en su artículo 30 los mismos modos de extinción de los créditos activos de la Hacienda Nacional, que el 1250 instituía; de manera que esa ley tácitamente excluyó el modo de la prescripción que para esa clase de créditos existía desde la unificación de la legislación nacional en 1887, porque siendo especialísima, y determinando taxativamente los modos de extinción, de los cuales quedó excluída la prescripción, ésta no podía verificarse bajo su vigencia. Vino luégo la Ley 110 de 1912, actual Código Fiscal, que dispuso en su artículo 257 que podía verificarse la extinción de los créditos activos del Tesoro por la prescripción de treinta años. Este artículo fue derogado expresamente por el 81 de la Ley 42 de 1923; de modo que se volvió a entrar en el derecho común en cuanto a la extinción de los créditos activos del Tesoro Nacional por medio de la prescripción, o sea que a ellos les es aplicable lo dispuesto en los artículos 2517 y 2536 del Código Civil. Por consiguiente, hoy esos créditos prescriben por el lapso de diez años en cuanto a la acción ejecutiva, y en veinte en cuanto a la ordinaria. El excepcionante no dijo de un modo expreso en su memorial de excepciones, que se acogía a la ley nueva ni a la antigua, para los efectos en el artículo 41 de la Ley 153 de 1887. Mas hay que aceptar que se acogió de modo expreso a la última ley, por la siguiente razón: El señor Procurador General de la Nación expresó, en su vista, que el artículo 257 del actual Código Fiscal quedó derogado por el artículo 81 de la Ley 42 de 1923, que entró a regir el primero de septiembre de este año; y agrega: 'A partir de esa fecha vino a quedar en vigor para los créditos activos del Tesoro, la disposición general del artículo 2536 del Código Civil, conforme a la cual, la acción ejecutiva prescribe por el transcurso de diez años. (Véase artículo 2517 del Código Civil). De acuerdo con lo anterior, el primero de septiembre de mil novecientos treinta y tres, fecha en que dejó de regir el artículo 253 del Código Fiscal, no se había consumado aún la prescripción de treinta años que consagraba esta disposición. Esto hace aplicable al caso actual lo establecido en el artículo 41 de la Ley 153 de 1887.' De modo que el señor Procurador expresamente acoge la prescripción establecida en la última ley o sea la 42 de 1923. Y como el excepcionante, una vez conocido el transcrito concepto, se acogió a él expresamente por memorial de dos de marzo de este año, es necesario concluír que expresamente también eligió la susodicha Ley 42. Por consiguiente, contando el término de la prescripción desde el primero de septiembre de mil novecientos veintitrés hasta el diez y siete de julio de mil novecientos treinta y cuatro, fecha en que se libró la orden de pago, la acción ejecutiva está prescrita, por el transcurso de más de diez años". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLII, Nº 1897, mayo 20 de 1935).....

Págs.

75, 2ª, y 76, 1ª y 2ª

Págs.

PRESCRIPCION DEL DERECHO AL USO DE LAS AGUAS

- Nº 140 -

Véase AGUAS.

PROCESO MILITAR

- Nº 141 -

Decían los defensores de los reos recurrentes ante la Corte en un proceso militar, que como los condenados desistieron de su intento delictuoso de robo después de haber sacado los objetos porque los dejaron en otro sitio de la casa donde se hallaban guardados, se trataba de una simple tentativa no punible y que por eso debía reformarse la sentencia del Consejo de Guerra.

"No puede negarse que los señores defensores plantearon hábilmente su argumentación sobre tentativa con desistimiento voluntario. Pero como la Sala no está resolviendo el asunto con carácter de Corte de Casación sino como tribunal de segunda instancia 'sui generis' para procesos militares por virtud de la Ley 84 de 1931, tiene que limitar su estudio de acuerdo con lo que dispone el artículo 112 de dicha ley, que dice: '.....La Corte resolverá como tribunal de derecho en cuanto a la aplicación de la pena, siéndole prohibido variar la calificación hecha por el consejo de guerra respecto de la culpabilidad del acusado'. Si la Corte, al revisar el fallo del consejo de guerra, decidiese que los procesados no son responsables por cuanto apenas incurrieron en una tentativa y que desistieron de ella voluntaria y manifiestamente, variaría con ello la declaración de responsabilidad, o sea la calificación hecha por el consejo de guerra respecto de la culpabilidad o inocencia del acusado', contra lo que previene la ley. Como lo observa el señor Procurador General de la Nación, 'el artículo 111 citado señala como motivo de nulidad hacer una errónea aplicación de la pena legal, cosa diferente, pues esto se refiere a la pena que corresponda según el propio veredicto del consejo de guerra, y la Corte está facultada para corregir el error'. (Sentencia de la Sala de Casación en lo criminal, XLII, Nos. 1901 y 1902, febrero 28 de 1936). (1)..... 529, 2ª

Págs.

PRUEBA SUPLETORIA

- Nº 142 -

No se demostró legalmente la defunción de una persona, pero se pretendía que con la prueba supletoria había quedado comprobada la defunción.

"Cierto es que la ley admite la prueba supletoria para probar el estado civil de las personas, pero no 'ad libitum'; es indispensable que se compruebe la falta de las respectivas partidas civiles o eclesiásticas, del registro del estado civil, cosa que no sucede en el presente caso, puesto que no se ha demostrado la falta de la partida de defunción de Parra....." (Casación, XLII, Nº 1897, septiembre 20 de 1935). (2)..... 135, 2ª

R

RAPTO

- Nº 143 -

Alegaba el recurrente reo del delito de rapto, que la raptada era una mujer pública.

"En el supuesto de que estuviese comprobado el hecho —que no lo está— de que la Ascanio fuera una mujer pública, la aseveración de que el rapto en este caso tenga características especiales que impliquen variaciones en el modo de llamar a juicio y de plantear las preguntas al jurado, es improcedente, desde luego que la

(1) Concordancia: véase la doctrina expuesta en el número 3159 del tomo 3o. de la Jurisprudencia de la Corte.

(2) Artículo 395 del Código Civil. Concordancias con la doctrina citada: Números 1508, tomo 1o. Jurisprudencia de la Corte, 1546, tomo 3o.

Págs.

Ley penal al sancionar el rapto, o sea la mera sustracción violenta de una persona de una parte a otra para hacerle daño, no establece en el delito mismo especificaciones que dependan de la condición de la persona sustraída. Lo que el Código sanciona en menor escala cuando se trata de mujeres públicas, son los simples ultrajes contra el pudor, que es bien distinto." (Casación, XLII, Nº 1900, octubre 4 de 1935) .....

REBAJA DE PENA POR AUXILIO A LA VICTIMA EN DELITOS DE HOMICIDIO

- Nº 144 -

Un hombre hirió mortalmente a una mujer; como se doliera por verla herida pidió que se llamara médico y a un confesor y con una sábana le vendó la herida. Fallecida la mujer fue condenado a nueve años de presidio. En casación se alegó mala aplicación de la ley penal, pues decía el recurrente que debió aplicarse el artículo 622 y no el 600 del Código Penal.

"En la aplicación de la pena impuesta a Alberto Ortiz por el homicidio voluntario de Elvira Bautista, la ley estuvo mal aplicada por el Tribunal, en cuanto dejó de hacerse la reducción de la cuarta parte de que habla el artículo 622 del Código Penal, y, por tanto, debe prosperar la causal de casación alegada, o sea la del numeral 1º del artículo 3º de la Ley 118 de 1931. Menguado fue el socorro que prestó el homicida Alberto Ortiz, en el momento del crimen, a la desventurada muchacha a quien inopidamente sacrificó de manera por demás execrable; pero es lo cierto que, como acertadamente lo anotan el recurrente y el señor Procurador, la ley penal no determina la clase o forma de auxilio que haga merecer aquella rebaja y en esas condiciones, cualquiera que éste sea, preciso es tenerlo en cuenta, habidas las circunstancias, en veces críticas, de modo, tiempo y lugar. No es aventurado pensar que el espíritu de la ley confronta más bien el elemento subjetivo del arrepentimiento inmediato". (Casación, XLII, Nos. 1901 y 1902, marzo 18 de 1936). 548, 2º

Págs.

RECURSO DE CASACION

- Nº 145 -

Se negó un recurso de casación porque, según el Tribunal, el actor fijó en novecientos pesos la cuantía del juicio. La Corte, al declarar admisible el recurso en virtud del de hecho intentado, sentó esta doctrina:

397, 2º

"Es el valor venal de las cosas reclamadas en este juicio de reivindicación el que debe tenerse en cuenta para conceder la interposición del recurso de casación, según se infiere de lo dispuesto en el artículo 519 del Código Judicial". (Auto, XLII, Nº 1897, mayo 18 de 1935) ..... 9, 1º y 2º

RECURSO DE CASACION

- Nº 146 -

La parte demandada presentó su demanda de casación en Medellín y fue recibida en la Corte antes que hubiera empezado a correr el término que le señaló al recurrente demandante para fundar el recurso.

"A pesar de cualquiera doctrina en contrario, la Corte considera que el recurso fue fundado oportunamente. En efecto, la ley señala dos momentos en orden al recurso de casación: uno para 'interponer' el recurso, que no puede ser antes de la publicación del fallo ni posterior al último de los quince días siguientes al que quede surtida a todas las partes su notificación, o la del auto recaído a la solicitud que se haga sobre aclaración o adición del mismo (artículo 521 del C. J.); y otro para 'formular la demanda de casación' que no puede exceder del último de los treinta días hábiles del traslado a la parte recurrente (artículo 532, C. J.) Los dos términos, el de la interpretación y el de la fundación del recurso, son fatales para el interesado si el trabajo se presenta después del respectivo término, pero el que

Págs.

se da para fundar el recurso no es obstáculo para que desde antes y aún durante el término para la simple interposición, se haya presentado la demanda, pues la garantía para el opositor, o para el recurrente cuando lo hay, en nada se merma, con tal de que a su tiempo pueda conocer las causales de casación, las cuales, por lo que respecta a la Corte, se presentan así con más anticipación para el estudio y meditación de los fines del recurso". (Casación, XLII, N° 1899, julio 5 de 1935) (1). 308, 2ª

RECURSO DE CASACION EN MATERIA CRIMINAL

- N° 147 -

Fue condenado un individuo a la pena de tres años de presidio por robo y como hubiese sido condenado anteriormente por delito contra la propiedad se le impuso, además, la pena de relegación por tres años a una colonia penal y agrícola. Interpuso casación. Dijo la Corte:

"No se ve que estuviera obligado el Tribunal a conceder el recurso de que se trata, desde luego que el recurso de casación se ha establecido para las sentencias definitivas que impongan una pena homogénea de seis o más años; y que el Juez 1° del Circuito de Medellín sólo impuso la pena de tres años y diez meses a Luis Eduardo Arangó por los delitos de que se le sindicó, pues la relegación a una colonia penal y agrícola no puede en manera alguna acumularse a la primera para que de la suma le resulte un guarismo mayor de seis años, ya que la primera pena es de presidio y la relegación es una accesoria de naturaleza distinta, impuesta para casos de reincidencias a los delincuentes inveterados o habituales cuando no haa logrado las sanciones penales sufridas antes de producir la enmienda o regeneración de determinados criminales....." (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, XLII, N° 1898, julio 11 de 1935)..... 195, 2ª

RECURSO DE CASACION EN MATERIA CRIMINAL

- N° 148 -

Tanto el defensor del reo como el acusador particular en un proceso por homicidio interpusieron recurso de casación contra la sentencia del Tribunal.

"..... En opinión de la Sala, la acusación particular en los procesos criminales no tiene derecho al recurso de casación que consagra la Ley 78 de 1923." (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, XLII, Nos. 1901 y 1902, marzo 18 de 1936)..... 550, 1ª

REIVINDICACION

- N° 149 -

Había alegado el demandado en juicio de reivindicación que era necesario para identificar la finca reivindicada un juicio previo de deslinde.

"El juicio de deslinde tiene por objeto la fijación de la raya que separa dos propiedades, pero esa acción no es indispensable como cuestión previa para que se pueda entablar y pueda prosperar un juicio de dominio, puesto que, como ya quedó expresado, hay muchos medios probatorios para establecer la identidad de una finca que es base de la acción reivindicatoria". (Casación, XLII, N° 1900, agosto 21 de 1935).. 377, 1ª

RENUNCIA DE LA FIANZA

- N° 150 -

Véase FIANZA.

REPRESENTACION ACTIVA DE LA HERENCIA EN JUICIO

- N° 151 -

Mercedes Fernández, viuda de Ospina, demandó a Camilo Antonio Shrader para que se le condenase a

(1) En desacuerdo con esta doctrina se halla la que contiene el número 2106 del tomo 2° de la Jurisprudencia de la Corte, y las de los números 3321, 3324 y 3325, tomo 3°

Págs.

pagar cierta suma de dinero a la mortuoria de su esposo, a la cual creía la actora representar. Como perdiese el pleito porque el Tribunal consideró que la cónyuge sobreviviente no tiene la representación activa de la herencia en juicio, recurrió en casación acusando el fallo de violación del artículo 1155 del Código Civil, por primera causal. Dijo la Corte:

"La demandante, pues, consideró que su solo carácter de viuda le daba interés jurídico en la que llama mortuoria y la facultad de representarla en juicio, y si bien dejó constancia en el hecho segundo de que también quedaron hijos, no asumió su representación en uso de la patria potestad, ni los hizo parte en el juicio al trabarse la litis. El Tribunal consideró que la sola calidad de cónyuge sobreviviente no le confería la representación activa de la herencia en juicio, y menos habiendo descendientes legítimos. 'La cónyuge habla en calidad de tal, dice textualmente el Tribunal, y no como representante legal de sus hijos, que si éste fuera el caso no habría dificultad. La cónyuge sobreviviente es heredera cuando concurre con ascendientes legítimos, los hermanos del cónyuge muerto o con los hijos naturales del mismo'. Como se ve por la anterior confrontación de los hechos y del derecho pertinente, el Tribunal no aplicó indebidamente los artículos 1046, 1047, 1048 del Código Civil, los cuales son los que determinan los casos en que la cónyuge sobreviviente es asignataria a título universal, al igual de las personas que con ella concurren entonces a suceder al causante, que el artículo 1011 denomina herederas y que le representan para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles conforme al artículo 1155 del mismo Código, que es la única disposición que el recurrente cita como indebidamente aplicado. El Tribunal hubiera aplicado indebidamente esas disposiciones si la viuda demandante hubiera asumido en la demanda la representación de sus hijos menores y en uso de la patria potestad los hubiera hecho parte en el juicio como herederos. Pero, como se ha visto, ella consideró que su sola calidad de cónyuge sobreviviente le daba la representación de la herencia y por lo mismo, según sus palabras, 'interés en la mortuoria'. El recurrente se extraña de que constituyendo la herencia ilíquida una comunidad de hecho donde la viuda tiene interés para reclamar, por ejemplo, gananciales o porción conyugal, y por tanto lo que él llama 'interés común de la familia', no se le concedan al cónyuge sobreviviente los derechos que en cuanto a la personería para defender los comunes intereses se da a los herederos. Al expresarse así el recurrente alude a la circunstancia de que en este juicio ordinario cobra una deuda que, al ser reconocida a la sucesión, aprovecharía no sólo a la sociedad conyugal sino también a los herederos y de que habiendo ella llevado el pleito vengan todos a perderlo por su falta de personería. La Corte considera que el interés común a que se refiere el recurrente, tanto en la separación de patrimonios cuando el del causante está confundido con bienes pertenecientes a personas por razón de bienes propios, gananciales de cónyuge, contratos de sociedad, sucesiones anteriores indivisas (artículo 1398 del Código Civil), como en acrecentar los de la comunidad de hecho con la inclusión de bienes por reclamar, se satisfacen suficientemente mediante el ejercicio de acciones que la ley y la jurisprudencia han fijado de manera clara y que así, en el caso presente, el interés de la viuda estaría en reclamar para la sociedad conyugal que tuvo con su extinto marido, o para la sucesión en nombre y representación de sus hijos menores, sobre quienes ejerce, como ya se ha dicho, la patria potestad. El Tribunal no desconoció esa situación jurídica abstracta sino que halló que la demandante no se colocó dentro de ella". (Casación, XLII, Nº 1897, mayo 13 de 1935). (1) . . . . 8, 1ª y 2ª

Págs.

(1) Concordancias: Nº 3823, tomo 3º, Jurisprudencia de la Corte.

Págs.

REQUERIMIENTO

- Nº 152 -

No constituye requerimiento legal para la presentación de un escripto fiado la notificación hecha por bando. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLII, Nº 1898, agosto 14 de 1935). 236, 2ª

RESCISION POR DOLO

- Nº 153 -

Elvira Yanguas, por medio de apoderado, demandó a Ricardo Yanguas y a Manuel María Garcés y Hernando Calcedo, compradores de lo que aquél les vendió, para que se declarase rescindida por dolo la venta de los derechos herenciales que en determinado juicio de sucesión le hizo la actora a Yanguas. Se comprobó en el juicio que la vendedora era una anciana que sufría demencia senil, que el precio fue ínfimo, que el comprador obró a espaldas de los hijos de la vendedora, etc. Como se resolviese el pleito de acuerdo con lo pedido en la demanda recurrió en casación el actor y la Corte halló que estaba comprobada la segunda causal, por haberse fallado una acción no ejercitada por los litigantes. En los razonamientos del fallo de instancia dijo la Corte:

"La maniobra dolosa de Ricardo Yanguas aparece integrada por cuatro factores: a) La incapacidad por causa de demencia de Elvira Yanguas. Las relaciones que mediaron entre ella y Ricardo Yanguas, dado el vínculo de consanguinidad que los unía, hace presumir el conocimiento intuitivo, por parte de éste, del estado mental de su hermana. Esta última circunstancia fue confesada por él en posiciones; b) El precio irrito de la compraventa y la falta de su pago, también confesada por el comprador en posiciones. Tiberio Rodríguez o Yanguas murió el 10 de septiembre de 1925. En uno de los hechos del libelo se dice que Ricardo Yanguas tomó la administración de los bienes relictos, lo cual, salvo prueba en contrario, se presume a causa de lo dispuesto en el artículo 1297 del Código Civil. A consecuencia de la administración, Ricardo Yanguas, necesariamente, se enteró del valor venal de los bienes herenciales. El 3 de febrero de 1927, el demandado vendió en dos mil quinientos pesos ($ 2.500.00) una cuota del derecho hereditario adquirido de Elvira; c) El haber manifestado Ricardo Yanguas a Rubén Byron, Juan Bautista y Eleuterio Diago que el móvil determinante de la compraventa era obtener la representación de Elvira Yanguas para facilitar la liquidación de la sucesión; d) El haber hecho Ricardo Yanguas la negociación a espaldas de los hijos de Elvira Yanguas y haber aprovechado la ausencia de Primitivo, hijo de ésta, para el otorgamiento de la escritura pública. En este pleito no se ha tachado de falso el instrumento público en donde consta la compraventa. La fuerza probatoria especial que el artículo 1759 del Código Civil asigna a las escrituras públicas, no abarca la sinceridad de los actos ejecutados por las partes ante el Notario y los testigos actuarios, ni las apreciaciones que haga este funcionario sobre el estado de las facultades mentales de los otorgantes. El Notario 1º de Cali depone que él se presentó con la minuta escrita y acompañado de Ricardo Yanguas y los testigos actuarios en la habitación de Elvira Yanguas, a quien encontró enferma en la cama. Otros testigos relatan que estaba sola en ese momento.....

Leyó el funcionario la escritura, preguntó a los interesados su conformidad, y como no observara incapacidad mental en Elvira Yanguas, se firmó el instrumento. En autos figura un documento privado en el cual consta el contrato de mutuo que el 17 de junio de 1926 celebraron Rubén Byron, como mutuante, Elvira y Ricardo Yanguas, como mutuarios, por setenta y tres pesos. En ese documento se declara que la compraventa de los derechos hereditarios fue un acto de confianza. Dada la incapacidad absoluta de Elvira Yanguas, no se puede considerar que el contrato fue simulado, porque sin

Págs.

consentimiento la simulación no existe. Por consiguiente, ese documento es sólo un elemento más para establecer el dolo por parte de Ricardo Yanguas". (Casación, XLII, Nos. 1901 y 1902, agosto 27 de 1935) ... 472, 2ª, y 473, 1ª

RESTITUCIONES MUTUAS

- Nº 154 -

En juicio sobre nulidad de la venta que hizo el demandado de un bien que creyó desembargado en la mitad, pero que realmente estaba embargado en su totalidad, alegó el demandado recurrente en casación que el sentenciador había violado los artículos 1525 y 1746 del Código Civil, por cuanto, decía, al declarar el Tribunal que Juan Pablo Ruiz no era dueño de la mitad de la finca en un fallo sobre nulidad de una compraventa, le daba a esa nulidad un efecto distinto del que establece el artículo 1746 citado.

"La Corte considera que el Tribunal, al sacar, de la declaración de nulidad de la escritura 645, la consecuencia de que Juan Pablo Ruiz no es dueño de la mitad de la finca de Naranjal, no violó ni el artículo 1525 ni el artículo 1746. No violó el primero porque éste se limita a prescribir que 'no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas' y el Tribunal nada dispuso ni tenía que disponer sobre el derecho que le asistiera, en este caso, al comprador para repetir lo pagado. No violó tampoco el artículo 1746, que reglamenta las restituciones mutuas consiguientes a la declaratoria de nulidad de un acto o contrato, pues tales restituciones cabalmente presuponen, cuando se trata, como aquí, de una compraventa, que, precisamente por haber sido nulo el contrato, no adquirió el comprador como consecuencia de él, la propiedad de la cosa. Y por no haber adquirido el comprador tal propiedad es por lo que hay lugar a las restituciones mutuas. En otros términos: la declaratoria de nulidad, en un caso como el que se estudia, contiene en sí la afirmación de que no hubo compraventa ni por consiguiente transferencia de propiedad, por lo cual surge la necesidad de las restituciones mutuas cuando el contrato ha tenido o comenzado a tener ejecución, y, por lo cual, también, uno de los textos siguientes, el 1748, le da al vendedor, en un contrato declarado nulo, la acción reivindicatoria que presupone en el titular de ésta la calidad de propietario de la cosa". (Casación, XLII, Nº 1898, junio 21 de 1935) ... 170, 2ª

REVISION EN LO CRIMINAL

- Nº 155 -

Se pretendía la revisión de un proceso para que se examinasen de nuevo las declaraciones de los testigos que depusieron sobre los hechos que sirvieron para la condenación del procesado.

"..... Así las cosas, la Sala no halla mérito para aceptar el primer motivo de revisión alegado por Sotelo; pues este recurso dista mucho de constituir una tercera instancia, con apreciación nueva de los mismos factores que obraron en la determinación del Tribunal, tesis que comparte el señor Procurador. En opinión de la Corte, el numeral 3º del artículo 1º de la Ley 33 de 1909, no puede interpretarse sino en el sentido de que, con notoria posterioridad al fallo de cuya revisión se trate, surja nítidamente la prueba respecto de la falsedad de alguno de los elementos que se estimaron en el juicio, y de modo que autorice a pensar que sin ese factor, otro hubiera sido el resultado de la causa. Pero en materia de revisión, la posterior apreciación en la Corte del pro y el contra de las pruebas que sirvieron de base a una sentencia de segunda instancia, implicaría la completa desnaturalización de este incidente procesal, otorgado por la ley como recurso extremo. En cuanto al motivo 5º no aduce el recurrente, y menos se revela, hecho alguno nuevo, ni comprobantes o documentos no conocidos a tiempo de los debates, capaces de es-

tablecer la inocencia o irresponsabilidad del condenado. Ya se ha dicho que Sotelo no hace sino volver a plantear la discusión sobre los elementos que en las dos instancias se conocieron. Tampoco estima la Corte que en el caso actual se presenten indicios graves — como lo cree el señor Procurador — sobre la inocencia o irresponsabilidad de Sotelo; porque la ley, al hablar de estos indicios, también se refiere, sin duda, a factores de aparición posterior al fallo cuya revisión se intenta, y no a los propios elementos favorables al acusado que en las instancias se valoraron, y que allí se hallaron ineptos para desvirtuar los elementos de prueba aducidos en su contra. La interpretación contraria conduciría al mismo resultado inaceptable y que en abstracto rechaza el señor Procurador, de convertir el recurso de revisión en una tercera instancia contra las sentencias de los Tribunales". (Sentencia, XLII, N° 1898, agosto 19 de 1935). (1) .....

Págs. 220, 2ª y 221, 1ª

REVISION EN LO CRIMINAL

- N° 156 -

Se alegaba como fundamento de la solicitud de revisión de un proceso el que el delito no había sido comprobado.

"En el natural anhelo por evadir o acortar el cumplimiento de las penas impuestas por sentencia judicial, suelen el sentenciado o las personas que por él se interesan, forjarse la idea ilusoria de que el recurso de revisión consiste en un nuevo estudio del proceso ya fenecido, que se supone puede emprender la Corte si se le presenta una solicitud acompañada de papeles o pruebas más o menos pertinentes, aunque sólo se reduzcan para darle a la Corte un mero pretexto que le permita efectuar el nuevo estudio del proceso. Idea errónea, porque no es potestativo de la Corte reabrir procesos judiciales sino en los casos limitativamente previstos por la Ley 33 de 1909 sobre revisión; y porque ésta no consiste en el nuevo estudio que la Corte haga del proceso, sino en el estudio de los hechos o los documentos 'nuevos', o, como dice la causal invocada en este expediente, documentos o comprobantes 'no conocidos al tiempo de los debates'. El artículo 6° de la precitada ley dice: 'Si el fallo de la Corte ordena la revisión de la causa, el nuevo proceso se seguirá en un juzgado o Tribunal distinto del primitivo, que designará la Corte misma'. Esto quiere decir que a la Corte le compete ordenar la revisión del proceso, cuando sea el caso de hacerlo; pero la revisión misma, es decir, 'el nuevo proceso', no se surte ante la misma Corte sino ante el Tribunal o juzgado que ella designe. La estabilidad de los fallos judiciales, el respeto por 'la cosa juzgada', imponen la necesidad de que para reabrir un proceso, hecho grave y trascendental en la administración de justicia, haya graves razones provenientes, ya de hechos 'nuevos', y de pruebas o documentos también nuevos, al menos en el sentido de que no hubieran sido conocidos al tiempo de los debates, como dice la ley. Y aun en legislaciones de otros países donde la Corte que decreta la revisión debe practicarla en seguida ella misma, se establece perentoriamente que no podrá disponerse ni practicarse la revisión sino en virtud de hechos o pruebas no conocidos cuando se surtió el juicio o por los jueces que fallaron sobre él. La recurrente, en el caso de que trata el presente fallo, no ha presentado ni hechos ni pruebas que al tiempo de los debates hubiesen sido desconocidos". (Sentencia, XLII, N° 1898, agosto 6 de 1935). (1) .....

Págs. 217, 1° y 2°

(1) Concordancias ya citadas en un fallo similar.

(1) Concordancias: véanse las doctrinas que contienen los números 3571, 3573, 3574, 3575, 3580, 3597, 3601, 3602, tomo 3°, Jurisprudencia de la Corte.

Págs.

S

SANEAMIENTO

- Nº 157 -

La acción del comprador de una cosa reivindicada a fin de que su vendedor le sanee por causa de evicción, no nace para aquél mientras no verifique la entrega al reivindicador, el cual no está sujeto para la efectividad de su derecho a la condición de pago de la evicción por parte del vendedor del comprador demandado. Se trataba de un juicio de rescisión por dolo en que la Corte casó la sentencia del Tribunal de Cali, decretó la nulidad por causa de dolo, la reivindicación de una cuota de un derecho de dominio en una sucesión, etc. Los recurrentes solicitaron aclaración del fallo. La Corte dijo:

"En la parte expositiva de la sentencia, que sirve para fijar el sentido de la resolutiva, se dijeron, entre otras cosas, éstas: 'La acción de reivindicación ejercitada en la demanda, persigue, pues, la finalidad de que se restituya su plenitud integral a ese derecho de dominio de la actora, lesionado en su existencia. Los incisos 1º y 2º del artículo 1899 del Código Civil no tienen aplicación cuando el vendedor, como en el caso actual, comparece en su calidad de demandado, desde el principio del pleito. Ahora bien, como Garcés y Caicedo son poseedores de buena fe y además evictos de la cosa sin su culpa, el vendedor de ellos, Ricardo Yanguas, está obligado, por ley, al saneamiento'. De lo anterior aparece notoria la improcedencia de los fundamentos de derecho (artículos 970 y 1746 del Código Civil), invocados por el mandatario de los recurrentes, para apoyar su actual solicitud. A Garcés y Caicedo, evictos en determinada cuota del derecho de dominio sobre un inmueble, se les reconoció en el fallo su derecho personal para obtener de Ricardo Yanguas el pago de las cosas que ellos deben restituir a Elvira Yanguas dentro del plazo allí fijado. Esa acción de Garcés y Caicedo no nace para ellos mientras no verifiquen la entrega a Elvira Yanguas, quien no está sujeta, para la efectividad del derecho reconocido a ella en la sentencia, a la condición de que Ricardo Yanguas pague a Garcés y Caicedo la evicción sufrida por éstos. Según lo previene el artículo 1904 del Código Civil, Ricardo Yanguas fue condenado a la obligación de sanear a Garcés y Caicedo, como vendedor que fue de éstos". (Auto, Sala de Casación Civil, XLII, Nos. 1901 y 1902, septiembre 26 de 1935) 638, 2º

SEGUNDA CAUSAL

- Nº 158 -

En armonía con jurisprudencia constante y uniforme de la Corte, la segunda causal no procede sino cuando hay incongruencia en la parte petitoria de la demanda y la parte resolutiva de la sentencia. (Casación, XLII, Nº 1897, septiembre 25 de 1935) 146, 1ª

SEGUROS

- Nº 159 -

Nicolás Rosanía, cesionario de la póliza del seguro de la nave "Cúcuta", demandó a las compañías aseguradoras el valor total del seguro. Recurrió en casación por haber perdido el pleito en el Tribunal. Casó la Corte la sentencia recurrida y, en los razonamientos de instancia para la casación, sentó la siguiente doctrina:

"Se entra a estudiar lo relativo a la dejación. En las pólizas de seguros no limitadas exclusivamente a la pérdida total, se indemniza por las averías y, por tanto, cabe en la indemnización una gradación proporcional al daño; y cuando éste llega a cierta intensidad o magnitud, le es opcional al asegurado exigir sólo la indemnización conservando lo que reste de lo asegurado o exigir el valor total del seguro dejando al asegurador ese saldo o resto. El Código de Comercio Terrestre, en su artícu-

Págs.

lo 636, asimila a pérdida total la que, si no lo es efectivamente, si alcanza a las tres cuartas partes de lo asegurado. El Código de Comercio Marítimo enumera en su artículo 476 los casos en que cabe la dejación, es decir, en que la magnitud del daño sufrido por lo asegurado autoriza al asegurado para dejar lo que quede y exigir, como ya se dijo, el valor total del seguro. El artículo 505 de esta misma obra, reconociendo implícitamente que el consiguiente derecho del asegurado es opcional, permite presentar ambas acciones aludidas como solidarias y establece que, si el asegurado pierde la dejación no por esto queda privado de la de avería, es decir, que ha podido creer erróneamente que la magnitud del daño sufrido lo autorice a dejar lo salvado y a pedir el valor total del seguro, y que resultando en el litigio habido al respecto que no llega a tanto ese daño y que, por lo mismo, no es el caso de dejar el resto para exigir todo aquel valor puede ese asegurado, a pesar de ser vencido en ese empeño exigir la parte de este valor proporcional al daño. En este caso, conservará el asegurado ese resto salvado. En el de triunfar en su empeño de dejación, recibirá el valor total del seguro y el referido resto salvado quedará siendo del asegurador. Este paga la avería por virtud del contrato de seguro; de suerte que el pago va proporcionalmente hasta donde el daño vaya. Este contrato es de indemnización y no negocio, como expresamente lo estatuye el artículo 641 del Código de Comercio Terrestre. Cuando de lo asegurado algo queda y el asegurado puede optar y opta por el valor total del seguro, el asegurador lo paga por dos motivos que se juntan, así: parte por su obligación de indemnizar y parte por la dejación. Por ejemplo, si se han asegurado mercancías por valor de diez y sufren daño por valor de dos, el asegurador paga estos dos y el asegurado conserva las mercancías; y si el daño llega, v. gr., a ocho, el asegurado puede conservar los dos y exigir el pago de todos los diez, y en este último evento el asegurador paga

Págs.

diez; así: los ocho por indemnización del daño y los dos por el traspaso del saldo de mercancías. Claro es que, sin el traspaso implicado por la dejación, carecería de causa la indemnización correspondiente a lo salvado o sea, en este ejemplo, a los dos de que acaba de hablarse. Pero es también claro que el asegurado no está en la obligación de dejar. La dejación es un derecho que la ley confiere y de que, por lo mismo que es un derecho suyo, puede no hacer uso, si así lo tiene a bien. El Código de Comercio Marítimo así lo persuade en sus disposiciones pertinentes, entre las cuales ocurre citar los artículos 475 y 496, de que atrás se hizo mérito. Pero en la póliza del seguro del presente pleito no se da cabida a gradación de daños; ella no habla de las averías sino para excluirlas terminantemente. Declara que el seguro es por PERDIDA TOTAL LIBRE DE TODA AVERIA (así en mayúsculas está en la póliza, como se ve ésta al citado folio 6º del cuaderno 1º) Una y otra de las dos partes contratantes bien supieron desde que contrataron en términos tan claros e inequívocos como los de esta póliza, que se ponían ante el dilema de TODO O NADA. O había pérdida total, y entonces precisamente habría el pago del valor total del seguro; o no había tal pérdida total, y entonces nada tenía que pagar el asegurador, aunque hubiese averías, aunque hubiese daños más o menos graves. De la dejación no habla la póliza como requisito para el pago, sino incidentalmente para recordar la obligación del asegurado de cuidar lo que se salvase. Así lo dice la cláusula 3ª. Repítese que las cláusulas trascritas imponen el concepto de que lo acordado por las partes fue que, en ocurriendo pérdida total, se produciría la obligación de pagar el valor total del seguro. La cita de la dejación con ese solo objeto contrasta con la de barratería, aducida expresamente como causal de no pago, en su caso.

Significase con esto que si las partes, que tan espaciosamente expresan qué es avería y cómo de éstas no

Págs.

responde el asegurador, y que se detienen a hablar de la baratería como determinante de no pago, no hablan de la dejación sino en la forma que se ve en la transcrita cláusula 3ª, es este contraste una circunstancia más que se agrega para corroborar el concepto de que en las palabras de los contratantes no estuvo, ni en su intención tampoco, aludir a procastinar el pago mediante una dejación previa, sino prever a él de modo inmediato, en ocurriendo pérdida total, salvo tan sólo, exclusivamente para el efecto, la batería. Así, pues, la posibilidad de que la pérdida total no fuese absoluta y de que, por ende, aun ocurriendo por sólo aquélla el pago total, quedasen elementos de la nave asegurada, no fue para los contratantes causal de esquivar o demorar el pago. Pero tampoco puede entenderse que, de haberse contratado así, haya de deducirse siempre que el asegurado esté capacitado para conservar lo que quede de la nave. Porque cabe advertir que una cosa es que del hecho de quedar de la nave elementos aprovechables no se deduzca causal de demora en el pago del valor del seguro, y otra cosa es que el asegurado, que recibe este valor íntegramente, conserve, sin embargo, esos elementos, lo que equivaldría a enriquecerse a expensa ajena, contra principios universales de derecho acogidos por el artículo 641, ya citado aquí, de nuestro Código de Comercio Terrestre. Por este motivo ocurre conceptuar que, a haberse demostrado en este pleito la existencia de un remanente efectivo con algún valor comercial, esta sentencia tendría que proveer al respecto, mediante, por ejemplo, una liquidación en que la respectiva compensación se precisase. Pero, sin esa demostración por una parte y, por otra, con la admisión de la pérdida por el asegurador, no cabe sino la condenación al pago. Al tenor de dicho artículo 641, como se ha visto, es de la esencia del contrato de seguros constituír indemnización y no negocio. Por tanto, en tesis general es claro que cuando el asegurador paga el valor total del seguro y algo ha quedado de lo asegurado, esto debe reconocerse, de lo contrario, éste se enriquecería a expensa ajena y, de otro lado, el asegurador pagaría sin causa lo correspondiente a ese saldo o resto salvado. Pero en un caso como el presente en que se contrató como se ha visto; en que ninguna prueba obra en el proceso de existir o de haber quedado efectivamente tales saldo o elementos; en que lo único invocado contra el pago inmediato por el asegurador fue la baratería que creyó haber en el siniestro; y en que la pérdida total, definida llanamente en la póliza, no ha sido negada por el asegurador, no puede ser excepción admisible en forma, como éste pretende, de no poder ser condenado al pago aun rechazando el cargo de baratería, por faltar la dejación previa de lo que pudo haber quedado; y de lo cual, vuelve a decirse, no se demostró en forma alguna que efectivamente quedase. El demandado no dijo que el yate no pereció, o que no quedó inservible, o que puede repararse con costo menor del que la póliza explica, que es lo que, al tenor de la póliza, podía haber invocado contra el hecho protuberante de la pérdida total y de la afirmación de ésta por el actor como base y razón cardinal de su demanda". (Casación, XLII, Nº 1899, julio 25 de 1935). . . . . 329, 2ª, 330, 1ª y 2ª y 331, 1ª

SEGURO DE VIDA CONFORME A UNA ORDENANZA

- Nº 160 -

La esposa de un agente de policía fallecido demandó al Departamento de Caldas para que se le pagase el valor del seguro de vida de su esposo.

"En el caso que se estudia, la Gobernación negó la recompensa por considerar que conforme a los términos del artículo 66 de la Ordenanza número 46 de 1932, el agente Manuel Jesús Vargas no quedó comprendido en las condiciones de tal artículo. Por consiguiente, no quedó

Págs.

amparado por disposiciones distintas de las del seguro, para sostener que se le debía negar éste. Está, por tanto, obligado el Departamento a reconocer a la demandante el seguro de su esposo, ya que aquella entidad se constituyó en aseguradora de todos sus empleados, sin exceptuar sino los comprendidos en otras disposiciones, entre los cuales no está, como se ha visto, el señor Manuel Jesús Vargas". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLII, Nos: 1901 y 1902, septiembre 12 de 1935).....

SENTENCIA APROBATORIA DE UN DESLINDE

- Nº 161 -

La sentencia aprobatoria de un deslinde recae únicamente sobre señalamiento de linderos y sobre fijación de mojones. (Casación, XLII, Nº 1897, mayo 24 de 1935)..... 573, 2º

SOBERANIA DEL JURADO

- Nº 162 -

El Jurado es soberano en la apreciación de las pruebas. (Casación, XLII, Nº 1897, mayo 22 de 1935).. 61, 1º

SOCIEDAD

- Nº 163 -

Argüía el recurrente en un juicio sobre pago de una suma de dinero como consecuencia de un pretendido contrato de sociedad con el demandado en la venta de unas joyas, que la industria, servicio o trabajo es aportable a una sociedad y que por no haber considerado el sentenciador como de sociedad el negocio, había violado el artículo 2081 del Código Civil.

"La Corte considera que la industria, servicio o trabajo apreciable en dinero puede constituír evidentemente el aporte de uno de los socios, según el aludido artículo 2081 del Código Civil, pero que esta sola circunstancia no basta para hacer de un contrato una sociedad o compañía, si, además, no concurren otras circunstancias propias del contrato de sociedad, que no se reúnen en el presente caso; y que, al contrario, la industria, servicio o trabajo apreciable en dinero puede ser remunerado dentro de un contrato distinto, como el de comisión, ya por un precio fijo, ya por una eventualidad en el negocio, y sin embargo, por ello ese negocio no deja de ser de comisión, como sucedió en el presente caso, en que la mitad del mayor valor de realización de las joyas, y en el caso de que realmente se realizaran, era el precio o comisión que recibiría Robledo a cambio de su industria, servicio o trabajo. No hubo, pues, violación del artículo 2081 del Código Civil". (Casación, XLII, Nº 1898, junio 24 de 1935)..... 179, 2º

SOCIEDAD CONYUGAL

15. 2º - Nº 164 -

La cónyuge sobreviviente había demandado a cierto individuo para que se le condenase a pagar una suma de dinero a favor de la "mortuoria" de su esposo. Perdió el pleito porque el Tribunal consideró que la cónyuge sobreviviente no tiene la representación activa de la herencia en juicio. Véase la doctrina expuesta bajo el título: REPRESENTACION ACTIVA DE LA HERENCIA EN JUICIO.

SOCIEDAD CONYUGAL

Nº 165 -

Véase la doctrina expuesta bajo el título: BIENES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL Y BIENES PROPIOS DEL CONYUGE.

SOCIEDAD DE HECHO

- Nº 166 -

Sofía Portocarrero v. de Luque aportó su trabajo al "Club Tumaco", en compañía de Alejandro Valencia Arango, que aportó la empresa y su

Págs.

industria. En ese Club trabajaba la señora Portocarrero en calidad de compañera de Valencia, obtenía créditos para el Club que se cargaban a Valencia, quedaba al frente del negocio cuando éste se ausentaba, y cooperaba con él en el desarrollo de los negocios. Pasado algún tiempo de vivir con Valencia en esa forma, le demandó para que se declarase que entre ella y él había existido una sociedad de hecho en los negocios del "Club Tumaco", y sobre otros puntos. Como obtuviese sentencia favorable en el Tribunal de Pasto, recurrió en casación el demandado acusando el fallo por primera causal, como violatorio de algunas disposiciones sustantivas, así del Código Civil como del de Comercio. Dijo la Corte:

"Las sociedades de hecho se dividen en dos clases, así: Primera. Las que se forman por virtud de un consentimiento 'expreso' y que, por falta de uno o de varios o de todos los requisitos o de las solemnidades que la ley exige para las sociedades de derecho, no alcanzan la categoría de tales. Segunda. Las que se originan en la colaboración de dos o más personas en una misma explotación y resultan de un conjunto o de una serie coordinada de operaciones que efectúan en común esas personas y de las cuales se induce un consentimiento implícito. Contra el reconocimiento de las sociedades de hecho de la segunda clase—que los expositores llaman 'sociedades creadas de hecho o por los hechos'—no puede alegarse que la sociedad es un contrato que no se forma sino por manifestaciones recíprocas y concordantes de la voluntad de las partes y que este elemento fundamental no existe en esas sociedades creadas de hecho: en éstas tal acuerdo no falta: lo que acontece es que se acredita por medio de una presunción. De las circunstancias de hecho se induce el consentimiento que puede ser tácito o implícito. Se presumirá ese consentimiento; se inducirá de los hechos, el contrato implícito de sociedad, y se deberá, en consecuencia, admitir o reconocer la sociedad creada de hecho, cuando la aludida colaboración de varias personas en una misma explotación reúna las siguientes condiciones: 1ª Que se trate de una serie coordinada de hechos de explotación común; 2ª Que se ejerza una acción paralela y simultánea entre los presuntos asociados, tendiente a la consecución de beneficios; 3ª Que la colaboración entre ellos se desarrolle en un pie de igualdad, es decir, que no haya estado uno de ellos, con respecto al otro u otros, en un estado de dependencia proveniente de un contrato de arrendamiento de servicios, de un mandato o de cualquiera otra convención por parte de la cual uno de los colaboradores reciba salario o sueldo y esté excluído de una participación activa en la dirección, en el control y en la supervigilancia de la empresa; 4ª Que no se trate de un estado de simple indivisión, de tenencia, guarda, conservación o vigilancia de bienes comunes, sino de verdaderas actividades encaminadas a obtener beneficios. La circunstancia de que se haya empleado una denominación social o una razón social, o de que, en una u otra forma, se les haya hecho creer a terceros que existe una sociedad, es importantísima cuando se trata de acciones de esos terceros contra los asociados o contra la sociedad o viceversa, pero en lo concerniente a las relaciones de los socios entre sí, tal circunstancia no tiene mayor trascendencia: el que no se haya empleado una razón social o una denominación social y el que no haya habido ante terceros apariencia de sociedad, ni impide ni dificulta que se reconozca como existente, por presunción o deducción, la sociedad creada de hecho, para lo concerniente a las relaciones de los socios entre sí. Si la sociedad—lo que es muy frecuente—se ha creado de hecho entre concubinos, será necesario que medien, además, para poderla reconocer, estas dos circunstancias: 1ª Que la sociedad no haya tenido por finalidad el crear, prolongar, fomentar o estimular el concubinato, pues si esto fuere así, el contrato sería nulo por causa ilícita, en razón de

Págs.

Págs.

su móvil determinante. En general, la ley ignora las relaciones sexuales fuera de matrimonio, sea para hacerlas producir efectos, sea para deducir de ellas una incapacidad civil, y por ello, en principio, no hay obstáculo para los contratos entre concubinos, pero cuando el móvil determinante en esos contratos es el de crear o mantener el concubinato, hay lugar a declarar la nulidad por aplicación de la teoría de la causa. 2ª Como el concubinato no crea por sí solo comunidad de bienes, ni sociedad de hecho, es preciso, para reconocer la sociedad de hecho entre concubinos, que se pueda distinguir claramente lo que es la común actividad de los concubinos en una determinada empresa creada con el propósito de realizar beneficios, de lo que es el simple resultado de una común vivienda y de una intimidad extendida al manejo, conservación o administración de los bienes de uno y otro o de ambos. De acuerdo con los principios jurídicos que acaban de exponerse—que no solamente no pugnan con los artículos que el recurrente considera violados, sino que representan la síntesis de las concepciones doctrinarias y jurisprudenciales más modernas y autorizadas (véanse Hemard Nº .....; Marcel Nast, Nota en Dalloz, 1935, 2, 41), y que por lo tanto constituyen un criterio rigurosamente científico por la interpretación y aplicación de tales textos—el Tribunal, en atención a que encontró demostrados los hechos resumidos al principio de este fallo, declaró, de conformidad con lo pedido en la demanda, que había existido entre noviembre de 1924 y el 7 de enero de 1931, en la ciudad de Tumaco, una sociedad comercial de hecho, entre Alejandro Valencia Arango y Sofía Portocarrero de Luque, y que tal sociedad debía ser liquidada. Que el Tribunal haya reconocido la existencia de esa sociedad y haya decretado su liquidación, a pesar de no haberse probado el consentimiento 'expreso' y 'mutuo' de que habla el recurrente, no implica según lo que acaba de explicarse, violación de los artículos 2079, 2083, 2094 y 2095 del C. C. y 475 del C. de Co., puesto que, como se ha visto, hay 'sociedades creadas de hecho o por los hechos' que tienen su origen en la colaboración de varias personas en una misma explotación y en las cuales el consentimiento es o puede ser tácito y se deduce del conjunto o la serie coordinada de operaciones efectuadas en común por esas personas. Recientemente la jurisprudencia francesa, en armonía con la doctrina que acaba de exponerse, ha decidido: 'que la colaboración de un concubino en los negocios del otro es susceptible de hacer nacer una sociedad de hecho'. (Aix, 18, Dic. 1933. Dalloz, 1935, 2, 41). Comentando esa sentencia, el renombrado profesor Nast dice lo siguiente: 'En general, las sentencias admiten esta acción (la 'acción pro socio') entre concubinos cuando se establece que realmente ha existido una sociedad de hecho y especialmente cuando, como sucede con frecuencia, los concubinos han explotado en común, un comercio, una industria, una hacienda, etc. Con todo, se han emitido algunas dudas sobre la legitimidad de esta solución, en cuanto los concubinos no se propusieron como objeto, desde un principio, una participación de beneficios, condición necesaria para que haya sociedad (artículo 1832, C. C.), sino que únicamente se propusieron poner en común sus ganancias para subvenir a las necesidades domésticas. La verdad es que es imposible adoptar una solución única para todos los casos que se presenten: todo depende de una cuestión de hecho y particularmente de la 'intención' de los concubinos, tal como ella pueda desprenderse de la conducta que ellos hayan tenido. Cuando han explotado en común fondos de comercio o de una industria o un fundo rural, será conveniente decidir, según las circunstancias, que existía entre ellos una asociación en participación o una sociedad de hecho colectiva o que, por el contrario, no existía entre ellos ninguna sociedad, porque la colaboración del uno en la explotación gerenciada por el otro haya consistido solamente en una

Págs.

Págs.

prestación de servicios sujeta a remuneración. Cuando los concubinos han vivido bajo el mismo techo, en principio, la propiedad de los bienes muebles como de los inmuebles pertenece al uno o al otro, como en el caso de cónyuges separados de bienes, o de amigos que viven en común; pero podrán considerarse como bienes indivisos de ambos, y por tanto, sujetos a partición, aquellos bienes que hayan adquirido en común o con sus economías comunes y aquellos bienes que no pueda saberse a cúal de ellos pertenecen'. (Casación, XLII, Nos. 1901 y 1902 noviembre 30 de 1935). (1) ..... 479, 1º y 2º, y 480, 1º y 2º

Págs.

SOCIEDAD DISUELTA

- Nº 167 -

Se pidió que se declarase nulo un juicio ejecutivo seguido contra una sociedad que, según el actor, se había disuelto ya definitivamente y, por tanto, se hallaba en el estado de una simple comunidad, con lo cual quería decir el actor que se había seguido el juicio contra una sociedad que no existía, porque, según su opinión, las sociedades, que son personas jurídicas, tienen su personalidad hasta su disolución nada más, y si la conservaran durante el período de liquidación, no sería sino para que los acreedores de los socios no concurrieran con los acreedores sociales a ser pagados en primer lugar con los bienes del deudor, que lo es la sociedad, persona distinta de los socios. Se había pedido también el desembargo de los bienes embargados a la sociedad ejecutada por el Juez de Ejecuciones Fiscales.

"Se considera: Se ha sostenido por varios autores nuéstros que cuando la sociedad se disuelve, puede decirse que ella ha cesado de existir definitivamente. 'Disuelta la sociedad —dice el doctor Eduardo Rodríguez Piñeres—, esto es, desaparecida la persona jurídica que ella formaba a virtud de la ficción de la ley, su patrimonio queda en común entre los socios y ligados ellos, por tanto, con el simple vínculo del cuasicontrato de comunidad, en la misma situación en que se encuentran los herederos de una persona que fallece dejándoles un patrimonio'. (Lecciones de Derecho Civil). Por consiguiente, según esta opinión, seguida por varios autores, disuelta la sociedad no queda más que una comunidad de intereses entre los antiguos asociados, que se vuelven copropietarios, porque con la disolución—dicen—surge una comunidad en que los socios son dueños proindiviso de las especies pertenecientes antes a la sociedad. Argumentan así: Que si la sociedad disuelta subsistiera, se podría prorrogar, cosa que no sucede; que el artículo 537 del Código de Comercio dice que el liquidador responde a los socios y no a la sociedad; el 541, que el liquidador representa a los socios, y el 584, que el uso de la razón social, después de disuelta la sociedad, constituye un delito. Afirman, pues, que cuando una sociedad se disuelve, subsistirá como una comunidad mientras se efectúa la liquidación y se parten el activo y el pasivo entre los comuneros, lo cual pueden éstos efectuar cuando a bien lo tengan y en la forma que les plazca. Agregan, además, que nuestra ley mercantil no finge que las sociedades disueltas se consideran como subsistentes mientras se liquida la comunidad que resulta de la extinción de aquéllas, y los comuneros se parten el activo y el pasivo, porque, según tales autores, estas dos operaciones no suponen siquiera la existencia legal de la sociedad, y porque, si así no fuera, sería inexplicable el primer inciso del artículo 2083 del Código Civil. Todo esto lo fundan en que el verbo 'disolverse' que emplea el artículo 2124 y algunas otras disposiciones del Capítulo 7o., Título 27 del Libro 4º del mismo Código, no tiene

(1) La sentencia de la Corte de Apelación de Aix y el comentario que a esa sentencia hizo el profesor Nast, puede verlos el lector en el número 1898 de la GACETA JUDICIAL.

Págs.

más acepción que 'desatarse, deshacerse, disgregarse y dispersarse" y que, por tanto, si la sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados (artículo 2097 del C. C.), cuando éstos, por ministerio de la ley, quedan desatados, dispersos, no puede subsistir la sociedad; y que por eso, cuando ésta se disuelve, se procede a dividir lo que fue su patrimonio. (Inciso 1º del artículo 2141 del C. C.) Si la disolución de la sociedad, como lo creen los autores cuyos conceptos se han transcrito, rompiera definitivamente la persona jurídica formada por ella, su patrimonio quedaría, indudablemente, por el mismo hecho, en común entre los socios, quienes estarían entonces ligados únicamente por el vínculo del cuasicontrato de comunidad. En este evento, la apoderación que se le confirió al doctor Uribe Holguín para representar a los ex-socios en su carácter de comuneros, sería eficaz y bastante, porque los poderdantes tendrían la personería sustantiva para representar en juicio y reclamar sus derechos. Para la Corte, la sociedad disuelta conserva su personalidad jurídica para los efectos de la liquidación: esto, porque la persona jurídica es la resultante de una ficción de la ley, y distinta, por consiguiente de las personas naturales, lo que se ve claro al atender a las disposiciones del Título 36 del Libro 1º del Código Civil y a los artículos 24 y siguientes de la Ley 57 de 1887, donde se encuentra en forma precisa esa distinción. Las personas naturales equivalen a personas físicas; las jurídicas son una abstracción. Aquéllas nacen de un hecho natural; éstas tienen una existencia que se origina de la ley. Tratándose de las personas naturales, dice el artículo 9º de la Ley 57 citada, que la existencia de ellas termina con la muerte. Y si la muerte es la separación del alma y del cuerpo, puede decirse que la persona natural muere, mientras de la persona jurídica se dice que se disuelve; y si en veces se dice que ésta muere, se hace tomando el verbo en un sentido metafórico. Ahora: para llegar al convencimiento de que la personalidad jurídica de las sociedades no deja de existir del todo por su disolución, basta atender a la ley misma que las crea. Así: el artículo 537 del Código de Comercio llama al liquidador mandatario de la sociedad; y si ésta dejara de tener existencia, como persona jurídica, una vez disuelta, no se ve cómo el liquidador pueda ser mandatario de ella durante la liquidación. También el artículo 541 de la misma obra dice que el liquidador representa a los asociados activa y pasivamente; y en el 540, numerales 2º, 3º, 4º, 5º y 6º, se indica claramente que él ejecuta operaciones en nombre de una sociedad que se halla en liquidación. Estas citas están dando a entender que la sociedad en liquidación tiene una supervivencia que la faculta o capacita para reclamar sus derechos ante terceros, y responder de sus obligaciones. Cómo podría hablarse de mandatario de la sociedad en liquidación y decir que el liquidador ejecutaba operaciones en nombre de la sociedad, si ésta, después de la disolución, no tuviera alguna supervivencia? Cómo podría el artículo 541 decir que el liquidador representa a los asociados, si ya la sociedad estuviera definitivamente extinguida? Si lo estuviera, entonces no sería propiamente sociedad sino particulares. El numeral 2º del artículo 540 es muy expresivo. Dice que el liquidador está obligado 'a continuar y concluir las operaciones pendientes al tiempo de la disolución'. De esto se infiere que si el liquidador tiene tal facultad, es porque se presume que la sociedad en liquidación tiene alguna existencia; de otro modo no se entendería de qué manera el liquidador pudiera obrar en nombre de una sociedad completamente extinguida para continuar y concluir ciertas operaciones. Por esta razón, si una sociedad está formada por socios colectivos, éstos pueden, sin duda alguna, ejecutar un acto tendiente a nombrar un mandatario con miras exclusivas que beneficie y realice eficazmente la liquidación; y para que tenga esa facultad es necesario que la sociedad no haya muerto. Nuestra jurisprudencia ha sostenido la misma doctrina de la su-

Págs.

Págs.

pervivencia de la sociedad. La Sala de Casación Civil de la Corte, en sentencia de 21 de marzo de 1922 (GACETA JUDICIAL, Tomo XXIX, Nº 1503) dijo: 'A la disolución sigue un estado que la ley llama de liquidación, en que los socios continúan ligados por un vínculo jurídico, mediante el cual están sujetos a derechos y obligaciones recíprocos, emanantes de la sociedad extinguida. Evidente es que cada socio tiene derecho a que el caudal social se divida por los medios legales después de la disolución de la sociedad.' Y el Relator de la Corte extrajo de esta sentencia la siguiente doctrina: 'Disuelta la sociedad por la expiración del plazo fijado para su duración, no se produce, en virtud de ese evento, la desvinculación jurídica absoluta de los socios, los cuales no quedan en libertad para disponer de los bienes sociales, cada cual por su cuenta, por venta, arrendamiento o de cualquiera otra manera que impida la división legal de los bienes. La sociedad, aun disuelta, sigue produciendo ciertos efectos que dan origen a derechos y obligaciones entre los socios; el lazo contractual que los unió no se rompe del todo mientras no sobrevenga la liquidación'. (Número 137 del Tomo III de la Jurisprudencia de la Corte). También está admitido por algunos autores nuestros que después de disuelta la sociedad continúa como existiendo y como conservando su personalidad para las necesidades de la liquidación. El Profesor doctor Félix Cortés dice: 'Se ha sostenido insistentemente el símil de la persona jurídica a la persona natural, y así se dice que del mismo modo que esta última termina con la muerte, la ficticia fallece con la disolución y termina su existencia. Esto no es del todo exacto; la vida de la sociedad se extiende más allá de su disolución, hasta que se verifique y concluya su liquidación. Cierto que la compañía entra en un nuevo período de su existencia, encaminado a terminar los negocios pendientes y a liquidar los derechos y obligaciones de la entidad ficticia, con los socios y con los extraños; pero, durante toda su tramitación, los bienes, derechos y obligaciones sociales no se confunden con los de los socios, y las operaciones de la liquidación se siguen ejecutando bajo la firma o razón social, fenómenos que implican la subsistencia de la personería jurídica a través de todas las operaciones de la liquidación. Tan cierto es que continúa la vida de la persona ficticia después de la disolución, que la propia ley dice que 'el liquidador es un verdadero mandatario de la sociedad'. Esta parece ser la opinión el doctor Miguel Moreno Jaramillo, quien, en su importante obra 'Sociedades', después de mencionar algunos conceptos del doctor Fernndo Isaza, transcribe lo que sigue del doctor Daniel Uribe Botero: 'A pesar del significado etimológico (del verbo 'disolverse'), y del argumento de audición que a primera vista prueba completamente la contradicción entre una persona que al disolverse sigue existiendo, afirmamos que la tal personalidad subsiste, y debe subsistir mientras duren la liquidación y partición, actos que, como ya se dijo, son posteriores a la disolución de la compañía. Decimos que existe, porque así lo consagra expresamente la ley al entender de los juristas; y que debe existir, por motivos de utilidad pública y conveniencia social'. No hay necesidad de echar mano de la doctrina y jurisprudencia extranjeras, donde abunda este concepto: 'Una sociedad disuelta continúa subsistiendo como persona civil hasta la terminación completa de las operaciones de su liquidación'. (En Francia: Leon Caen et Renault, Boistel, y la Corte de Casación, según lo afirma Cohendy et Darras en su 'Code de Commerce annoté'; en Italia: Vivante, Supino, etc.) En nuestra legislación, lo que sigue al estado de disolución de una sociedad, es la liquidación de la misma, que es un estado legal de su existencia. Por esa liquidación, la sociedad limita la órbita de sus actividades y se dedica especialmente a ponerles fin a los negocios iniciados. Quiere decir esto que durante el período de la liquidación la sociedad comercial vive y conserva su personalidad, en algunos casos casi tan completa como en el tiempo anterior a su disolución,

Págs.

Págs.

pues tiene un patrimonio propio, y órganos a través de los cuales se desenvuelve y actúa. Sólo que las atribuciones de los directores o gestores se restringen en su extensión, por los fines naturales de la liquidación, que exigen que todos sus actos se dirijan a terminar los negocios pendientes, a convertir en dinero los haberes sociales, a pagar las deudas, a liquidar donde sea preciso la actividad social, a hacer ingresar en caja los créditos, a dividir entre los socios el patrimonio activo o pasivo, etc., etc. En consecuencia: sociedad disuelta no significa sociedad extinguida. La disolución únicamente se refiere al contrato social que ligaba a los socios entre sí. Ese contrato no sigue creando para lo futuro efectos en lo que concierne a las relaciones jurídicas o internas de los socios; y por esto, desde la disolución de la sociedad no se entenderá que cada uno de ellos otorgue su representación a los demás para vincularlos a nuevas gestiones y operaciones sociales. Pero la sociedad subsiste todavía en cuanto se refiere a las obligaciones que se contrajeron antes del acaecimiento de la disolución, y por consiguiente, esas obligaciones, lo mismo que las contratadas en el período de liquidación como desarrollo de los negocios precedentes, pesan sobre la sociedad, en su condición de persona jurídica que trae su vida y fuerza desde una época pasada, en virtud del contrato social. Por la disolución entra la sociedad en un período intermedio en que es representada por el liquidador, no para aumentar el patrimonio de aquélla, sino para terminar en forma provechosa las operaciones pendientes y cumplir las obligaciones a cargo de la sociedad (artículo 540 del C. Co.); también ese liquidador representa en juicio activa y pasivamente a los asociados, a menos que éstos, por acuerdo unánime, hagan la liquidación, pues entonces ellos representan en juicio y hacen la liquidación colectivamente (artículo 536, ibídem). Pero ese período intermedio en que la sociedad entra por la disolución no extingue la personalidad jurídica de ésta de un modo definitivo, porque todavía en el período de liquidación debe regir el principio de la distinción de la persona jurídica y la de sus miembros individualmente considerados, y el de la distinción de patrimonios y responsabilidades que existía cuando la sociedad estaba en el período de su desarrollo". (Sentencia, Sala Civil de única instancia, XLII, Nos. 1901 y 1902, noviembre 7 de 1935) ..... 614, 1ª y 2ª, 615, 1ª y 2ª y 616, 1ª y 2ª

SUELDOS DE VACACIONES DE LOS MAESTROS DE ESCUELA

- Nº 168 -

Véase: MAESTROS DE ESCUELA.....

TERMINO PROBATORIO EN MATERIA CRIMINAL

- Nº 169 -

Se alegó en casación que la sentencia recurrida era violatoria de la ley procedimental por no haberse puesto a disposición del acusado o de su defensor el proceso para que pudieran usar del derecho de pedir pruebas y defenderse.

".....La Corte declara, desde luego, que la sentencia que se estudia no es violatoria de la ley procedimental por la razón alegada por el recurrente, porque, conforme al artículo 26 de la Ley 104 de 1922, el Juez no debe ordenar de oficio la apertura de la causa a prueba, sino mediante petición de alguna de las partes, en que afirme tener hechos que comprobar, que no constan en el proceso. Y esa petición no fue hecha por las partes en la presente causa". (Casación, XLII, Nº 1897, mayo 16 de 1935) 56, 2ª

REPUBLICA DE COLOMBIA BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Págs.

V

VEREDICTO

- Nº 170 -

La circunstancia de que un veredicto no sea evidente, esto es, que no subyugue la mente por el esplendor de la verdad que encierre, no implica que sea "contrario a la evidencia". (Casación, XLII, Nos. 1901 y 1902, marzo 18 de 1936). 533, 2ª

VEREDICTO CONTRADICTORIO

- Nº 171 -

Se sindicó y procesó y condenó a dos hermanos por haberle dado muerte a un individuo. Fue acusado el fallo por haberse dictado sobre un veredicto evidentemente contradictorio.

".....Se preguntó al jurado si Alejandro Vega es responsable 'de haber dado muerte a Roberto Gutiérrez.... por haberle causado una herida con arma de fuego de calibre mayor (escopeta)....'; y al responder el jurado: 'Sí, sin herir al occiso....', incurrió en una contradicción. La pregunta, tal como se formuló, es indivisible: se imputa en ella al procesado el hecho de haberle dado muerte a Gutiérrez por haberle causado la herida mortal; y la respuesta es contradictoria, puesto que contestando que 'Sí', niega al propio tiempo que el procesado causara aquella herida. Esta contradicción del jurado admite diferentes explicaciones: la que el Juez y el Tribunal sentenciador dan de manera más o menos explícita, de que la contradicción es aparente, en las palabras, pero no en la sustancia de la respuesta: la de que el jurado, al agregar explicaciones al veredicto referente a Alejandro quiso atenuar la responsabilidad de éste, como se lo pedía el señor Fiscal de la causa; o la de que el jurado aceptó que el acusado es responsable pero en una forma que no es la planteada por el cuestionario. De todas maneras, el tribunal sentenciador tuvo que asignarle arbitrariamente al veredicto dado para Alejandro, el valor de veredicto simplemente condenatorio. Puede suceder que la intención del jurado haya sido la de condenarlo como coautor del delito, como autor moral junto con Aureliano; pero no es imposible que se hubiera propuesto, con la enrevesada explicación, hacerlo responsable apenas como cómplice; o que lo considerara responsable por cargos distintos de los que enuncia el cuestionario, sin que se sepa, en tal evento, por cuáles hechos ni con qué grado de responsabilidad.... Sentado ya que el veredicto proferido respecto de Alejandro Vega es contradictorio porque dice 'sí' y 'no' sobre un mismo hecho, a saber, sobre la responsabilidad del procesado como causa de una herida que determinó la muerte del señor Roberto Gutiérrez, se procede ahora a examinar ese veredicto en relación con el proferido respecto de Aureliano Vega. Ya se ha dicho que el juez, aunque sin expresarlo categóricamente, consideraba que Aureliano y Alejandro eran coautores del delito. Quizá para relievar esa calificación propuso en los cuestionarios la pregunta de si uno y otro habían obrado 'en concurso recíproco'; frase del cuestionario referente a Aureliano y lo mismo del referente a Alejandro. Al contestar el jurado, como contestó, con su 'sí' rotundo la pregunta referente a Aureliano Vega, quedó como parte integrante del veredicto de responsabilidad esta circunstancia: haber obrado en concurso recíproco con otro. Pero ocurre que el veredicto acerca de Alejandro Vega dice: 'Sí, sin herir al occiso, por haberle negado la escopeta y no dar en el blanco con el revólver, frustrándose el deseo e intención de matar'. El defensor, doctor Saúl Luna Gómez, dijo con perfecta lógica en el escrito dirigido al juez para solicitarle la declaratoria de contraevidencia del veredicto y la convocatoria de nuevo jurado, lo siguiente: '..... Cómo puede decirse que Alejandro le dio concurso a Aureliano, quien mató directamente, y no obstante haberse frustrado la intención criminal homicida de Alejan-

Págs.

dro?". Si el veredicto para Alejandro es contradictorio, porque la respuesta dice SI y NO para el mismo hecho, desaparece el veredicto de Alejandro. Y faltando ese veredicto falta el CONCURSO RECIPROCO tan enfáticamente supuesto en los cuestionarios porque si es concurso 'recíproco' supone dos términos, desaparecido uno de los cuales, desaparece también el otro. Además, ¿cómo quedaría subsistente lo del 'concurso recíproco' si en el veredicto referente a Alejandro se explica que se le frustró el deseo e intención de matar? ¿O será que el jurado consideró que cada uno de los acusados pensó y deseó matar al señor Gutiérrez, aunque sin haber hecho sobre el particular un explícito convenio anterior? Entonces habría que descartar la premeditación y el 'concurso previo'. Debe, pues, prosperar la causal 6ª de casación: 'Haberse dictado la sentencia sobre un veredicto evidentemente contradictorio". (Casación, XLII, Nos. 1901 y 1902, febrero 26 de 1936) . . 521, 1ª y 2ª y 522, 1ª

TABLA

de las disposiciones constitucionales, legales y administrativas interpretadas, citadas o aludidas por la Corte en el presente Tomo XLII.

CONSTITUCION NACIONAL

Artículos.	Números.
29	102
57	52
58	52
70	121
76	52, 104
82	121
120	104
165	104
166	104

ACTO LEGISLATIVO Nº 3 DE 1910

Artículos.	Números.
—	102
6o.	52, 104
33	52
41	83
45	121

CODIGO CIVIL

Artículos.	Números.
9	86
348	64
395	64
421	133
673	19
762	58
775	4
854	4
892	9
893	9
894	9
937	9
946	114
970	157
1011	151
1046	151
1047	151
1048	151
1155	4, 151
1151	4
1245	4
1297	153
1298	151
1405	5, 79
1494	116
1504	4, 62
1518	4
1524	4
1525	154
1532	4

CODIGO CIVIL

(Continuación)

Artículos.	Números.
1537	4
1546	128
1602	4
1608	113
1617	48
1618	47, 87, 114
1619	87
1620	87
1622	47
1741	4
1742	125
1746	154, 157
1748	154
1750	62
1759	153
1766	4
1767	4, 74
1769	137
1781	20
1782	20
1795	20
1857	4, 74
1868	4
1899	157
1904	157
1930	128
1931	128
1937	128
1938	128
1939	114
1966	36
2019	81
2020	81
2023	81
2079	166
2081	168
2083	166, 167
2094	166
2095	166
2097	167
2124	167
2141	167
2221	114
2248	57
2253	57
2323	4
2347	2
2356	48
2366	69
2373	67
2442	4
2491	125
2517	139

CODIGO CIVIL

(Continuación)

Artículos.	Números.
2531	48
2532	138
2536	139, 107
2539	138

CODIGO DE COMERCIO TERRESTRE

Artículos.	Números.
475	166
505	159
536	167
537	167
540	167
541	167
545	107
584	167
636	159
641	159

CODIGO DE COMERCIO MARITIMO

Artículos.	Números.
475	159
496	159

CODIGO PENAL

Artículos.	Números.
7o.	55
16	55
82	112
117	22. 37
118	37
119	37
123	22, 89
124	30
129	22
586	80, 95
587	90, 91, 93, 94, 95, 97
600	89, 90, 91, 93, 94, 95, 97
602	91, 93, 94, 95, 97
622	92, 114
646	30
836	111

CODIGO JUDICIAL

Artículos.	Números.
183	75, 77
555	43
556	43
562	45
749	75
840	81
864	48
1098	138
1304	58
1310	58
1512	49
1614	48
1725	120

NUEVO CODIGO JUDICIAL

(Ley 105 de 1931)

Artículos.	Números.
2o.	99
37	6, 12, 46
38	99, 121
39	24
84	18
104	99
125	42
147	120
166	75, 77
169	99
196	42
203	76
204	99
232	108
262	58
274	48
294	48
372	72
435	75, 76
471	38
480	4, 81
508	46
519	145
520	15
521	146
522	146
537	48
538	48, 81
576	48
579	48
593	74
604	42, 45
606	41
607	137
608	45
610	42
632	84
637	45
684	50
716	60
737	88
869	58, 59
871	59
1059	10, 109
1095	128
1096	128
1228	40

CODIGO POLITICO Y MUNICIPAL

Artículos.	Números.
246	99

CODIGO FISCAL DE 1873

1250	189

CODIGO FISCAL ACTUAL (de 1912)

39	106
44	19
47	19
59	19
65	19
66	19
69	19
72	19
79	19
84	19
90	19
253	139
257	138, 139

CODIGO MILITAR

(Ley 84 de 1931)

6o.	101
11	118, 141
91	102
111	122, 123
175	126
176	126
180	126
182	126

LEYES CITADAS

Ley 61 de 1874

—	19

Ley 53 de 1887

79	64

Ley 57 de 1887

5o.	139
9o.	167
22	64
24 y siguientes	187
236	27
264	120, 124
265	124
304	27

Ley 153 de 1887

40	40
41	138, 139
91	41, 74
92	41

LEYES CITADAS

(Continuación)

Artículos.	Números.
Ley 149 de 1888	
244 a 247	62
Ley 95 de 1890	
1o.	72
9o.	9
15	117, 125
Ley 50 de 1894	
5o. a 7o.	62
Ley 167 de 1896	
5o.	104
Ley 169 de 1896	
47	93
48	93
50	84
51	84
Ley 29 de 1905	
—	133
Ley 55 de 1905	
—	19
Ley 31 de 1907	
8o.	64
Ley 40 de 1907	
157	49
163	85, 120
Ley 33 de 1909	
1o.	155
6o.	156
Ley 40 de 1909	
—	104
Ley 23 de 1912	
51	99
Ley 4a. de 1913	
56	36
Ley 42 de 1913	
57	69
Ley 114 de 1913	
—	130
2o.	131

LEYES CITADAS

(Continuación)

Artículos.	Números.
Ley 60 de 1914	
2o.	121
Ley 63 de 1914	
—	64
Ley 83 de 1915	
14	70
22	111
Ley 85 de 1916	
179	121
Ley 71 de 1917	
10	19
11	19
12	19
Ley 76 de 1920	
27	3
Ley 59 de 1921	
5o.	48
6o.	48
Ley 104 de 1922	
—	7
Ley 42 de 1923	
81	138, 139
82	138
Ley 45 de 1923	
48	107
Ley 46 de 1923	
8o.	102
Ley 78 de 1923	
—	7, 148
1o.	30
3o.	29
4o.	30

LEYES CITADAS

(Continuación)

Artículos.	Números.
Ley 51 de 1925	
—	104
Ley 68 de 1928	
—	7
Ley 45 de 1930	
1o.	128
Ley 37 de 1931	
26	134
Ley 84 de 1931	
112	126, 141
Ley 118 de 1931	
3o.	22, 32, 89, 120, 144, 171
4o.	22
5o.	29
6o.	29
—	30
Ley 7a. de 1932	
1o.	121
2o.	121
Ley 37 de 1933	
2o.	131
Ley 42 de 1933	
—	131
Ley 7a. de 1935	
2o.	103

DECRETOS CITADOS

Decreto Nº 314 de 1920	
—	105
8o.	83
Decreto Nº 2020 de 1927	
—	104

DECRETOS CITADOS

(Continuación)

Artículos.	Números.
Decreto Nº 429 de 1893	
—	109
Decreto Nº 1696 de 1932	
58	11
Ordenanza Nº 37 de 1929 De Antioquia	
—	31
Ordenanza Nº 46 de 1932, de Caldas	
—	160

CODIGOS EXTRANJEROS

Código Civil Francés

644	9
1139	128
1184	128
1656	128
1832	166

Código de Procedimiento Francés

130	48

Código de Procedimiento Italiano

370	48
1358	45

Código de Procedimiento Español

424	48

Código de Procedimiento Alemán

91 a	48
107	

Digesto

Ley 79, 5, 1	48

INDICE ALFABETICO

TOMO XLII

Págs.

A

Actas de visita correspondientes a los meses de junio y julio de 1935. 69

ACUERDOS: Véanse los siguientes:

De la Corte Plena: Número 1º de 24 de octubre de 1935, por el cual se honra la memoria del doctor Fernando Vélez. 347

De la Sala de Casación en lo Criminal: Número 16 de 4 de septiembre de 1935, sobre cambio de radicación de un sumario 378

Alvarez Magdalena. Pensión por servicios en la instrucción primaria oficial. 77

Alviar R. Arturo. Pensión. 607

Anderson Malcon Cameron. Oposición a una propuesta en asuntos de petróleos. 431

Arango Luis Eduardo. Robo y suposición de títulos 195

Arbeláez Juan M., como apoderado de los maestros del Tolima, pide el pago de los sueldos de éstos en demanda contra el Departamento 564

Arroyave Luis Angel. Abandono del destino. 516

Avella Argemiro. Homicidio. 531

B

Banco de Bogotá contra el Departamento de Cundinamarca. Ejecutivo. 79

Banco de Bogotá contra el Departamento de Cundinamarca. Ejecutivo. No se repone un auto. 101

Banco Hipotecario de Colombia contra Elvira Cualla viuda de Fernández. Ejecutivo. 435

Bastidas Visitación. Revisión de un proceso. 216

Bernal F. Tulia. Se niega la pensión solicitada. 227

Bravo Carlos Elvar. Proceso militar. 386

C

Camelo Guillermo. Homicidio. 511

Cancino Luis contra Ignacio Soto. Reivindicación. 340

Castilla Félix y otro. Rapto. 392

Castillo Klinger Raúl F., por el delito de "empleados públicos de mala conducta". 540

Castro Carlos A. contra la Nación. Ordinario. 574

Castro de Olarte contra la Nación, sobre indemnización de perjuicios. . . 89

Castro de Olarte Cleofe y otro contra la Nación. Tachas contra un dictamen pericial en el juicio sobre indemnización de perjuicios 92

Cortissoz Correa & Cª contra la Nación, sobre nulidad de un juicio y otros puntos 610

D

Danies Rodolfo contra el Departamento del Magdalena. Ejecutivo. 98

Decreto acusado número 814 de 11 de febrero de 1920, sobre exención del pago de derechos fluviales a las empresas de petróleo 292

Decreto acusado número 2020 de 7 de diciembre de 1927, sobre primas de exención del servicio militar 259

Decreto acusado número 2429 de 28 de diciembre de 1934, sobre cuota militar. Se declara inexequible 107

Decreto acusado número 2432 de 29 de diciembre de 1934, sobre impuesto a la renta. Se declara inexequible . . . 107

Departamento de Cundinamarca contra Rogelio García y Víctor Venegas. Ejecutivo. 237

Págs.

Deslinde de algunos predios de propiedad particular con baldíos de la Nación. Ordinario de contradicción... 230
Deslinde de un predio de la Nación, denominado El Bongo, de otro de propiedad de la Magdalena Fruit Company. 608
Díaz Eufrasio. Homicidio. 56
Díaz Talero Absalón contra Ricardo Emilio Calderón y Manuel José Calderón. Ordinario. 188
Dlaikan Saad y otros. Varios delitos. 416

E

Echeverry Antía Roberto. Causa por estafa. Recurso de revisión 70
Electro Entreprise contra la Nación, sobre pago de perjuicios por no haberse perfeccionado un contrato.... 586
Escalante Esteban. Homicidio. 409

F

Fernández Mercedes viuda de Ospina contra Camilio Antonio Shrader, por pesos. 7

G

Gerlein Julio E. y William Zadd & C° contra José A. Barros. Oposición a la adjudicación de un baldío. 313
Gil Aurelio. Pensión como maestro de escuela. 78
Giraldo Germán contra Luciano y Juan Pablo Ruiz. Ordinario. 168
González de de la Torre Ruth contra Manuel de la Torre González. 319
González Juan B. contra la sociedad comercial colectiva viuda de Richard & Plata. Reivindicación. 189
González Judas Tadeo. Juicio militar por deserción 58
González G. Miguel contra la Nación, pago de una pensión por servicios públicos. 630
González Prada Antonio. Abigeato.. 506
Guarnizo Prudencio y otro contra Wenceslao Morales y otros. Recurso de hecho. 9
Gutiérrez Vélez Guillermo contra Hermenegildo Arias. Reivindicación... 374

H

Herrera José del Carmen y Ana Dolores Santana de Contreras. Homicidio. 400

Págs.

Hurtado José María y otra contra Agustín Jiménez y otro. Reivindicación. 28
Hurtado Luis Francisco. Homicidio... 207

I

Impedimento manifestado por el Procurador General de la Nación en la demanda promovida por el doctor Carlos Bravo, sobre inconstitucionalidad del Decreto número 685 de 1934. 5
Impedimento manifestado por los Magistrados doctores Aníbal Cardoso Gaitán, Antonio Rocha y Eleuterio Serna para conocer de las demandas sobre inexequibilidad de las Leyes 37 de 1932 y 11 y 46 de 1933. 164
Informe del Magistrado doctor Pedro Alejo Rodríguez sobre la consulta de un Tribunal en relación con los jueces interinos y ad hoc 361
Informe de los Magistrados doctores Pedro Alejo Rodríguez y Juan Francisco Mújica, acerca de la creación de un Juzgado Municipal en la capital de la Intendencia del Amazonas. 363
Instituto Homeopático Luis G. Páez contra Ernesto Cifuentes, sobre resolución de un contrato de compraventa 367

J

Juez 2º de la Provincia de San José, República de Costa Rica. Cumplimiento de una sentencia extranjera. 133

L

La Nación (Recaudación de Hacienda Nacional) contra los herederos de Eliseo Acosta 86
La Nación contra el Banco de la República. 245
La Nación contra Manuel Antonio Borrero C. Ejecutivo. Excepciones.... 87
La Nación (Recaudador de Hacienda Nacional de Miraflores) contra Esmaragdo Caballero. Ejecutivo 576
La Nación (Juez 1º Nacional de Ejecuciones Fiscales) contra Pedro A. Donado. Ejecutivo. Excepción..... 576
La Nación (Juez 1º Nacional de Eje-

Págs.

uciones Fiscales) contra Vicente Flórez. Ejecutivo 232
Nación (Recaudador de Hacienda Nacional de Río negro) contra José González R. Ejecutivo 235
a Nación (Recaudador de Hacienda Nacional de Río negro) contra Roberto Leal. Ejecutivo. Excepción..... 74
La Nación (Juez 2º Nacional de Ejecuciones Fiscales) contra Eduardo de Heredia. Ejecutivo. Excepciones. 71
La Nación (Recaudador del Impuesto sobre la Renta de Bogotá) contra José María Mejía. Ejecutivo. Excepciones. 627
La Nación (Juez 1º Nacional de Ejecuciones Fiscales) contra Esteban L. Pedrosa. Ejecutivo. Excepeinnes... 75
La Nación (Juez 1º Nacional de Ejecuciones Fiscalos) contra Eduardo Trujillo. 228
La Nación (Juez 2º Nacional de Ejecuciones Fiscales) contra Julio S. Rojas. Ejecutivo. Excepciones propuestas por Tobías Pava C. 244
La Nación (Recaudador de Hacienda Nacional de Sogamoso) contra Augusto Roselli y otros. Ejecutivo. Excepción 85
La Nación contra Luis Alfredo Ortiz R. Ejecutivo. 89
La Nación (Juez 1º Nacional de Ejecuciones Fiscales) contra Daniel Ortiz y otro. Ejecutivo. Excepción.... 428
La Nación (Fiscal 1º del Tribunal Superior de Bogotá) contra Sergio Ruiz y otro. Ordinario sobre nulidad de unos contratos. 441
Nacional de Buga) contra Francisco Soto V. Ejecutivo. Excepción..... 440
La Nación (Recaudador de Hacienda
La Nación contra Ricardo Tirado Macías, Miguel Jerónimo Canal e Isidoro Guerrero. Ejecutivo. 633
Ley 46 de 1933, sobre venta de oro físico. Se declara que no es inexequible el inciso 2º del artículo 3º, acusado. 6
Lindo Nicolás. Rapto. 200
López Acosta Felipe. Homicidio. 380
López Víctor Julio. Homicidio. 501

M

Martínez Salvador. Homicidio. 221
Martínez de Cabal Teresa contra Ramón Tascón y otro 34
Marta R. Pedro María y otro. Ejecutivo. 84
Molano Jacinto y Ramón Bernal Azula contra el Municipio de Tunja. Reivindicación 370
Montaña José María contra Elvira Fernández de Díaz. Reivindicación.... 142
Montoya Cuervo Luis. Resistencia a la autoridad. Se niega la revisión solicitada. 544
Moreno Rafael P. contra Lázaro Espejo, por pesos 300
Munévar Rafael, Rafael Niño y Siervo Munévar. Falsificación de moneda.. 523
Municipio de Envigado contra el de Medellín, por incumplimiento de un contrato. 52
Muñoz Melania viuda de Sánchez contra el Departamento de Cundinamarca. Ejecutivo. 230
Murillo de Peláez Mercedes contra el Banco de Colombia, por pesos. Ordinario. 486

N

Narváez Sandoval Alfredo. Homicidio. 209

O

Olivella Flor de María. Pensión por sus servicios a la instrucción..... 76
Orozco de Henao Carmen contra Julio C. y Felipe Henao, por pesos..... 307
Ortiz Alberto. Homicidio. 546
Ortiz Jorge B. contra la Nación. Ordinario. 104

P

Pantoja Luis I. y José A. Villaquirán. Juicio militar. 527
Pareja R. Aníbal. Apelación de lo resuelto en un acuerdo 438
Peña Eustorgio contra Delfín Martínez. Deserción del recurso de casación. 312
Piedrahita D. Manuel. Excepciones en juicio ejecutivo seguido con jurisdicción coactiva. 74
Portocarrero Sofía v. de Luque contra Alejandro Valencia Arango. Ordinario sobre declaratoria de existencia de una sociedad de hecho. 476

Págs.

Posso Esquivel Daniel. Causa por homicidio. 59
Procurador ad hoc (nombramiento de) por haberse declarado impedido el titular. 6

Q

Quiñones Domiciano contra la Nación. Ordinario. 102
Quintero viuda de Hernández Carlota contra una sentencia del Tribunal de Buga. Recurso de casación. 312
Quintero Ana Rita v. de Vargas contra el Departamento de Caldas, sobre pago de un seguro de vida 572

R

Ramírez Alcibíades. Homicidio. 208
Ramírez H. Luis M. contra Roberto de J. Velásquez, Vicente Hoyos y Restituto Montoya. Reivindicación. . . . 496
Recaudación del impuesto de la renta de Cundinamarca contra Celiano Rodríguez. Excepción. 229
Rincón Cecilia (sucesión) contra Ramón Serrano. Nulidad de un contrato. 138
Rodríguez Cristóbal contra Cristóbal Sánchez y otro. Nulidad de un contrato de compraventa. 24
Rodríguez Ramón. Proceso militar por deserción. 412
Rodríguez Senén y el Consorcio de Bebidas Fermentadas, S. A., contra el Departamento de Cundinamarca. . . . 95
Robledo José Domingo contra Juan de Dios Rodríguez. Ordinario 172
Rodríguez Eusebio. Homicidio. 509
Rojas Sergio y otros, contra Pablo Emilio Ochoa y otros. Nulidad de una diligencia de deslinde. 10
Romero Carlos A. Homicidio. 549
Rosanía Nicolás contra The London & Provincial Marine & General Insurance C., Limited, sobre pago de seguro de una nave. 324
Rueda Demetrio. Homicidio. 192
Rueda Neftalí y otro contra Luis Eladio Benítez, sobre nulidad de la cesión de unos créditos y sobre perjuicios. 466
Reina Fermín. Fuerza y violencia. . . . 197

Págs.

S

Salvamento de voto. Véanse los siguientes:

Del doctor José Miguel Arango:

En la sentencia proferida en el juicio de reivindicación promovido por José María Montaña contra Elvira Fernández de Díaz 147

Del Magistrado doctor Aníbal Cardoso Gaitán:

En la sentencia por la cual se declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por Pedro A. Donado en el ejecutivo que le seguía el Juez 1º Nacional de Ejecuciones Fiscales de Bogotá 581

Del doctor Jenaro Cruz V.:

En la sentencia por la cual se declararon inexequibles los Decretos números 2429 de 28 de diciembre de 1934 y 2432 del 29 de diciembre del mismo año . . . . . .

Del doctor Remigio González Gooding:

En la misma sentencia anteriormente citada 122

Del doctor José Joaquín Hernández:

En el mismo asunto. 125

Del doctor José Antonio Montalvo:

En la sentencia por la cual se declaró que no es exequible el artículo 8º del Decreto número 314 del 11 de febrero de 1920, sobre exención del pago de derechos fluviales a las empresas de petróleo 296

Del doctor Miguel Moreno Jaramillo:

En la sentencia proferida en el juicio seguido por Teresa Martínez de Cabal contra Ramón Tascón y otro... 46
En el auto de la Corte Plena que declaró impedidos a los Magistrados Aníbal Cardoso Gaitán, Antonio Ro-

Págs.

cha y Eleuterio Serna para conocer de las demandas sobre inexequibilidad de las Leyes 37 de 1932 y 11 y 46 de 1933 165
En la sentencia por la cual se declaró que no es inexequible el artículo 27 del Decreto número 2020 del 7 de diciembre de 1927, sobre prima de exención del servicio militar 269

Del doctor Juan Francisco Mújica:

En la sentencia por la cual se declaró que son inexequibles los Decretos números 2429 de 28 de diciembre de 1934 y 2432 de 29 de diciembre del mismo año. 129
En la sentencia por la cual se declaró que no es inexequible el artículo 27 del Decreto número 2020 de 7 de diciembre de 1927, sobre prima de exención del servicio militar..... 278

Del doctor Tancredo Nannetti:
En la sentencia por la cual se declararon inexequibles los Decretos números 2429 del 28 de diciembre de 1934 y 2432 del 29 de diciembre del mismo año 130

Del doctor Antonio Rocha:

En la sentencia por la cual se declaró que no es exequible el artículo 27 del del Decreto número 2020 de 7 de diciembre de 1927, sobre prima de exención del servicio militar. 278

Del doctor Eduardo Zuleta Angel:

En la sentencia por la cual se declaró que no es inexequible el artículo 8º del Decreto número 314 del 11 de febrero de 1920, sobre exención del pago de derechos fluviales a las empresas de petróleo. 299
En la sentencia por la cual se declaró que no es inexequible el art. 27 del Decreto número 2020 del 7 de diciembre de 1927, sobre prima de exención del servicio militar 284
Santacruz R. Milciades contra Fortunato Caicedo, por pesos 17
Sardi G. Santiago contra Aurelio Sardi y otros. Acción de simulación.... 332
Segura Rosa María. Homicidio..... 534
Solicitud de nulidad de la elección de Consejeros de Estado verificada por el Senado en sesiones del 19 y del 23 de octubre de 1934 552
Sotelo Luis Gonzalo. Revisión que se niega en la causa que se le siguió por delitos contra la religión 218

T

Tejada Inés viuda de Campo contra Moisés Ordóñez C. Ordinario..... 166
Tesorero del Departamento de Nariño contra Juan Reyes V. y Guillermi I. Zarama. Ejecutivo 96
Trespalacios Benjamín. Juicio de responsabilidad 384

V

Vale Villar Alberto y Roberto Tobón, por perjuicios materiales y morales. 455
Valencia Cantarrana Pascual contra la Nación, sobre pago de perjuicios por un accidente ferroviario 557
Vallejo Uldarico. Pensión 83
Vega Aureliano y Alejandro Vega. Homicidio. 518
Vélez Daniel y Francisco contra Carmen Julia Espinosa v. de Acosta y otros. Reivindicación. 365
Velilla Carlos contra Francisco Ceballos. Reivindicación. 186
Vergara I. Luis Felipe. Pensión..... 233

Y

Yanguas Elvira contra Ricardo Yanguas. Ordinario sobre nulidad de un contrato. 470
Yanguas Elvira contra Ricardo Yanguas. Ordinario. Se niega la solicitud de aclaración de la sentencia 638

W

Wilches Daniel. Homicidio. 398

TALLERES GRAFICOS

MUNDO AL DIA

- Bogotá -

Calle 13, número 11-21.—Teléfono, 43-25.
Apartados: Nacional, 352.—Aéreo, 36-38.
Estamos en capacidad de hacer toda clase de trabajos editoriales.

LIBROS — REVISTAS — PERIODICOS — CATALOGOS — PROPAGANDA

Nuestras máquinas trabajan con exactitud y nuestros operarios son hábiles y cuidadosos.

HACEMOS SIEMPRE EL MEJOR TRABAJO

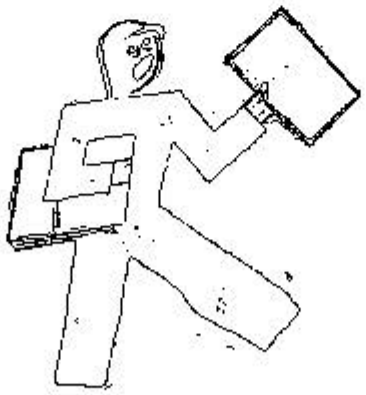
Enviamos presupuestos para cualquier población de Colombia.

Hemos abierto en la calle 13, número 11-23, la

SECCION DE LIBRERIA DE LOS TALLERES GRAFICOS "MUNDO AL DIA"

Agenciamos toda clase de revistas de Colombia y el Exterior y libros nacionales. Los autores tanto de Bogotá como de los departamentos que deseen enviarnos ejemplares para la venta, pueden contar con que los anunciaremos en nuestro MAGAZIN "MUNDO AL DIA" y en nuestros Boletines de Librería, sin cargo alguno, de manera que podemos realizar ventas muy rápidas.

Contamos con uno de los mejores directorios de lectores de todo el país y con la más completa organización de correos.



LA "GACETA JUDICIAL"

Es editada en nuestros Talleres y toda suscripción debe pedirse a la Administración de «MUNDO AL DIA»—$ 5,00 el año (12 números)